



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2017 00480 01
Demandante: ELIDA AMPARO SANABRIA PICO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de las encartadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELIDA AMPARO SANABRIA PICO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se reliquide su mesada pensional en los términos de que trata el Decreto 758 de 1990 junto con el respectivo retroactivo pensional, pago de intereses moratorios, indexación, costas procesales, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 21587 de 2012 le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2012 en cuantía inicial de \$1.367.074, con un IBL derivado del promedio de los salarios cotizados durante toda su vida laboral, el que ascendió a la suma de \$1.822.765, siendo aplicada una tasa de reemplazo del 75%.

Adujo que, entre el mes de noviembre de 2000 y el mes de octubre de 2007, laboró para el Hospital San Juan de Dios, sin que dicho empleador cancelara salarios, prestaciones sociales ni mucho menos aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

Que acatando la sentencia SU-484 de 2008, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO emitió la Resolución No. 3815 de 2012, mediante la cual dispuso el pago de salarios y prestaciones sociales desde el mes de noviembre de 2000 hasta el mes de octubre de 2007 a favor de los trabajadores del Hospital San Juan de Dios. Con posterioridad, la Fundación San Juan de Dios emitió la Resolución No. 048 de 2013 la cual fue modificada por la Resolución No. 065 de 2013, respecto del monto a pagar por concepto de aportes pensionales.

Por tal razón, concluyó que atendiendo el pago realizado tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como por la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, es evidente el aumento de semanas y el IBL para que resulte prósperas sus súplicas de reliquidación pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que a la demandante no le asiste derecho a lo solicitado, toda vez que en los actos administrativos mediante los cuales se procedió a estudiar la reliquidación pensional fueron negados en virtud a que no acreditaba la densidad de semanas necesarias para acceder a su solicitud.

Formuló las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, mala fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

En virtud de ello, el Juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 31 de julio de 2018 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la reliquidación pensional solicitada, por lo que con posterioridad, este Tribunal mediante en decisión del 22 de enero de 2019 decretó la nulidad sobre la decisión primigenia, bajo el entendido que se incurrió en la causal consagrada en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P. al no vincular al trámite a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, BENEFICENCIA DE CUINDINAMARCA y la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS EN LIQUIDACIÓN, así como al Distrito Capital BOGOTÁ D.C., pues en resumidas cuentas se consideró que las semanas echadas de menos por la demandante necesitaban ser aclaradas.

El *a-quo* en proveído del 5 de marzo de 2019, dispuso el cumplimiento de lo decidido en segunda instancia, por lo que ordenó la notificación de los sujetos referidos.

Por consiguiente, la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Su argumento se basó en que nada tiene que ver con la relación laboral que pudo existir entre la demandante y la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y genérica o innominada.

El DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA por su parte, se opone a las pretensiones de la demandante señora ELIDA AMPARO SANABRIA PICO, argumentado que no se adeuda erogación alguna por concepto de reliquidación pensional, ya que fue COLPENSIONES quien le reconoció prestación por vejez a la actora.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, y las excepciones que resulten probadas dentro del proceso.

EL CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS HOSPITALES: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS e INSTITUTO MATERNO INFANTIL – LIQUIDADO, relató en su contestación que la obligación de una posible reliquidación pensional se encuentra en cabeza de COLPENSIONES.

Señala que de conformidad con la sentencia de unificación SU-484 de 2008, se estableció que el pago de las obligaciones contraídas por la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y sus hospitales hoy liquidados, correspondería a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, de ahí que de las disposiciones dispuestas para el entonces proceso concursal, se expidieron las correspondientes órdenes de pago a favor de la demandante que se dieron hasta la terminación de su vinculación, que lo fue el 29 de octubre de 2001, y que se materializaron con los actos definitivos por parte de la cartera ministerial como se denota de la certificación No. 0181 de 2019.

Propuso y sustentó los medios exceptivos de buena fe y excepción de oficio.

BOGOTÁ D.C. manifestó que no es la entidad responsable del *petitum* de la demandante, como quiera que no existió relación laboral alguna. Propuso las excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con BOGOTÁ D.C., cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción y buena fe.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, adujo que no fue empleador de la demandante ni su administradora pensional, ni mucho menos que tenga obligación de pago derivado de LA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS.

Instauró los medios exceptivos de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, principio de legalidad, autonomía de las actividades competentes y genérica.

LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMRCA refirió que mediante Decreto 261 de 2012, asumió el manejo y representación judicial de los asuntos pensionales del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA, sin que tenga competencia alguna respecto de la reliquidación pensional perseguida por la demandante.

Propuso las excepciones denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de sucesión procesal, y excepciones probadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante la reliquidación de la pensión de vejez en cuantía inicial de \$1.605.180, con los reajustes anuales de ley a partir del 1º de julio de 2012.

Así mismo, condenó a la encartada COLPENSIONES a reconocer y pagar a la actora las diferencias insolutas generadas mes a mes entre la mesada que se le viene reconociendo y pagando, con ocasión de la Resolución GNR 425734 del 16 de diciembre de 2014, y la mesada reconocida en la decisión, a partir del 1º de julio de 2012 y hasta la inclusión en nómina de pensionados, teniendo en cuenta la mesada reliquidada, retroactivo que debe ser cancelado debidamente indexado desde la fecha de su exigibilidad hasta el día en que se solucione, autorizando los descuentos de salud, absolviéndola de las demás pretensiones formuladas en su contra.

De igual manera, condenó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a efectuar el pago de la normalización de los aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionales de la demandante, teniendo en cuenta el IBC para los meses de noviembre y diciembre del año 2001 en la suma de \$1.151.019, año 2002 \$1.239.072, año 2003 \$1.325.683, año 2004 \$1.411.720, año 2005 \$1.489.365, año 2006 \$1.561.598, y los meses de enero a octubre de 2007 en valor de \$1.634.558, debiendo actualizar los intereses moratorios a la fecha de su pago ante COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas condenadas.

Condenó al Ente Ministerial al pago de costas procesales a favor de la actora, absolviendo al restante de demandadas de las condenas impuestas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que, dentro del proceso se advirtió el estatus de pensionada de la demandante siendo aplicable el Decreto 758 de 1990. En cuanto a la reliquidación pensional, refirió que de conformidad con lo establecido en el Inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma disposición, el cálculo de la prestación debe realizarse con el IBL de toda su vida laboral.

Expuso además que, dentro del expediente se acreditó que el CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS HOSPITALES: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS e INSTITUTO MATERNO INFANTIL – LIQUIDADO emitió la Resolución No. 0073 de 2020 y efectuó los pagos a favor de la demandante por concepto de aportes pensionales desde el mes de octubre de 2001 hasta el mes de octubre de 2007 y que aparecen reflejadas en su historia laboral; circunstancia por la cual, la actora acreditó más de 14000 semanas, de ahí que atendiendo el Decreto 758 de 1990, deba aplicársele una tasa de reemplazo del 90%, por lo que calculó un IBL en la suma de 1.783.533.

Decidió que no operó el fenómeno prescriptivo en lo que atañe al reconocimiento de las mesadas pensionales. Frente a la responsabilidad de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, adujo que era procedente atendiendo la orden impartida por la Corte Constitucional en sentencia SU-484 de 2008.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Sostuvo que no es procedente que le endilgue la responsabilidad de pagar una reliquidación pensional cuando dentro del proceso quedó claro que los periodos pensionales evidenciados no le han sido cancelados, por lo que hasta que el Ente Ministerial no los efectúe, no le asiste la carga de proceder con la reliquidación.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, argumentó que, si bien es cierto que en la actualidad se adeudan los periodos decididos por el fallador de instancia, la normalización no se ha podido verificar por cuanto se están surtiendo los trámites ordenados en la sentencia SU-484 de 2008 a fin de prevenir un doble pago, aunado al hecho que no se le debe condenar por concepto de costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de establecerse si es procedente la reliquidación pensional que persigue la actora con relación a COLPENSIONES.

Igualmente, habrá de determinarse la responsabilidad que recaiga sobre LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para hacer efectiva la reliquidación pensional, junto con la condena en costas procesales.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no existe duda que sea esta la Jurisdicción competente para el estudio de lo perseguido por la señora ELIDA AMPARO SANABRIA PICO, ya que a pesar de que ésta en efecto persigue el pago de aportes de la extinta FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS por los periodos comprendidos entre el mes de noviembre de 2000 y el mes de octubre de 2007, claro es para la Sala que según se desprende de la última historial laboral allegada por COLPENSIONES de fecha 13 de noviembre de 2020 (Fls. 296 a 29), con posterioridad al año 2007 efectuó cotizaciones como independiente, más exactamente por el periodo comprendido entre el mes de junio de 2009 y el mes de octubre de 2012; circunstancia por la cual, es palmario que sobre dicho interregno su aporte lo fue como particular, óbice suficiente para que se habilitara al Juez Ordinario del estudio de lo pretendido.

Otro aspecto a destacar, es que no fue objeto de reproche que a la aquí demandante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES mediante Resolución No. 21587 del 13 de junio de 2012 le reconoció una pensión de vejez bajo los preceptos normativos de que trata el Decreto 758 de 1990 al ser beneficiaria del Régimen de Transición, prestación que se reconoció a partir del 1º de julio de 2012 en cuantía inicial de \$1.367.074, documental que reposa dentro del expediente administrativo allegado por COLPENSIONES (Fl. 73).

Tampoco el hecho que COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 425734 del 16 de diciembre de 2014, dispuso reliquidar la pensión de vejez que venía percibiendo la demandante, por lo que decidió incrementar la mesada pensional para el año 2012 en cuantía de \$1.3696.873, acto administrativo en el que concluyó que la actora había acreditado un total de 1.022 semanas, por lo que determinó un IBL en la suma de \$1.783.533 y una tasa de reemplazo del 75% (Fls. 26 a 29).

De lo anterior, es palmario que la demandante sin lugar a dudas es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía allegada en medio magnético, nació el 22 de marzo de 1952, por lo que a la entrada en vigencia de la referida Ley 100, ostentaba más de 35 años de edad, sumado al hecho que como lo sostuvo la entidad, adquirió el estatus pensional el 22 de

marzo de 2007, y los requisitos para acceder a la prestación por vejez a partir del 1º de julio de 2012, último presupuesto que no fue refutado por la señora ELIDA AMPARO SANABRIA PICO.

Ahora bien, la inconformidad de la demandante está encaminada a que laboró en el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS por el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2000 y el mes de octubre de 2007, y que sobre dicho interregno no le fueron cancelados los respectivos aportes pensionales.

Así las cosas, confrontada la última historia laboral acreditada dentro del plenario con fecha de actualización del 13 de noviembre de 2020 (Fls. 296 a 299), se aprecia que la misma reporta a favor de la demandante un total de \$1.117.71 semanas, en la que por lo menos ya se encuentra registrado como empleador el HOSPITAL FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y debidamente cotizado el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2000 y el mes de octubre de 2001.

De otra parte, a folio 301 el CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS Y HOSPITALES: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS e INSTITUTO MATERNO INFANTIL LIQUIDADO, allegó la certificación No. 0073 de 2020, en la que expuso que a la aquí demandante se le ordenaron pagos por concepto de normalización de aportes en pensión ante COLPENSIONES para los periodos comprendidos entre enero de 1994 y octubre de 2001.

Además, en la mentada certificación se dispuso que para el periodo comprendido entre el mes de noviembre de 2001 y el mes de octubre de 2007, se ordenaron pagos por aportes en pensión a favor de COLPENSIONES, ordenándosele a LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el pago de la normalización de los mismos, periodos que como lo dispuso el fallador de instancia, no existe constancia de cancelación, los cuales ascienden a 314.46 semanas y que por demás contienen los IBC de los correspondientes años de la siguiente manera:

_ Año 2001 en la suma de \$1.151.019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- _ Año 2002 en la suma de \$1.239.072.
- _ Año 2003 en la suma de \$1.325.683.
- _ Año 2004 en la suma de \$1.411.720.
- _ Año 2005 en la suma de \$1.489.365.
- _ Año 2006 en la suma de \$1.561.598.
- _ Año 2007 en la suma de \$1.631.558.

Así las cosas, sumadas las \$1.117.71 semanas registradas en COLPENSIONES y las 314.46 semanas pendientes de pago por el ente ministerial, es palmario que la demandante acredita un total de 1.435.17 semanas, de lo que se puede colegir que le asiste el derecho a la reliquidación pensional.

En tal sentido, es evidente que de conformidad con lo establecido en el Inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de la misma disposición, el cálculo de la prestación debe realizarse con el IBL de toda su vida laboral o el de los últimos diez años, y así determinarse cuál es el más favorable.

Lo anterior, como quiera que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, a la demandante le hacían falta más de diez años para acceder a su prestación económica, por lo que es menester acudir al precepto normativo regulado en el artículo 21 de la Ley 100, que por demás, al acreditarse laboradas más de 1.250 semanas, claro es para la Sala que el cálculo del IBL debe hacerse tanto con el promedio de toda su vida cotizada como el de los últimos diez años, adicional a que atendiendo lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, la tasa de reemplazo a aplicar es la del 90% en tanto la señora EDILDA AMPARO SANABRIA PICO logró cotizar más de 1250 semanas.

Así las cosas, realizados los cálculos de rigor se tiene que, efectuada la liquidación con el promedio de toda la vida laboral, la pensión de la demandante al año de 2012 asciende a la suma de \$1.537.014.39, mientras que la de los últimos diez años arroja una mesada pensional de \$1.341.356.97, cálculos que se incorporarán a la presente decisión.

A pesar de ello, la mesada calculada por el fallador de instancia se mantendrá incólume, toda vez que como lo manifestó el *a-quo*, el IBL que calculó COLPENSIONES para el reconocimiento de la pensión de la actora en la Resolución GNR 425734 del 16 de diciembre de 2014 fue de \$1.783.533, esto es, superior al IBL aquí calculado con el promedio de toda de toda la vida laboral, el cual ascendió a la suma de \$1.707.793.77, de ahí que no se pueda disminuir un IBL que la misma encartada determinó, teniendo en cuenta que dentro del proceso por pasiva no se pretendió la reducción de la mesada pensional.

Se deja de presente igualmente, que sobre el reajuste pensional que deba pagar COLPENSIONES, se autorizará que descuente los respectivos aportes en salud.

Excepción de prescripción:

Como lo determinó el fallador de instancia, este medio exceptivo se mantendrá incólume ya que no operó el fenómeno prescriptivo de tres años de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

Esto en razón a que, LA FUNCACIÓN SAN JUAN DE DIOS EN LIQUIDACIÓN INSTITUTO MATERNO INFANTIL EN LIQUIDACIÓN – HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS EN LIQUIDACIÓN efectuó el reconocimiento de los aportes atrasados mediante la Resolución No. 0065 del 6 de junio de 2013 (Fls. 18 a 24), en la que se modificó la Resolución No. 048 del 25 de abril de 2013, elevándose reclamación administrativa el 7 de mayo de 2014 (Fls. 30 a 32), y que fuese resuelta mediante Resolución GNR 425734 del 16 de diciembre de 2014, la cual se le notificó de manera personal a la actora el 29 de diciembre de 2014 (Fls. 25 a 29).

Seguidamente, la demanda se presentó el 16 de agosto de 2017 (Fl. 33), y se notificó a la encartada dentro del año siguiente, más exactamente el día 11 de septiembre de 2017 como da cuenta el acta de notificación personal (Fl. 37), de lo que se advierte que no existió prescripción de ninguna de las mesadas pretendidas para reliquidación.

De la responsabilidad de COLPENSIONES frente a la condena impuesta:

COLPENSIONES argumenta en su alzada que resulta improcedente el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional por cuanto en la actualidad LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO no ha realizado el pago de los aportes pensionales adeudados.

Dicha situación no es de recibo, toda vez que como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en algunas decisiones, siendo una de ellas la SL537-2019, Radicación No. 65813 del 19 de febrero de 2019, es obligación de las administradoras pensionales efectuar los correspondientes recobros de los aportes adeudados en los términos de los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993, y no pretender que la falta de una cotización recaiga en responsabilidad del trabajador. Así lo puntualizó:

“Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y de no hacerlo a término, se generan unos intereses moratorios. Así pues, la norma en comento indica:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

“El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

“Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado o sus beneficiarios, debe probar que, previamente cumplieron con su obligación de manera diligente, que no es otra sino las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 ibídem. Pues es responsabilidad de aquellas garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados.

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

“En ese orden, su labor no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administrador de esos recursos, tiene la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes. Como lo ha establecido esta corporación en la sentencia CSJ SL4539-2018 rememorando la CSJ SL34270, 22 jul. 2008:

Sobre este punto, la Sala desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 en la que rectificó su criterio, se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, sosteniendo que el incumplimiento de la administradora de pensiones en su deber legal de cobro al empleador moroso, conduce inexorablemente, a que responda por la prestación reclamada, decisión que se ha rememorado recientemente en la CSJ SL3399-2018, en donde se puntualizó:

“Sobre la línea jurisprudencial, garantizadora de los derechos de los trabajadores frente a empleadores morosos con el sistema de seguridad social y administradoras de pensiones negligentes en el recaudo de los aportes, la sentencia SL1363-2018 del 11 de abril de 2018, la rememoró así:

“Para responder al requerimiento de la censura, ésta Sala de Casación ratifica, que desde la sentencia CSJ SL 22, jul, 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Es por ello que a partir de la referida providencia, la Corte estableció que cuando se presente dicha situación, y esto necesariamente impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la respectiva administradora en el deber legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

“También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si estos han cumplido cabalmente con el deber que les asiste frente a la seguridad social, de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que, antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber específico del cobro.”

“Tal criterio doctrinal se ha reiterado por esta Sala de manera invariable, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802; CSJ SL8715-2014; CSJ SL14388-2015; CSJ SL15167-2015; CSJ SL16814-2015; CSJ SL14987-2016; CSJ SL17488-2016; CSJ SL13266-2016; CSJ SL2136-2016; CSJ SL15980-2016; CSJ SL4892-2017; y CSJ SL5166-2017, CSJ SL1624-2018 y CSJ SL3550-2018.”

De lo enunciado, es claro para la Sala que no es dable aducir que en la actualidad no se encuentre en el peculio de COLPENSIONES los aportes adeudados por LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues como se define dentro de la presente decisión, quedó demostrado que tales aportes no se están desconociendo, sino que por cuestiones de administración en los recursos, aquellos aún no han sido girados, de ahí que precisamente COLPENSIONES en uso de las facultades otorgadas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 deba también ejercer acciones para su obtención, y no pretender que sea la aquí demandante quien sufra de las consecuencias de situaciones ajenas a su actuar.

De la responsabilidad en la condena por parte de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, sostiene que no se ha podido efectuar el pago de los partes pensionales adeudados en los términos de la sentencia SU – 484 de 2008, por cuanto en la actualidad se están surtiendo los respectivos trámites en aras de evitar un doble pago.

Lo indicado en precedencia en nada exime de responsabilidad al ente ministerial, ya que la sentencia de unificación fue precisa en ordenar que la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS debía realizar las gestiones para individualizar a sus exfuncionarios, actuar que ya se realizó conforme a lo acreditado con la Resolución 0065 del 6 de junio de 2013 tendiente a la normalización de aportes de 1.300 trabajadores entre ellos la aquí demandante (Fls. 18 a 24).

Aunado a lo anterior, se estableció que ese pago debía efectuarse con cargo de los recursos que el ente ministerial debía proveer, aspecto que se acompasa con la sentencia SU-484 de 2008, que incluso en el numeral diecisiete de la parte resolutive determinó:

“DECIMO SÉPTIMO.- Sin perjuicio de lo señalado en los numerales noveno y décimo y con el fin de atender el mínimo vital, se ordena el pago de salarios y mesadas pensionales, en el plazo de hasta tres (3) meses, el cual se contará desde el vencimiento del término para llegar a un acuerdo, señalado en el ordinal octavo (8°), o a partir de la fecha en la cual se llegue a un acuerdo, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público –



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

deberá destinar una partida de no menos de sesenta mil millones de pesos (\$ 60.000.000.000).

“Para el propósito anterior, la liquidadora deberá enviar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público una lista de las personas cobijadas por esta sentencia de la Fundación San Juan de Dios a los cuales se les adeuden salarios y mesadas pensiones, donde se señale de manera específica el monto de lo adeudado. A la lista mencionada, la liquidadora deberá adjuntar los soportes correspondientes a cada uno de los ex trabajadores. El plazo para elaborar y enviar esta lista es de un (1) mes contado a partir de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la parte resolutive de esta providencia, señalada en el ordinal vigésimo tercero (23°).

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe realizar las verificaciones del caso en el término máximo de un (1) mes contado a partir del día siguiente al recibo de la lista con sus respectivos soportes.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuenta con un plazo máximo de un (1) mes - contado a partir del día siguiente al vencimiento del plazo para realizar las verificaciones- para pagar las sumas arriba mencionadas, debidamente soportadas y de conformidad con la regla señalada en el siguiente inciso.

“El Ministerio de Hacienda y Crédito Público debe controlar que no se pague más de lo que se adeuda. El pago debe consistir en una cuantía o cifra igual para todos los ex trabajadores; sin que se sobrepase el monto de la respectiva obligación. Los montos restantes se pagarán en los plazos señalados en los numerales noveno y décimo.”

Es así como que LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO es el ente sobre el cual en la actualidad recae la responsabilidad de pago, lo que conlleva a su vez a que no se le pueda eximir de las costas procesales ordenadas en primer grado, en tanto se imponen al resultar vencida en juicio; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

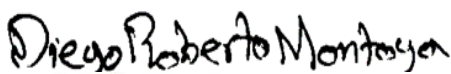
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

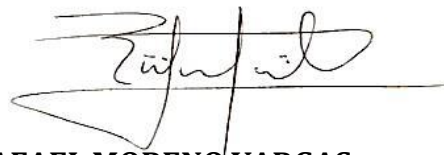
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

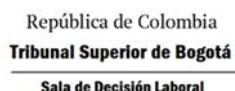


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



el 27 de enero de 2017, desempeñando como último cargo el de Profesional Universitario en el área de Tesorería de la extinta CAPRECOM.

Pretende igualmente, que se declare que la última asignación salarial básica mensual ascendió a la suma de \$3.000.000, la cual deberá ajustarse acorde con la asignación básica mensual en el cargo de Profesional Universitario según escalafón salarial y los ajustes salariales aplicados desde el año 2012 hasta el 27 de enero de 2017.

Por consiguiente, se condene a la encartada al pago de prima semestral del mes de junio tanto legal como convencional, prima de navidad, prima semestral de diciembre, bonificación especial del mes de diciembre, prima de navidad por convención, prima de vacaciones, bonificaciones por servicios prestados, cesantías e intereses a las mismas, bonificación recreacional, días de descanso del mes de diciembre, descansos especiales o adicionales remunerados, auxilio de transporte de carácter convencional, servicio de ruta de buses, prima de retiro convencional, diferencias actualizadas provenientes del reajuste salarial a la asignación básica mensual dejados de aplicar por la entidad para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 acorde con el Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013, auxilio educativo, dotación convencional, auxilio de alimentación, prima legal de servicios, vacaciones y horas extras.

En igual sentido, se condene al valor de la indemnización por despido sin justa causa establecida en la Convención Colectiva de Trabajo por la terminación unilateral del vínculo contractual, acorde al laudo arbitral del 1º de julio de 1999 plasmado en la Convención, y un valor adicional del 40% acorde con el plan único de retiro consensuado y acordado con los trabajadores oficiales de CAPRECOM, indemnización moratoria de que trata el Decreto 797 de 1949, el valor de las diferencias de los pagos que realizó por concepto de aportes a salud, pensión y riesgos laborales. Subsidiariamente, pretende el pago indexado de las condenas impuestas.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que se vinculó al servicio de CAPRECOM E.I.C.E. desde el 29 de junio de 2011 hasta el 25 de mayo de 2012, por intermediación laboral en misión a través de la Cooperativa COOPSERVICIOS C.T.A., desempeñando el cargo de Técnico en la División de Contabilidad de la Subdirección, y a partir del 26 de mayo de 2012 continuó laborando sin solución de continuidad directamente con CAPRECOM E.I.C.E. hasta el 30 de junio de 2012. Posteriormente prestó el servicio desde el 3 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto del mismo año a través de orden de prestación de servicios, cumpliendo siempre un horario de trabajo de lunes a viernes de 8: a.m. a 5:00 p.m., y esporádicamente los días sábado de 8:00 a.m. a 2:00 p.m.

Que el 3 de septiembre de 2012 y sin solución de continuidad, siguió laborando al servicio de CAPRECOM E.I.C.E. en la Subdirección Financiera hasta el 31 de marzo de 2013 prestando servicios tecnológicos en la División de Contabilidad, desde el 1º de abril hasta el 14 de junio de 2013 continuó con las mismas funciones.

Desde el 14 de junio hasta el 13 de agosto de 2013 en la Regional Vaupés prestando servicios técnicos profesionales de Apoyo a las Gestiones Administrativas en el nivel central para la Regional Vaupés, desde el 14 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2013 en el mismo lugar, desde el 2 de enero hasta el 30 de junio de 2014 en igual sentido.

Continuó relatando que prestó servicios como Técnico para el Apoyo en la Gestión del Área de Tesorería desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2014, desde el 2 hasta el 31 de enero de 2015 en la misma área, situación similar que ocurrió desde el 1º de febrero hasta el 30 de abril de 2016, desde el 2 hasta el 11 de mayo de 2016, desde el 12 de mayo de 2016 hasta el 27 de enero de 2017.

Por último, refirió que siempre estuvo atado bajo la constante subordinación y dependencia de CAPRECOM E.I.C.E. y vinculado a través de reiterativos contratos de prestación de servicios, cumpliendo horario y recibiendo órdenes directas de sus superiores quienes a su vez eran personal de la entidad.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La encartada se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que al demandante se le contrató a través de reiterativos contratos de prestación de servicios, por lo que nunca tuvo un verdadero contrato de trabajo, más aún si la disposición de contratación de prestación de servicios quedó plenamente facultada en la Ley 80 de 1993.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia de sucesión procesal por parte de FIDUPREVISORA S.A., ausencia de vínculo de carácter laboral, prescripción, buena fe de la entidad demandada, aplicabilidad de la convención colectiva, mala fe del demandante, compensación y la innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 16 de octubre de 2020, declaró que entre el demandante y la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, existieron tres contratos de trabajo por los periodos comprendidos (i) entre el 29 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2013, (ii) del 14 de junio de 2013 y del 31 de diciembre de 2013, y (iii) entre el 1º de julio de 2014 y el 27 de enero de 2017.

Asimismo, condenó a la encartada en su calidad de vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES PAR CAREPCOM al reconocimiento y pago debidamente indexado de los siguientes conceptos:

- _ \$4.355.489 por concepto de prima de servicios convencional de junio y de navidad.
- _ \$3.258.775 por concepto de compensación de vacaciones.
- _ \$5.913.824 por concepto de cesantías.
- _ \$3.292.548 por concepto de bonificación especial de diciembre.
- _ \$6.000.000 por concepto de prima de retiro.

_ \$2.511.364 por concepto de devolución de aportes del sistema integral de salud, pensión y riesgos laborales.

_ \$15.400.000 por concepto de despido sin justa causa.

_ \$2.255.226 por concepto de auxilio convencional de transporte.

De otra parte, absolvió a la encartada de las demás pretensiones formuladas en su contra, declarando no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de sucesión procesal por parte de la FIDUPREVISORA S.A., ausencia del vínculo de carácter laboral, prescripción, pago, inaplicabilidad de la convención colectiva, mala fe de la demandante y falta de legitimación de la causa por pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES CAPRECOM fue un establecimiento público creado mediante la Ley 82 de 1912, transformada con posterioridad en Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional mediante la Ley 314 de 1996, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente adscrito al Ministerio de Comunicaciones, razón por la cual sus funcionarios por regla general se catalogan como trabajadores oficiales según lo establecido en el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, situación que dijo acompasarse con los preceptos emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Que mediante el Decreto 2519 de 2015, se dispuso la disolución y liquidación de CAPRECOM E.I.C.E., trámite que se prorrogó a través del Decreto 2120 de 2016 hasta el 27 de enero de 2017, última calenda en la que se dio la extinción jurídica de la citada entidad, de ahí que la FIDUPREVISORA S.A. regulada en el Decreto Ley 254 de 2000 y del Decreto 2192 de 2016 constituyera el patrimonio autónomo de remanentes del PAR CAPRECOM LIQUIDADO.

En lo que respecta a la vinculación del actor con CAPRECOM E.I.C.E., adujo que dentro del plenario se logró demostrar que el actor efectuó vinculaciones en misión a través de COOPSERVICIOS C.T.A., luego se vinculó ante la encartada mediante varios contratos de prestación de servicios, y finalmente con la Empresa de Servicios Temporales UNO - A S.A. como trabajador en misión.

Por tal razón, determinó que de las probanzas acreditadas al plenario, en lo que respecta a la contratación que realizó el actor con las Empresas de Servicios Temporales y los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos directamente con CAPRECOM E.I.C.E., siempre prestó sus servicios de manera directa para con la entidad, de ahí que en efecto se hubiese configurado una verdadera relación laboral con la encartada, precisando además que en lo que concierne a la contratación con las ya referidas Empresas de Servicios Temporales, las mismas se efectuaron con la finalidad de prestar un servicio permanente a la entidad, el cual no se puede atender como ocasional o transitorio, tópico que no se ajusta a una contratación ajustada a los preceptos del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Seguidamente puntualizó que entre la suscripción entre uno y otro contrato, se presentaron periodos de interrupción superiores a un mes, por lo que atendiendo lo decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que entre las partes se presentaron tres contratos de trabajo. En este punto, precisó que se tendría en cuenta para análisis únicamente la última relación laboral según criterio pacífico de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En tal sentido, expuso que de conformidad con lo establecido en el artículo 2º de la Convención Colectiva de Trabajo de 1997 a 1998, esta le sería aplicable a los trabajadores oficiales, y por consiguiente al actor. Procedió a resolver la excepción de prescripción, decidiendo que este medio exceptivo no operó frente al último contrato de trabajo, que se itera, fue el único que analizó y que se circunscribe al periodo comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 27 de enero de 2017.

Determinó que al actor se le canceló desde el 1º de julio de 2014 hasta el 31 de enero de 2016 un salario de \$1.792.549, desde el 1º de febrero hasta el 30 de abril de 2016 \$1.800.000 y desde el 1º de mayo de 2016 hasta el 27 de enero de 2017 \$3.000.000, sumas que tuvo en cuenta para la tasación de las prestaciones sociales legales y convencionales. Que si bien el demandante solicitó el reajuste salarial a la asignación básica mensual en razón de aplicar para los años 2013 a 2017 en razón del acuerdo extraconvencional del 7 de

junio de 2013, no accedió a tal solicitud ya que para la data en que se estableció dicho aumento, esto es, el referido 7 de junio de 2013, el contrato objeto de condena no se encontraba vigente, adicional a que tampoco se demostró el cargo concreto al servicio de CAPRECOM E.I.C.E. en el que se enmarcaban las labores encomendadas, pues si bien obra copia de la estructura de la planta de personal de la entidad donde se relacionan algunos cargos, el alegado por el demandante no se relaciona allí.

En lo que atañe al auxilio convencional de transporte, adujo que se encuentra regulado en el artículo 47 del Convenio Colectivo, y que es procedente de pago según interpretación jurisprudencial. Frente al auxilio de alimentación, dijo que a pesar que el Decreto 1045 de 1978 lo estableció como un factor salarial, no existe norma legal que contemple o desarrolle lo pertinente respecto de los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aunado a que el artículo 36 de la convención únicamente lo mencionó para los años 1997 y 1998, calendas en que el actor no se encontraba vinculado con la demandada, por lo que absolvió por esta pretensión.

Respecto de la prima de servicios legal y convencional, resaltó que no la regula el Decreto 1045 de 1978 para los trabajadores de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como es el caso de CAPRECOM E.I.C.E., por lo que bajo la óptica legal no resulta procedente su pago; sin embargo, puntualizó que en atención de los artículos 49 y 50 convencional, se regula el pago de la prima de junio y diciembre, por lo que fulminó condena sobre este tópico.

Para la prima de navidad legal, estimó que se encuentra contemplada en el Decreto 3135 de 1968, no obstante, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1848 de 1969, no procede para trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, máxime si se reconoció por vía convencional.

En lo que atañe a las vacaciones, manifestó ser procedente las mismas pues así lo contempla el Decreto 3135 de 1968. Sobre la prima de vacaciones legal y convencional, advirtió que el Decreto Ley 174 de 1975 y la Ley 1045 de 1978 no le es aplicable a los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y

Comerciales del Estado, así como que tampoco le es aplicable el artículo 52 convencional, el cual establece que se reconocerá como prima de vacaciones lo establecido en la Ley, y al no regularse esta prestación a este tipo de trabajadores absolvió por estas pretensiones.

De las cesantías e intereses a las mismas, dijo que como lo regula el artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 y artículos 40 y 45 del Decreto 1045 de 1978 las mentadas cesantías son prósperas de condena, absolviendo lo que gira en torno a los intereses a las mismas bajo el entendido que no existe norma legal que consagre dicho derecho para los trabajadores oficiales de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, más aún si el Decreto 3118 de 1968 modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975 los consagra a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Señaló que la bonificación especial de diciembre se encuentra contemplada en el Decreto 3340 de 1955 inicialmente para los trabajadores del Ministerio de Comunicaciones, y con posterioridad, mediante Acuerdo 12 de 1962 se amplió para los trabajadores de CAPRECOM E.I.C.E., por lo que fulminó condena. En lo que atañe a la bonificación por servicios prestados, dijo que el artículo 55 de la Convención la contempla, de ahí que se hubiese remitido al Decreto 1042 de 1978 el cual solo contempla lo de su cargo para empleados públicos y no para trabajadores oficiales, por lo que negó este pedimento.

Concedió la pretensión de prima de retiro, como quiera que así lo regula el artículo 58 Convencional. Frente a la bonificación de recreación dispuesta en el artículo 64 Convencional, estimó que tal pretensión opera como consecuencia del disfrute de las vacaciones, aspecto que dentro del presente asunto no sucedió, por lo que absolvió sobre este tópico.

Que los aportes educativos se encuentran definidos en el artículo 39 de la Convención, y no los reconoció ya que el accionante no acreditó estudios. En el descanso especial o adicional de que trata el artículo 26 Convencional no condenó, toda vez que el actor no probó los descansos para la obtención de este beneficio.

Que la dotación convencional fue regulada en el artículo 41 para todo el personal de la entidad, a pesar de ello no resulta próspera la condena como quiera que las dotaciones no pueden reclamarse en dinero según lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia. De las horas extras no fulminó condena debido a que el demandante no especificó el tiempo de trabajo suplementario ni se probó lo de su cargo.

Respecto a la devolución de aportes al Sistema General de Seguridad Social, refirió que el actor demostró que el demandante acreditó haber realizado pago de aportes a pensión, salud y riesgos laborales para los periodos de enero de 2015 a noviembre de 2015, enero, febrero y abril de 2016.

Sobre la indemnización moratoria regulada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1945, dijo ser procedente en virtud a que no puede entenderse como justificación de buena fe de la encartada el hecho que se haya contratado al actor a través de reiterativos contratos de prestación de servicios. A pesar de ello, absolvió sobre esta pretensión en el entendido que, conforme a criterio pacífico de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta indemnización resulta próspera hasta la fecha de liquidación final de la encartada que sucedió el 27 de enero de 2017, y en razón a que fue en esta última calenda en que el contrato culminó, no emitió condena alguna.

Por último, lo que envuelve al despido sin justa causa mencionó que se demostró que la terminación del contrato de trabajo estuvo a cargo del empleador mediante carta de terminación, pero sin advertirse una justa causa para el finiquito del vínculo. En tal sentido, como lo estableció el artículo 46 del laudo arbitral, el artículo 21 de la Convención estableció la forma de solucionar esta indemnización, sin embargo, con posterioridad a la Convención Colectiva de Trabajo de los años 2012-2013 se determinó que los contratos de los trabajadores se celebrarían a término indefinido y no se aplicarían en un plazo presuntivo. Por tal razón, al momento de la desvinculación del demandante se encontraba vigente el referido acuerdo colectivo, el cual no contemplaba la forma de liquidar la indemnización por despido anterior conforme lo estableció en su momento el laudo arbitral y por

ende no hay lugar a su aplicación, sin que tampoco se encuentre vigente un plan de retiro convencional.

Por otra parte, adujo que si bien es cierto que la Convención Colectiva de Trabajo estableció en su parágrafo 1º del artículo 21 que los trabajadores oficiales se vincularían mediante contratos a término indefinido y que por ende no se les aplicaría el plazo presuntivo, también es cierto que en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política junto con el artículo 6 convencional, se podría aplicar el plazo presuntivo consagrado en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945; circunstancia por la cual, dispuso la sanción previo análisis del referido plazo presuntivo.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Adujo que se debe declarar una única relación laboral por los periodos comprendidos entre el 29 de junio de 2011 y el 27 de enero de 2017, por lo que solicitó la revisión de las interrupciones establecidas por la *a-quo*.

Que debe proceder el pago de las pretensiones tanto legales como convencionales solicitadas en la demanda, al igual que se revise lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, así como la sanción por despido sin justa causa, ya que esta última se debe reconocer conforme a lo regulado en la Convención Colectiva de Trabajo y en el Laudo Arbitral.

Por su parte, la accionada expuso en su alzada que se debe revocar la declaratoria de los diferentes contratos de trabajo decididos por la falladora de instancia, ya que la vinculación del demandante sucedió por diferentes contratos de prestación de servicios acorde con lo reglado en la Ley 80 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que los testimonios recaudados en nada incidieron con la realidad de los mentados contratos de servicios, por lo que debe absolverse de las condenas impuestas, incluidos la devolución de los pagos de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, pues el demandante era contratista independiente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa y atendiendo los reproches de los apelantes, determinará en primer lugar si entre las partes existió un vínculo de carácter laboral, y de ser así, establecer si se configuraron uno o varios contratos de trabajo, sobre qué periodos y qué cargos desempeñados.

En segundo lugar y en caso de establecerse la existencia del contrato de trabajo, se auscultará sobre el estudio de la totalidad de las pretensiones incoadas, pues de una parte el presente asunto se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la encartada según los preceptos del artículo 69 del C.S.T., y de otra, la parte demandante encontró inconformidad sobre las pretensiones que la falladora de instancia absolvió.

c. Del caso en concreto:

Pretendió el extremo activo de la litis se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 29 de junio de 2011 y el 27 de enero de 2017, a lo cual se opuso quien administra el PAR CAPRECOM, pues adujo que la vinculación del demandante se hizo por virtud de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993.

En punto de probar sus pedimentos y como lo sostuvo la falladora de instancia, que por demás no fue refutado por las partes, el señor OSCAR HERNANDO DÍAS TORRES efectuó las siguientes vinculaciones:

(i) A folios 47 a 48, obran certificaciones emanadas por la CTA COOPSERVICIOS de calendas 23 de febrero y 31 de mayo de 2012, las cuales exponen que el demandante fue trabajador de dicha Cooperativa desde el 29 de junio de 2011 hasta el 10 de mayo de 2012 en el cargo de Técnico Contable, percibiendo por concepto de compensación ordinaria mensual la suma de \$811.971, \$67.800 por ayuda de movilización y \$99.158 por beneficios sociales. A su vez, a folio 46 obra carta del 25 de mayo de 2012 emitida por la CTA COOPSERVICIOS con destino al demandante, en la que se le indica al actor que el proceso que venía desarrollando para la empresa cliente CAPRECOM E.I.C.E. culminó el 10 de mayo de 2012.

(ii) A folio 49 milita la carta de fecha 11 de diciembre de 2012 por parte de la Jefe de División de Contabilidad de CAPRECOM E.I.C.E. cuyo nombre es CLAUDIA PATRICIA PRIETO PULIDO, con destino al SENA en la que se expone que las funciones realizadas por el demandante en la entidad desde el 29 de junio de 2011 hasta el 11 de diciembre de 2012, básicamente consistieron en conciliaciones bancarias en las cuentas del Nivel Central por negocios realizados con el aplicativo CONCILIA, generar los reportes contables del programa SEVEN, realizar informes en los que se identifiquen las cuentas bancarias, entre otras.

(iii) En Folios 54 y 67 a 70, aparece la Orden de Servicios y el contrato de prestación de servicios con consecutivos ON01-0993-2012 del 3 de julio de 2013 suscrita entre el demandante y CAPRECOM E.I.C.E., que dan cuenta que el demandante desempeñó la actividad de Prestación de Servicios Tecnológicos en la Subdirección Financiera desde el 3 de julio hasta el 31 de agosto de 2012, con un valor de contrato equivalente a \$3.723.192, pagaderos de manera mensual por valor de \$1.861.596.

(iv) A folio 53 obra la Orden de Servicios con consecutivo OB01-2030-2012 del 3 de septiembre de 2012, que demuestra que se suscribió contrato de

prestación de servicios entre el demandante y la entidad para que el primero desempeñase la actividad de Servicios Tecnológicos en la Subdirección Financiera desde el 5 de septiembre de 2012 hasta el 31 de marzo de 2013, con un valor de \$13.031.172.

(v) A folios 50 a 51 y 71 a 75, obra certificación emitida por el Director Regional Vaupés de nombre HUGO DANILO LOZANO OMIENTO y el respectivo contrato de prestación de servicios, en la que se precisa que el demandante suscribió la orden de servicios con consecutivo CR97-021-2013 del 14 de junio de 2013 para desempeñar la actividad de Servicios Técnicos Profesionales de Apoyo a las Gestiones Administrativas en el Nivel Central para la Regional Vaupés por el periodo comprendido entre el 14 de junio y el 13 de agosto de 2013, con un valor de \$3.585.098.

En la misma certificación, se enrostró la Orden de Servicios CR97-025-2013 del 13 de agosto de 2013, cuya actividad igualmente se encaminó a los servicios Técnicos Profesionales de Apoyo a las Gestiones Administrativas en el Nivel Central Regional Vaupés comprendida entre el 13 de agosto y el 30 de noviembre de 2013 por valor de \$6.273.922 con una adición a esta Orden de Servicios en cuantía de \$1.792.549 y prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2013, la cual se soporta con el respectivo contrato de servicios CR97-025-2013 del 13 de agosto de 2013, junto con el acta de inicio del contrato (Fls. 76 a 81 y 82).

(vi) A folio 52 aparece certificación de CAPRECOM E.I.C.E. del 28 de abril de 2016 que acredita la suscripción de la Orden de Servicios ON01-0488-2014 del 1º de julio de 2014, y que demuestra que el demandante se desempeñó como Técnico para el Apoyo a la Gestión en la División de Tesorería desde el 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2014 por valor de \$10.755.924, junto con el respectivo contrato de prestación de servicios visible a folios 83 a 85.

(vii) A folios 86 a 90 aparece la Orden de Servicios ON01-0159-2015 suscrita entre las partes, aspecto que se acompasa con el Informe Final o Parcial de Supervisión del mes de enero de 2016 visible a folios 41 a 45, que advierte que el objeto es la prestación de Servicios Técnicos para el Apoyo a la Gestión en la

División de Tesorería, con un valor inicial de \$22.645.587, contrato que se comprendió entre el 31 de enero de 2015 hasta el 31 de enero de 2016.

(viii) A folios 95 a 96 obra el contrato de prestación de servicios No. 0192 del 16 de febrero de 2016 suscrito entre las partes, cuyo objeto es la Prestación de Servicios Técnicos en el Área de Tesorería de CAPRECOM comprendido entre el 16 de febrero hasta el 31 de marzo de 2016, por valor de \$ 2.700.000. Así mismo, a folios 97 a 99 se efectúa una adición al referido contrato en el entendido de ampliar el plazo pactado hasta el 30 de abril de 2016, adicionando su valor en la suma de \$1.800.000.

(ix) A folios 64 a 66, obra copia del contrato de trabajo por obra o labor contratada suscrita entre TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. y el demandante, cuya fecha de iniciación de labores lo fue el 12 de mayo de 2016, talante que se soporta además con las certificaciones emanadas por la temporal del 27 de mayo y 20 de septiembre de 2016 como se denota a folios 57 a 58, que dan cuenta que desde dicha calenda el señor OSCAR HERNANDO trabajaba en misión para CAPRECOM en el cargo de Profesional, y un promedio de bonificaciones de \$275.000, sumado al hecho que a folios 57 y 60 a 63, aparece copia de la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la temporal al demandante el 27 de enero de 2017, que refleja que el finiquito del vínculo se dio con ocasión a que la empresa usuario, esto es CAPRECOM, le comunicó la necesidad de la culminación del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 5 literal d) de la Ley 50 de 1990.

Por otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que es contador público y en la actualidad trabaja en la Notaría 38 del Círculo de Bogotá, al igual que suscribió de manera espontánea diferentes contratos de prestación de servicios. Que inició a prestar servicios a CAPRECOM a través de un contrato con la C.T.A. COOPSERVICIOS a partir del 29 de junio de 2011 el cual culminó el 25 de mayo de 2012, y con posterioridad la entidad lo contrató por orden de prestación de servicios para realizar las mismas funciones, esto es, las atinentes a Técnico en el Área Financiera. Con posterioridad siguió laborando

a partir de mayo de 2012 hasta el 31 de marzo de 2013 en el Área Financiera de Contabilidad.

Relató que una vez culminó el contrato en contabilidad, inició unas labores en el nivel central que era la sede principal de CAPRECOM con la Territorial Vaupés, ya que por problemas en conectividad de la Seccional Mitú necesitaban una persona en el Área Administrativa para que se realizara la gestión de facturación y todo lo referente a contabilidad, de ahí que estuviera vinculado con varios contratos desde el mes de abril de 2013 a abril de 2014. Una vez culminó con dicha labor, en el mes de mayo de 2014 pasó al Área de Tesorería donde también estuvo vinculado por varias órdenes de servicios, hasta que empezó el proceso de liquidación de la entidad, y continuó con TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A. hasta la fecha de liquidación que lo fue el 27 de enero de 2017.

Que cuando estuvo vinculado con la Cooperativa y necesitaba alguna reclamación de algún tema de sus actividades, lo hacía con su jefe de contabilidad de nombre CLAUDIA PATRICIA PRIETO PULIDO, luego la Gerente de Mitú Vaupés de nombre SUSANA DEL PILAR REINA, y posteriormente en el Área de Tesorería con JOSÉ FERNANDO AGUDELO, CAROLINA GUERRERO y CESAR AUGUSTO VILLA CARDONA, personas todas de planta de CAPRECOM, y cuando empezó el proceso liquidatorio tuvo nuevos jefes como lo fueron JULIANA SÁNCHEZ y MARÍA EDITH TOMAR quienes eran ya miembros de la FIDUPREVISORA S.A.

Manifestó que el 27 de enero de 2017 dieron por terminado su contrato de trabajo debido a una decisión unilateral y sin justa causa, y que cuando estuvo vinculado por contratos de prestación de servicios se le indicó que debía sufragar los aportes al Sistema Integral General de Seguridad Social, cumplía un horario el cual no se especificó por escrito de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., nunca perteneció a un sindicato de CAPRECOM, ya que quienes hacían parte de estos eran las personas de planta.

Señaló que no existieron interrupciones laborales entre uno y otro contrato ya nunca dejó de laboral, así como que recibía ciertas órdenes directamente de

los supervisores tales como que debía trabajar algunos fines de semana y festivos, y que en algunas ocasiones debía solicitar permisos, reiterando que siempre debía cumplir un horario. Que las herramientas de trabajo eran suministradas por la entidad y lo ubicaban en un cubículo, además que tenían claves de acceso para ingresar a los respectivos programas y un correo institucional.

De otra parte, se recaudó el testimonio de MARTHA CECILIA CASTAÑEDA GALEANO, quien manifestó ser Ingeniera de Sistemas. Que conoce al demandante hace 20 años cuando este ingresó a laborar al servicio de CAPRECOM, y que 20 años después se desvinculó un tiempo, regresando nuevamente a la entidad en el año 2011, así como que trabajó en el Área de Contabilidad. Que ella como testigo empezó a laborar al servicio de la entidad como trabajadora oficial en el año de 1988 hasta el mes de enero de 2017, vinculación que siempre se dio a término indefinido. Que tuvo varios cargos como lo fue Auxiliar Técnica, finalizando su labor como Profesional Universitaria II, siempre en la parte financiera, más exactamente en el Área Contable.

Puntualizó que el demandante trabajó en contabilidad, y ambos trabajaron en la parte de Conciliaciones Bancarias, siendo ella como testigo la Coordinadora mientras que la jefe era la señora CLAUDIA PATRICIA PRIETO PULIDO, así como que el actor realizaba las mismas funciones que ella ya que eran un grupo bastante grande, esto lo realizó el actor aproximadamente desde el mes de junio de 2011 hasta finales del año 2012, y con posterioridad pasó al Área de Tesorería, y posteriormente a las Regionales de Vichada y San Andrés.

Que le consta que el actor laboró al servicio de la entidad hasta el 27 de enero de 2017, misma calenda en que ella como testigo también se desvinculó. Que el actor tenía un contrato de prestación de servicios y que en las áreas en que laboró el actor existían personas en planta, así como que cumplía horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y en ocasiones laboraba los fines de semana, igualmente que tenía jefes inmediatos de la entidad al igual que los trabajadores de planta.

Relató que el señor OSCAR HERNANDO DÍAZ TORRES tenía un puesto de trabajo suministrado por CAPRECOM, junto con las herramientas de trabajo e incluso tenía clave de accesos a los respectivos computadores y unos aplicativos, tenía correo electrónico institucional, precisando que el trabajo del actor siempre fue continuo.

La testigo MARÍA IDALÍ MAYORGA PINTO, manifestó que es Contadora Pública y que conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo en CAPRECOM. Que ella como testigo trabajó al servicio de la entidad desde el 9 de mayo de 1989 hasta el 9 de mayo de 2016, desempeñando como último cargo el de Profesional especializado II en el Área de Contabilidad. Que el demandante laboró un tiempo al servicio de CAPRECOM y luego ingresó nuevamente en el año 2011, y que cuando ella se retiró de la entidad en el año 2016 el actor continuó laborando, por lo que no le consta la fecha exacta en que éste finalizó labores.

Fue enfática en resaltar que el demandante se vinculó a través de contratos de prestación de servicios, y en el año 2011 inició con conciliaciones bancarias, posteriormente laboró con una Territorial en la digitalización de la información, y luego que ella se retiró laboró en el Área de Tesorería, constándole esto porque trabajaban en la misma sede. Aseveró que cuando el demandante estuvo en el Área de Contabilidad recibía las órdenes de su misma jefe quien era la señora CLAUDIA PATRICIA PRIETO, sin conocer el nombre de los demás jefes directos del demandante.

Que el actor cumplía el mismo horario del personal de planta, que era de lunes a viernes de 8:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. y ocasionalmente los sábados, así como que las herramientas le eran suministradas a este por la entidad por intermedio de las Áreas de Almacén y Sistemas, cada vez que tenía que ausentarse debía pedir permiso, tenía correo electrónico institucional, así como que las funciones que realizaba el actor eran idénticas a las del personal de planta.

Así las cosas, conforme a lo colegido por la falladora de instancia, es palmario para esta Colegiatura que el actor tuvo contrataciones inicialmente por la

Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERVICIOS C.T.A., luego a través de distintos contratos de prestación de servicios con la extinta CAPRECOM E.I.C.E., y por último mediante contrato de trabajo de obra o labor contratada con la Empresa de Servicios Temporales UNO - A BOGOTÁ S.A.S., vinculaciones todas que tuvieron los siguientes extremos temporales.

- _ Desde el 29 de junio de 2011 hasta el 10 de mayo de 2012.
- _ Desde el 3 de julio hasta el 31 de agosto de 2012.
- _ Desde el 5 de septiembre de 2012 hasta el 31 de marzo de 2013.
- _ Desde el 14 de junio hasta el 13 de agosto de 2013.
- _ Desde el 14 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2013.
- _ Desde el 1 de julio hasta el 31 de diciembre de 2014.
- _ Desde el 13 de enero de 2015 hasta el 31 de enero de 2016.
- _ Desde el 16 de enero hasta el 30 de abril de 2016.
- _ Desde el 12 de mayo de 2016 hasta el 27 de enero de 2017.

Con las precitadas pruebas analizadas se tiene acreditada por una parte, la prestación personal de los servicios del actor, lo que da lugar a activar la presunción de existencia del contrato contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y por otro, la existencia de una vinculación regida por la Ley 80 de 1993 que autoriza a las entidades estatales a contratar directamente la prestación de servicios profesionales de una persona natural o jurídica que esté en capacidad y que haya demostrado la idoneidad y experiencia directamente relacionada con el área de que se trate.

En punto de ello, debe decirse, que pese a que se alegó por quien resultó condenada la existencia de una relación atada precisamente a dichos contratos de prestación de servicios y la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, lo cierto es que en las relaciones de trabajo prevalece la realidad antes que la formalidad, conforme se dispuso en el artículo 53 Superior y como en forma certera tuvo oportunidad de analizarlo la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, al declarar la exequibilidad parcial del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Es por ello que, para determinar la verdadera naturaleza contractual de esa vinculación, la Sala analizó el conjunto probatorio, encontrando que durante todas las vinculaciones el actor siempre se desempeñó como Técnico y Profesional en las diferentes áreas encaminadas a cuentas de cobro y demás aspectos que tuviesen que ver con finanzas ya que el señor OSCAR HERNANDO DÍAZ TORRES es Contador Público.

Así mismo, se pudo conocer del dicho de sus compañeras de trabajo MARTHA CECILIA CASTAÑEDA GALEANO y MARÍA IDALÍ MAYORGA PINTO, que las funciones desarrolladas estuvieron dirigidas a aspectos contables en las diferentes áreas, situación similar a la desarrollada por los trabajadores de planta de la entidad.

Informaron los precitados deponentes que las funciones del actor eran desarrolladas en cumplimiento de un horario de trabajo de 8 am a 5 pm de lunes a viernes y ocasionalmente los fines de semana, bajo la subordinación, de los jefes inmediatos quienes eran empleados de planta, y a su vez controlaban no solo el cumplimiento de las labores contratadas, sino del horario y la forma de desarrollar la labor la cual desempeñaba en las instalaciones y con los elementos suministrados por la entidad durante las diferentes contrataciones.

También se pudo conocer que el demandante debía compensar el tiempo cuando pedía permisos. Manifestaciones que resultan coherentes y válidas pues se trata de personas que conocieron de forma directa la labor del demandante por tratarse de compañeros de trabajo, quienes tuvieron la oportunidad de conocer los pormenores de dichos servicios. Igualmente, el hecho que durante las diferentes contrataciones el demandante recibió órdenes de distintas personas que se encargaban de la comandancia de las diferentes dependencias donde laboró, prueba de ello lo son las documentales visibles a folios 100 a 114.

Conforme a lo anterior, la Sala encuentra que la entidad no logró desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues demostrada la prestación personal del servicio y acreditadas las condiciones

subordinantes en que desarrolló las labores el promotor del juicio al estar sujeto a horario y órdenes del personal se concluye que la vinculación en realidad obedeció a un contrato de trabajo, precisando que las funciones desempeñadas por el actor no lo convierten en un empleado público como quiera que el vínculo del demandante estuvo regido por una relación laboral en donde mediaba en realidad un contrato de trabajo, en calidad de trabajador oficial, máxime que CAPRECOM era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, y como consecuencia, en los términos del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 *“Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”*, sin que en el presente caso se hubiera acreditado que el demandante se encontrara en la segunda circunstancia.

Ahora, si bien se aprecia que el demandante estuvo vinculado desde el 29 de junio de 2011 y el 10 de mayo de 2012, y entre el 12 de mayo de 2016 y el 27 de enero de 2017, a través de Cooperativa de Trabajo Asociado y una Empresa de Servicios Temporales respectivamente, de conformidad con lo establecido en la Ley 1429 de 2010, Decreto 2025 de 2011, artículo 61 de la Ley 50 de 1990, como lo concluyó la *a-quo*, existen eventos en los que la vinculación de un cooperado con terceras personas estructura una verdadera relación de trabajo en atención del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, máxime si se tiene en cuenta que aterrizando el análisis probatorio, se pudo demostrar que fue CAPRECOM E.I.C.E. en su momento fue la que siempre actuó como verdadero empleador del actor, y que la Cooperativa no tenía provisto suministrar a la encartada un servicio especializado propio de su objeto social, por el contrario, lo que se advierte fue que actuó como una simple intermediaria.

Asimismo, es menester señalar inicialmente que las Empresas de Servicios Temporales, verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades, las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94. En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los

que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

A pesar de lo anterior, debe advertirse que la Sala de Casación Laboral en reciente jurisprudencia, más exactamente la sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 del 21 de octubre de 2020, analizó el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, en concordancia con el de fraude a la ley en supuestos de contratación mediante Empresas de Servicios Temporales, en la medida que a pesar de que existan contrataciones de personal en misión bajo esta óptica, infringe la normatividad vigente.

Puestas así las cosas, descendiendo al caso de marras, tenemos que si bien en principio, el demandante desde el mes de julio de 2012 y por lo menos hasta el mes de abril de 2016 suscribió contratos de prestación de servicios directamente con la extinta CAPRECOM, y con posterioridad y hasta el 17 de enero de 2017 fue empleado en misión por intermedio de Empresa de Servicios Temporales, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales, no puede pretender la pasiva que por el hecho de que dicha contratación en misión se encuentre en inicio como reglamentación legal en los términos de la Ley 50 de 1990, esta figura pueda ser utilizada para desnaturalizar la primacía de la realidad sobre las formalidades dispuesta en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que al existir una

contratación de un interregno tan extenso, las actividades desempeñadas por el actor dejaron de ser transitorias para convertirse en permanentes.

Esto conduce a su vez, a que se den las connotaciones para la constitución del principio defraudatorio de la legalidad endilgado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al amparo aparente de una norma como lo es la Ley 50 de 1990, iterándose que el actuar realizado por la encartada fue contratar indirectamente a la demandante a pesar de que su actividad además de haber sido realizada directamente sobre el objeto social fue permanente.

De los extremos temporales de la relación laboral.

Sobre este punto, el apelante demandante insiste en que contrario a lo decidido en primer grado, dentro del presente asunto debe atenderse una única relación laboral por el periodo comprendido entre el 29 de junio de 2011 y el 27 de enero de 2017, rememorándose que la *a-quo* determinó la existencia de tres vínculos contractuales por los siguientes periodos:

- _ Entre el 29 de junio de 2011 y el 31 de marzo de 2011.
- _ Entre el 14 de junio y el 31 de diciembre de 2013.
- _ Entre el 1 de julio de 2014 y el 27 de enero de 2017.

Al respecto, advierte la Sala que los anteriores extremos habrán de confirmarse en tanto, es palmario que entre uno y otro contrato existieron interregnos superiores a un mes, talante que de conformidad con interpretación de la Sala de Casación Laboral, como son las sentencias SL347-2021, Radicación No. 76243 del 1 de febrero de 2021, SL149-2021, Radicación No. 78083 del 25 de enero de 2021, SL095-2021, Radicación No. 74219 del 20 de enero de 2021, entre otras, no puede aseverarse la existencia de una única relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que a pesar de que la testigo MARTHA CECILIA CASTAÑEDA GALEANO declaró que el actor laboró de manera interrumpida, la testigo tan solo trabajó con el demandante en la misma área desde el año 2011 hasta el año 2012, pasando el actor a las dependencias de Tesorería, lo que da cuenta que después de 2012 la testigo no constató de manera directa la forma en que se siguió desarrollando la relación

laboral, además que dijo que solamente lo veía en Tesorería cuando se acercaba a hacerle alguna consulta, de lo que se colige que no tuvo un trato constante.

Al unísono, al preguntársele a la testigo MARÍA IDALÍ MAYORGA PINTO sobre algunos días de interrupción del demandante, adujo no recordarlo, así como que ella tan solo trabajó hasta el año de 2016, aspecto por el que la Sala no puede tomar dicha declaración como certera para la determinación de un único contrato de trabajo, adicional al hecho que no reposa ninguna documental que de fe de la prestación del servicio de manera continua.

También se deja de presente que como lo precisó la *a-quo*, conforme al postulado jurisprudencial por el Órgano de cierre, tan solo debe analizarse la última relación laboral declarada, así lo sostuvo en las sentencias con radicación No. 27371 del 19 de octubre de 2006, SL5165-2017, Radicación No. 45183 del 15 de marzo de 2017 y SL13444-2017, Radicación No. 50565 del 30 de agosto de 2017, última que sostuvo:

“Sobre el tema en cuestión, esta colegiatura ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar para examinar las condenas el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes (...).”

Las circunstancias expuestas conducen a que estos aspectos se mantengan incólumes.

De la Convención Colectiva de Trabajo:

Sea lo primero indicar, que fue aportada en medio magnético Convención Colectiva de Trabajo de 1997 a 1998 con su respectivo depósito, acta parcial de acuerdo del 3 de marzo de 1999, Laudo del 1º de julio de 1999, copia del Acta de Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003, Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013, Convención Colectiva vigente desde el 1º de enero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2013 con su respectivo depósito ante el Ministerio de Trabajo.

En tal sentido, el artículo 2 convencional de 1997-1998 estableció que la misma sería aplicable a todos los trabajadores oficiales, de ahí que al ostentar tal calidad conforme se expuso en las consideraciones precedentes es procedente su aplicabilidad al presente asunto.

Excepción de prescripción.

En virtud al análisis del último contrato de trabajo declarado, es decir, el configurado por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 27 de enero de 2017, de entrada, advierte la Sala que de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 159 del C.P.T y de la S.S. no operó el fenómeno prescriptivo como quiera que, el finiquito sucedió el 27 de enero de 2017 y se elevó reclamación administrativa el 17 de mayo de la misma anualidad (Fls. 30 a 33), presentándose la demanda el 7 de diciembre de 2018 según da cuenta el acta individual de reparto (Fl. 207); circunstancia por la cual, es palmario que no ocurrió el término trienal de que trata la normativa en comento.

Salarios.

Ahora bien, no fue objeto de reproche por ninguna de las partes el salario mensual determinado por la *a-quo*, y que por demás se dedujo de las probanzas allegadas al plenario de la siguiente manera:

- _ Entre el 1 de julio de 2014 y el 31 de enero de 2016 \$1.792.549.
- _ Entre el 1 de febrero y el 30 de abril de 2016 \$1.800.000.
- _ Entre el 1 de mayo de 2016 y el 27 de enero de 2017 \$3.000.000.

Así las cosas, se procederá con el análisis de las pretensiones de carácter condenatorio.

Reajuste salarial a la asignación básica mensual dejada de aplicar por la entidad para los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 acorde con el Acuerdo Extraconvencional del 7 de junio de 2013.

Como se puntualizó en primer grado, el día 7 de junio de 2013 se suscribió Acta de Acuerdo Extraconvencional entre el Sindicato SIONTRACAPRECOM y la entidad CAPRECOM, mediante el cual se dispuso ampliar la vigencia en cinco años del Acuerdo Extraconvencional del 12 de junio de 2003, acordándose también que a partir del 1º de junio de 2013 se efectuaría un incremento salarial de \$220.800 para los trabajadores oficiales de nivel tecnólogo y de \$200.000 para los trabajadores oficiales a partir de nivel profesional incluidos los Jefes de Departamento.

A pesar de ello, y como lo sostuvo la *a-quo*, no es procedente efectuar liquidación salarial pues de una parte, para el 7 de junio de 2013, calenda en que se suscribió el Acta de Acuerdo Extraconvencional, el contrato de trabajo del demandante no se encontraba vigente como quiera que inició a partir del 1º de julio de 2014, y por otra, el actor no demostró el cargo específico de profesional ni las comparaciones certeras que ejerciera con otro profesional de la entidad, por lo que se confirmará la absolución realizada por este concepto.

Auxilio Convencional de Transporte:

Se encuentra regulado en el artículo 47 de la Convención, el cual establece que *“CAPRECOM reconocerá a todos los servidores públicos el auxilio de transporte que decreta el Gobierno Nacional”*.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3023-2020, Radicación No. 66001 del 1º de julio de 2020, señaló:

“Para este caso en particular, siguiendo el horizonte trazado en las decisiones precedentes, la Corte concluye que la redacción del artículo 47 del convenio colectivo objeto de disenso no tiene más que una lectura admisible, relativa a que el auxilio de transporte fijado en aquel acuerdo era destinado para todos los trabajadores de la entidad. Si bien el citado canon marcó como pórtico para su reconocimiento lo que decretara el Gobierno Nacional, ello sin lugar a dudas hacía referencia a la cifra fijada para cada año y no a sus restricciones, puesto que, de entenderse lo contrario, en nada valdría dicha estipulación convencional, cuando la

entidad se va a ceñir a las reglas generales legales que consagran la prestación.

Ahora bien, al confrontarse los cálculos efectuados en primer grado se ajustan a derecho, de ahí que la condena deba confirmarse sobre este aspecto.

Auxilio de Alimentación:

Sobre el particular se debe señalar que de la revisión de las normativas extralegales, únicamente se reguló su pago en la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1998, siendo que el vínculo laboral data del año 2014, por lo que se confirmará la absolución.

Prima de servicios legal.

La absolución impuesta en primera instancia respecto de la prima de servicios legal será confirmada, pues no existe norma que consagre esta prestación ya que la norma que la consagra, esto es, el Decreto 1045 de 1978, no cobija a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Este sustento también lo ha sostenido el Órgano de cierre siendo un ejemplo de ellos la sentencia SL545-2018, Radicación No. 56863 del 6 de marzo de 2018.

Primas convencionales de los meses de junio y diciembre.

Los artículos 49 y 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, estatuyen que se reconocerá a los trabajadores quince días adicionales a los pagados por concepto de primas de junio y diciembre, los cuales no son constitutivos de factor salarial. Verificados los montos calculados por la falladora de primera instancia, se encuentran ajustados a derecho por lo que se confirmará esta condena.

Prima legal de navidad:

Regulada en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 modificado por el artículo 1° del Decreto 3148 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, las que nos conducen a determinar según el

parágrafo segundo del primer precepto en cita que, no habría lugar a su reconocimiento, en la medida que desde el punto de vista convencional se estableció una prima anual equivalente a dicha prestación, según lo regulado en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que se mantendrá incólume la absolució decidida en primer grado.

Sobre este tópic la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL593-2021, del 17 de febrero de 2021, señaló:

En lo atinente a la supuesta incompatibilidad a la que se refiere el instituto convocado al proceso, dado que al demandante le fue reconocida la de servicios con venero en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, no es admisible, pues como se explicó en la sentencia CSJ SL, del 1º sep.2009, rad. 33676, para que se exima a un trabajador oficial de la prima de Navidad legal, es menester que se demuestre que tenía “derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación”, consagradas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos internos de trabajo.

En el *sub-examine* se tiene que en la cláusula 50 convencional, se dispuso el pago de 15 días por concepto de prima de navidad, motivo por el cual se confirmará la absolució.

Compensación en dinero de las vacaciones.

Frente a este tópic, sea lo primero advertir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose del término prescriptivo para las acreencias de vacaciones respecto de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el mismo obedece a un interregno de 4 años y un mes como así se explicó en sentencia SL981-2019, Radicación no. 74084 del 20 de febrero de 2019:

“(ii) Con arreglo al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969 «causado el correspondiente derecho a las vacaciones, deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho», premisa que indica que luego de causadas, el empleador oficial tiene un año para concederlas.

(iii) A su turno, y luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de

prescripción de las mismas» (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

De lo anterior se puede deducir que el término trienal de prescripción de los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se cuenta luego de transcurrido 1 año y 1 mes (1 año de periodo de gracia del empleador y 1 mes de periodo de gracia en favor del trabajador).

De otro lado, vale la pena aclarar que el término de prescripción de 4 años, contados a partir «de la fecha en que se haya causado el derecho» previsto en el artículo 23 del Decreto-Ley 1045 de 1978 no aplica a los trabajadores de estas empresas estatales, según el criterio expuesto por esta Sala en sentencia CSJ SL 5830, 12 nov. 1993, reiterada en CSJ SL 14234, 5 sep. 2000:

Para proceder con método, observa la Sala que el citado Decreto delimita claramente el campo de su aplicación al estatuir que el mismo <fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la Administración Pública del Orden Nacional> (artículo 1º), a propósito de lo cual concreta en el artículo 2º.: < Para los efectos de este Decreto se entiende por entidades de la Administración Pública del orden Nacional la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales". De donde es fácilmente deducible que están excluidas de su normatividad las empresas industriales y comerciales del Estado, así como las sociedades de economía mixta, que <están vinculadas a la administración y sujetas a su orientación, coordinación y control" (Artículo 1º. PARAGRAFO (sic) del Decreto 1050 de 1968).

"Es decir, que aunque en el título del aludido Decreto se dice que por él <se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional>, ha de entenderse, en los términos de los artículos 1º y 2º de aquel, que los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional a quienes van dirigidas las normas del Decreto, o sea sus destinatarios específicos, son los de <la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas Especiales>; ninguno otro."

La anterior postura también ha sido recalcada en otras sentencias tales como la SL-885 de 2020, Radicación No. 64397 del 10 de marzo de 2020, SL989-2021, Radicación No. 78535 del 8 de marzo de 2021, entre otras.

Por tal razón, al haber sido CAPRECOM una Empresa Industrial y Comercial del Estado, claro resulta para la Sala que el análisis de prescriptibilidad de este emolumento deba analizarse sobre un término de 4 años y un mes. En tal sentido,

y en virtud a que el último contrato de trabajo no se encuentra cubierto de prescriptibilidad alguna para los derechos laborales, esta condena se mantendrá incólume por cuanto se encuentra ajustada a derecho.

Prima de vacaciones legal y convencional:

La prima legal de vacaciones no opera para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como lo es la extinta CAPRECOM, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1045 de 1978, tal prerrogativa se aplica para los trabajadores oficiales del orden nacional como lo es la Presidencia de la República, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y las Unidades Administrativas.

A pesar de lo anterior, sí se reconocerá este emolumento en atención de lo consagrado en el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo, que dispone que *“CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales conforme a lo establecido en la Ley”*.

Ello por cuanto, reexaminado el caso en concreto, como los aludidos decretos aplicables en principio a los trabajadores oficiales no se establece dicha prima, es viable acudir en virtud de dicho texto convencional, al artículo 25 del Decreto Ley 1045 de 1978 como quiera que es la misma convención quien lo establece a efectos de dar aplicación a la norma convencional, según el cual, dispone que tal prebenda *“será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio”*. Así las cosas, efectuadas las operaciones del caso arrojan una condena equivalente a \$2.756.101.29; circunstancia por la cual la sentencia de primera instancia se revocará parcialmente por este aspecto.

Cesantías e intereses a las cesantías.

Sea lo primero indicar que resultan viables a la luz de lo regulado en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 1° y 6° del Decreto 1160 de 1947, artículo 17, literal a) de la Ley 6° de 1945 y la ley 344 de 1996, advirtiéndose igualmente que a todos los contratos de trabajo celebrados con posterioridad

a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, les es aplicable el régimen de liquidación por cesantías anual, el cual cobijó incluso a los trabajadores oficiales del sector público con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, condena que fue precedida por la *a-quo* y su liquidación ajustada a derecho.

No sucede lo mismo frente a los intereses a las cesantías, como quiera que de conformidad con lo establecido en el Decreto 3818 de 1968, lo único que establece es la forma de calcular los intereses en tratándose de trabajadores afiliados al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y la Ley 432 de 1998, contempla la reorganización de la misma entidad; circunstancia por la cual, se confirmará la absolución respecto este pedimento.

Bonificación especial de diciembre.

La regula inicialmente el artículo 1º del Decreto 3340 de 1955, en especial para trabajadores del Ministerio de Comunicaciones, equivalente a *“la mitad del sueldo mensual que devengue cada uno de ellos en el mes de diciembre del año respectivo”*. Luego mediante Acuerdo del 6 de diciembre de 1962 se amplió para los trabajadores de CAPRECOM, por lo que resulta procedente esta condena que por demás la falladora de instancia la tasó en legal orden, lo que da lugar a la confirmación de este tópico.

Bonificación por servicios prestados.

Esta bonificación se encuentra regulada en los artículos 46 y 47 del Decreto 1042 de 1978, precepto legal que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencia, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas del Orden Nacional, entes todos dentro de los cuales no se encuentran enmarcadas las Empresas Industriales y Comerciales del Estado como es el caso de CAPRECOM.

Por otra parte, a pesar de que el artículo 55 convencional regula esta acreencia, es claro el articulado en advertir que únicamente opera para sus servidores públicos basados en los topes y requisitos señalados en la Ley, de ahí que sea

claro para la Sala que este beneficio no fue determinado para los trabajadores oficiales de la entidad, por lo que se confirmará su absolución.

Prima de retiro.

Estipulada en el artículo 58 de la Convención, establece que *“CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus trabajadores públicos, el equivalente a dos meses de salarios”*, que, en este caso, equivalen a la suma de \$6.000.000 toda vez que último salario mensual percibido por el demandante ascendió a la suma de \$3.000.000, mismo calculado por la falladora de instancia, lo que conlleva a que se confirme este aspecto, dejando de presente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2709-2019, Radicación No. 65470 del 17 de septiembre de 2019 avaló la condena sobre este precepto.

Bonificación de recreación convencional.

Dispone el artículo 64 convencional, que se pagará por este concepto tres días de salario con ocasión del disfrute de las vacaciones. En tal sentido, y al no haberlas disfrutado el demandante, sino que por el contrario y atendiendo los supuestos fácticos de esta acción, es palmario se otorgó la compensación en dinero de las vacaciones, por lo que no hay lugar a fulminar condena como lo determinó el Juzgado primigenio.

Aportes educativos.

Se encuentran regulados en el artículo 39 de la Convención Colectiva de Trabajo, el cual dispone que CAPRECOM los reconocerá por una sola vez basado en dos variables: *“a) Para los hijos de los trabajadores que adelanten estudios de: Preescolar, primaria, secundaria, carreras intermedias, técnicas y universitarias, para los años de 1997 y 1998 el IPC certificado por el DANE sobre el valor reconocido en 1996 y 1997; para los hijos de Educación Especial el valor total de la matrícula, pensión, alimentación y transporte”* y, *“b) para los trabajadores: CAPRECOM reconocerá el 100% el valor de los estudios de primaria y secundaria. Los estudios universitarios, técnicos y de posgrado se*

subsidiarán de acuerdo a la reglamentación, que para tal efecto expida el Comité de Capacitación”

Como se sostuvo en primera instancia, no obra prueba debidamente acreditada sobre estudios realizados por el actor hijo en caso tenerlos, por lo que se confirmará la absolución.

Descanso especial o adicional.

El artículo 26 regula que *“Para la época de festividades de Navidad y Año Nuevo, CAPRECOM organizará dos turnos, a efectos de que a las personas a quien se les aplica esta Convención, compartan en familia estas festividades. Con este fin CAPRECOM otorgará descanso especial remunerado de cuatro (4) días hábiles, sujeto a programación previa a fin de no desatender los servicios.”*

Misma situación de carencia probatoria sucede con esta súplica, toda vez que dentro del plenario no obra prueba que demuestre los referidos turnos, idéntica situación definida en primer grado.

Dotación convencional.

El artículo 42 de la Convención Colectiva reseñó una dotación para todo el personal cuyo salario básico no exceda la suma de \$450.000, de ahí que se suministrara 4 uniformes al año como dotación.

Tal premisa no puede ser objeto de condena ya que como lo interpretó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2409-2019, Radicación No. 45962, no puede estimarse como pago dinerario esta dotación ya que el presupuesto convencional no lo dispone en ese sentido.

Horas extras.

Dispone el artículo 65 que *“CAPRECOM reconocerá y pagará a sus trabajadores oficiales las horas extras laboradas de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo”.*

Como lo dispuso la *a-quo*, dentro del presente asunto el demandante no logró demostrar los supuestos tiempos estimados como trabajo adicional, aspecto que atendiendo la carga dinámica de la prueba y lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debió probarse por el señor OSCAR HERNÁNDO DÍAZ TORRES.

Devolución por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral.

Ordenó la falladora de instancia la devolución por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral, esto es, pensión, salud y riesgos laborales un total de \$2.511.364.

Confrontado el caudal probatorio, en efecto se aprecia que a folios 162 a 205, el actor allegó las planillas de autoliquidación por concepto de pensión como independiente, salud y riesgos laborales para los meses de enero a noviembre de 2015, así como enero, febrero y abril de 2016.

Por lo anterior, la condena impuesta habrá de confirmarse como quiera que los montos indicados por la falladora de instancia son los efectivamente demostrados dentro del plenario y que por demás son los comprendidos dentro de la última relación laboral objeto de estudio, adicional a que, conforme lo determinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL516-2020, Radicación No. 68692 del 19 de febrero de 2020, al encontrarse debidamente demostrado el contrato de trabajo, el empleador debió contribuir con la cuota parte correspondiente en los términos regulados en la Ley 100 de 1993.

Indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

La condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra

que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición; en el caso contrario, se absolverá. En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales acorde a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, pues de lo contrario se haría acreedora al pago de la misma a partir del día 91, y hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, tal como se precisó en sentencia SL 2764 de 1017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, la Sala considera que no existieron razones atendibles para que la entidad hubiera desconocido la naturaleza de la relación laboral, por lo que su renuencia a reconocer la verdadera naturaleza contractual subordinada es indicativa de la mala fe en su actuar que justifican la imposición de esta condena.

A pesar de lo anterior, debe limitarse su reconocimiento en el tiempo, debido a una situación de fuerza mayor ocurrida en el momento en que CAPRECOM dejó de existir, definición a la que se arriba no por el simple estado de liquidación de la misma, sino que obedece a la finalización y extinción de la vida jurídica de dicha entidad y la obligación en cabeza del liquidador. En efecto, si bien CAPRECOM por no haber pagado su deuda al término del contrato de trabajo, produjo que se causara la indemnización moratoria, ésta solo puede correr hasta su liquidación final, puesto que quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas del proceso liquidatorio, que son situaciones constitutivas de fuerza mayor que le impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante y que justifican la limitación de la condena en la medida en que no existe prueba de que dentro del proceso de liquidación se hubieran admitido como pasivo las prestaciones e indemnizaciones de este proceso.

En este punto, se precisa que con esta posición no se desconoce, pues se comparte íntegramente lo considerado por la Corte Suprema de Justicia en cuanto a que el hecho de que una entidad se encuentre en proceso de liquidación no la exonera de la indemnización objeto de estudio, por lo tanto

se aclara que de lo que se trata en este caso, es de valorar la situación de la muerte legal de la entidad en virtud de su liquidación final, que impide que la referida indemnización continúe indefinidamente en el tiempo, pues la entidad a partir de ese momento, incluso, dejó de existir, y por lo tanto no sería sujeto de derechos ni obligaciones.

Así entonces, cuando se está ante el evento de la liquidación de una empresa, se entiende que, dentro de ese proceso deben incluirse las acreencias correspondientes a los haberes de los trabajadores y por tanto, esta liquidación no impide que se pueda calificar su conducta como de mala fe. Caso contrario sucede cuando sobreviene la liquidación de la persona jurídica pues la mala fe predicada del empleador y que generó la indemnización moratoria, no puede trasladarse al liquidador, quien, dada esa especial calidad, está obligado por la ley a asumir las deudas reconocidas en el proceso liquidatorio y es por tanto de éste que se predica que se encuentra frente a un evento de fuerza mayor y por ende, es que la indemnización moratoria, solo se limita hasta la fecha de finalización del proceso liquidatorio de la entidad, teniendo presente, que a partir de ese momento, perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones como empleador.

Es por ello, que a pesar de que en el presente asunto se circunscribe una justificación notoria para el pago de esta indemnización, no hay lugar a condena en tanto el finiquito sucedió el 27 de enero de 2017, misma calenda en que fue publicado en el Diario Oficial el Acta Final del Proceso Liquidatorio de la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES – CAPRECOM; circunstancia por la cual, al no existir en la vida jurídica con posterioridad a esta data, es palmaria la falta de aplicabilidad en el tiempo, lo que da lugar a que se absuelva por esta pretensión conforme lo decidió la *a-quo*.

Sanción por despido sin justa causa.

Frente al particular, basta indicar que cuando quiera que el trabajador reclame el pago de la indemnización por despido injusto, le corresponde acreditar si quiera el hecho del despido y al empleador la justa causa invocada en el mismo, de ser el caso.

Para tal efecto, se avista a folio 56 la carta de terminación del contrato de trabajo que le emitiera la Empresa de Servicios Temporales UNO – A BOGOTÁ S.A. adiada el 27 de enero de 2017, donde se le indicó al actor que la obra o labor para la cual se le contrató como trabajador en misión en la empresa usuaria CAPRECOM había finalizado según la necesidad del servicio a partir de la ya referida fecha 27 de enero de 2017 de conformidad con lo establecido en el artículo 5 Literal d) de la Ley 50 de 1990.

El accionante a su vez reclama el pago de la sanción basado en lo reglado al laudo arbitral del 1º de julio de 1999 que fuese plasmado en la Convención Colectiva de Trabajo y un valor adicional al 40% acorde con el plan único de retiro consensuado y acordado con los trabajadores de CAPRECOM.

Puestas así las cosas, se observa que el Laudo arbitral del 1 de julio de 1999 que fuese allegado en medio magnético, determinó en su artículo 6 que el artículo 21 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1996-1997 quedaría de la siguiente manera:

“CAPRECOM no podrá dar por terminados contratos de trabajo sin justa causa. Si lo hace reconocerá al trabajador el pago de los valores contenidos en la siguiente tabla:

A). Cuarenta y cinco (45) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

B). Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo y menos de cinco (5), se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco básicos del literal a, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

C). Si el trabajador tuviere más de cinco (5) años continuos y menos de diez (10), se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco básicos del literal a, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

D). Si el trabajador tuviere diez (10) o más años de servicio continuos se le pagarán cuarenta (40) días adicionales de salario sobre los cuarenta y cinco básicos del literal a, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.”

A pesar de ello, en la Convención Colectiva de Trabajo para los años 2012 y 2013 se estableció en su artículo 21:

“ARTÍCULO 21. ESTABILIDAD. CAPRECOM podrá celebrar todas las modalidades de contrato de trabajo, que la ley señale.

Con el objeto de procurar la Estabilidad Laboral, los contratos que suscriba la entidad con sus trabajadores oficiales, vinculados a la planta de personal existente, serán celebrados a término indefinido sin solución de continuidad.

PARÁGRAFO 1: A los contratos que celebre CAPRECOM a término indefinido, no se les aplicará el plazo presuntivo.

(...)”

Lo anterior, conlleva a precisar a la Sala que al momento de la desvinculación del señor OSCAR HERNANDO DÍAS TORRES se encontraba vigente la Convención 2012-2013, la cual no determina la forma de liquidar esta sanción como lo sostenía el referido Laudo arbitral del 1 de julio de 1999 y que persigue el demandante; circunstancia por la cual, como lo sostuvo la *a-quo*, resulta improcedente su aplicación.

Ahora, si bien el Parágrafo 1 del artículo 21 de la disposición convencional anteriormente citada estableció la inaplicabilidad del plazo presuntivo, ello no puede desbordar el precepto legal contenido en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 que sí determina este plazo presuntivo.

Nótese que esta regulación normativa establece:

“Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.”

Esto también se encuentra avalado por el Órgano de cierre en reiterativas sentencias, siendo algunas de ellas las SL4701-2020, Radicación No. 78520 del 29 de septiembre de 2020, SL1262-2020, Radicación No. 76257 del 17 de marzo de 2020, entre otras.

Bajo este escenario, y al no encontrarse una justa causa de terminación del contrato que demostrase CAPRECOM la sanción perseguida goza de prosperidad, ya que lo que se aludió en la carta de terminación que emitiera la EST es una terminación de la obra o labor contratada con el argumento de lo reglado en el artículo 5º de la Ley 50 de 1990, norma que siquiera es aplicable a los trabajadores oficiales en tratándose de justas causas para el finiquito laboral.

Si en gracia de discusión no fuera de argumento lo dicho, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 5434-2019, Radicación No. 65711 del 11 de diciembre de 2019, sostuvo que el hecho de que un contrato de trabajo culmine como consecuencia de la existencia de un modo legal de terminación, como lo es la extinción de una empresa estatal, no significa que se haya producido con justa causa.

Es así, que atendiendo el plazo presuntivo de los seis meses, la condena impuesta por la *a-quo* se encuentra ajustada a derecho sobre este concepto, por cuanto el contrato tuvo como extremo inicial el 1º de julio de 2014 siendo su finalización el 27 de enero de 2017, lo que significa que el último plazo presuntivo operaba entre el 1º de enero y el 30 de junio de 2017.

Por tal razón, al haber culminado el contrato de trabajo el día 27 de enero de 2017, la condena se calcula sobre 154 días con una base salarial mensual de \$3.000.000, lo que arroja un total a pagar de \$15.4000.000 como se determinó en primera instancia.

Igualmente, deja de presente la Sala que el especialísimo caso del despido sin justa causa que ocupa este asunto, se acompasa con los criterios actuales que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia actualmente ha sostenido sobre este aspecto. SL146-2021, Radicación No. 76416 del 20 de



enero de 2021, SL937-2021, Radicación No. 84078 del 17 de marzo de 2021, entre otras.

Por último, deja asentado la Sala que en razón a que no prosperó la indemnización moratoria de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1945, y en aras de preservar el poder adquisitivo de la moneda, todas las condenas deben ser pagadas de manera indexada.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 QUINTO de la sentencia, mediante el cual se absolvió al demandante por concepto de la prima de vacaciones de carácter convencional, para en su lugar **CONDENAR** por este emolumento en la suma de \$2.756.101.29, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'D' and 'G' intertwined, with a horizontal line crossing through them.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 33 2019 00044 01
Demandante: ISABEL CRISTINA RINCÓN VALENZUELA
Demandado: PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ISABEL CRISTINA RINCÓN VALENZUELA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con la finalidad que se reconozcan y paguen a su favor las diferencias del IBC con salario laboral ordinario, frente al IBC cotizado con salario integral, por el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2008 y el 5 de enero de 2018, junto con el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que nació el 25 de marzo de 1960 y actualmente cuenta con 57 años de edad, así como que laboró al

servicio de la encartada por el periodo comprendido entre el 3 de noviembre de 1998 y el 9 de enero de 2018.

Que durante el tiempo que laboró al servicio de la pasiva, se efectuaron los correspondientes incrementos salariales, hasta llegar a devengar un salario integral. Puntualizó que se le efectuó una última renovación a su contrato a partir del 11 de enero de 2008, fecha a partir de la cual empezó a percibir el referido salario integral en la suma de \$6.534.471, con sus respectivos aumentos hasta la fecha de su retiro, lo cual se tradujo en un menoscabo frente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Mencionó en primer lugar que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3 de noviembre de 1998, en virtud del cual se vinculó para desempeñar el cargo de Jefe de Proyectos, siendo su último cargo el de Especialista Gestor de Proyectos, cargo que desempeñó hasta el 9 de enero de 2018, última calenda en que el vínculo finalizó por la renuncia libre y voluntaria de la actora.

Que durante la vigencia de la relación laboral, a la demandante se le cancelaron de manera completa y oportuna sus derechos laborales, incluyendo los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, reportando como IBC el salario válidamente pactado, adicional a que, el 11 de enero de 2008 de manera libre y voluntaria, se suscribió contrato de trabajo a término indefinido, en el que se determinó que a la actora se le cancelaría un salario integral de \$6.534.471, y en lo que tiene que ver con los aportes, se efectuó un pago sobre el 70% de su salario, de conformidad con lo establecido en el artículo 49 de la Ley 789 de 2002.

Propuso las excepciones denominadas prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, la demandante pactó válidamente salario integral en los términos del artículo 132 del C.S.T., la demandante obra de mala fe al pretender negar el alcance del pacto de salario integral que suscribió, falta de

título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, cobro de lo no debido, pago, compensación, buena fe y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que en el año de 2008 entre las partes se suscribió un contrato de trabajo, pactando la modificación del salario ordinario a uno integral, lo cual se demostró con la documental de fecha 11 de enero de 2008, estipulándose en la cláusula tercera, que el salario integral sería equivalente a \$6.534.471 mensuales.

Que el pacto de salario integral se dio de manera libre y voluntaria, por lo que no se evidencia un abuso del *ius variandi*, como lo alega la parte demandante; sopesó su tesis, en el hecho que previo a la suscripción del contrato de trabajo con un salario integral, la actora devengaba un salario ordinario equivalente a \$5.363.451 para el año 2007, por lo que dicho salario integral fue incrementado en un 21.83%, lo que incluso superó el salario integral de la época que ascendía a la suma de \$5.999.500, de ahí que lo que se produjo fue un beneficio económico en favor de la señora ISABEL CRISTINA RINCÓN VALENZUELA.

Concluye aduciendo que no operó una decisión unilateral por parte del empleador, sino que se dio pacto consensual entre las partes, adicional a que dentro del litigio no quedó establecido si lo que se debía estudiar era la ineficacia del contrato de trabajo, más aún si en los años siguientes no hubo inconformidad por la actora con ocasión al salario percibido, y si bien es cierto que en la historia laboral se advierte una disminución del IBC, tal situación se dio precisamente por cuanto se toma como IBC el 70% de dicho monto, en razón al pacto de salario integral regulado legalmente, más exactamente en el

artículo 132 del C.S.T., en concordancia con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Refirió en su alzada que, dentro del presente asunto no se está atacando la validez del segundo contrato suscrito en el año 2008, sino la modificación que sucedió frente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en especial, el promedio de los salarios devengados durante los últimos diez años, ya que la disminución en sus aportes vulnera sus derechos mínimos.

Que atendiendo el *ius variandi*, sí existió un abuso, por cuanto el salario integral debió suscribirse sin la afectación de los aportes pensionales, máxime que faltaban menos de diez años para adquirir su estatus pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, se determinará si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de las diferencias de los IBC respecto de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones que venía devengando con un salario ordinario, respecto de los computados con ocasión del salario integral como consecuencia del contrato de trabajo suscrito en el año 2008.

De prosperar el anterior problema jurídico, la Sala auscultará en segunda medida, si procede la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, en virtud del cual la demandante desempeñó sus funciones en la Gerencia Técnica (Fls. 13 a 14 y 77 a 78).

Tampoco el hecho que, las partes el 11 de enero de 2008 suscribieron un segundo contrato de trabajo a término indefinido, pactando como remuneración un salario integral, en el que la señora ISABEL CRISTINA RINCÓN VALENZUELA desempeñó el cargo de Jefe de Proyecto – Nuevas Tecnologías (Fls. 15 a 17 y 79 a 81), mismo que finalizó el 9 de enero de 2017 como consecuencia de la renuncia que presentara la actora (Fl. 87). En el referido contrato, en sus clausulados TERCERO y CUARTO, las partes consensuaron de común acuerdo que:

***“TERCERA:** Como remuneración por los servicios prestados que se obliga a prestar EL TRABAJADOR(A), la SOCIEDAD se compromete a pagarle como retribución mensual un salario integral de SEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$6.534.471) M/CTE, Pagadera por mes vencido con la cual se retribuye el trabajo ordinario, extraordinario, bonificaciones, primas legales, cesantías y sus intereses, subsidios, suministros en especie y, en general, toda clase de prestaciones sociales legales de conformidad con lo previsto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990. En todos los casos en que al TRABAJADOR(A) se le comisione para reemplazar a otro continuará devengando la asignación mensual del cargo que tenga al momento de la comisión, salvo orden escrita de la SOCIEDAD en sentido contrario.*

***“CUARTA:** El presente contrato se pacta por un término indefinido y tendrá vigencia a partir del Primero (01) de Enero de dos mil ocho (2008).”*

Así las cosas, debe resaltarse que el artículo 132 del C.S.T. contempla:

“ARTICULO 132. FORMAS Y LIBERTAD DE ESTIPULACION.

1. *El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.*
2. *No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.
3. *Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).*
4. *El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo”.*

En tratándose de la figura de salario integral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que, para su configuración el salario integral debe constar por escrito, requisito *ab substantiam actus*, en tanto de lo contrario el acto es inexistente, pues dicha formalidad no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador, así lo sostuvo en la sentencia SL848 de 2021, Radicación No. 67084 del 9 de marzo de 2021:

“El tema de fondo aquí planteado fue recientemente objeto de análisis por esta corporación en la providencia CSJ SL2804-2020, en la que se rectificó el criterio que venía imperando desde la CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 40259, reiterada en CSJ SL, 28 feb. 2012, rad. 37592 y CSJ SL4235-2014 CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 40259, reiterada en CSJ SL, 28 feb. 2012, rad. 37592 y CSJ SL4235-2014, según el cual el acuerdo de salario integral podía estructurarse mediante el silencio o consentimiento tácito del trabajador, es decir, no era necesaria la formalidad escrita, para en su lugar, aseverar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que la «forma escrita» consustancial al acto no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador. Ahora se advierte que es indispensable que la forma preordenada por el legislador se cumpla, de lo contrario, el acto es inexistente. Por consiguiente, no podría el silencio del trabajador o su comportamiento, sustituir o desplazar, poco a poco, la formalidad escrita determinada por la ley.”

En tal sentido de entrada advierte la Sala que la absolución decidida por el fallador de instancia habrá de confirmarse.

Lo anterior, en razón a que, adoptando tanto los criterios jurisprudenciales como normativos, es palmario que las partes acordaron de manera consensuada y por escrito en el contrato de trabajo suscrito el 11 de enero de 2008, la estipulación del salario integral, aspecto trascendental para poderse concluir que el requisito principal de la procedencia de esta figura se ajustara a los presupuestos legales.

De otra parte, nótese que como lo dispuso el *a-quo*, para el año 2007, esto es, antes de que la demandante devengara salario integral, tuvo como última asignación salarial ordinaria la suma de \$5.363.451, y para el año 2008 su asignación salarial mensual con salario integral fue de \$6.534.471, lo que advierte sin duda un crecimiento en sus beneficios laborales, sumado al hecho que el salario integral determinado para el año 2008, fue incluso superior a los diez S.M.L.M.V. de la época incluyendo el factor prestacional del 30% según lo contemplado en el artículo 132 del C.S.T., que ascendían a un valor de \$5.999.500.

Ahora bien, la demandante gira su inconformidad básicamente en el hecho de que los IBC mediante los cuales se hacía el respectivo aporte al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, le eran más favorables los establecidos antes de la celebración del pacto de salario integral, y al haberse reducido el monto de la cotización, resulta evidente la vulneración al principio del *ius variandi*.

Al respecto, debe señalarse que nuestro Órgano de cierre, en sentencia SL119-2021, Radicación No. 75605 del 27 de enero de 2021, trajo a colación el concepto del *ius variandi* que se ha venido manejando de línea atrás como lo

son las sentencias 6199 de 1980, la de Radicación No. 31701 del 2 de septiembre de 2008, entre otras:

“El ius variandi de que se habla en la doctrina y en la jurisprudencia, es precisamente el derecho que tiene el empleador, dentro de ciertas limitaciones, a disponer cambios en las circunstancias de modo, tiempo, de lugar, de calidad y de cantidad, que conlleva la actividad laboral. De allí que en ejercicio de esas facultades puede el patrono, con las limitaciones aludidas, ordenar modificaciones, variaciones, alteraciones y cambios, en tareas, horarios, promociones, secciones, traslados, etc.”

El abuso de tal figura jurídica no se encasilla en el caso que nos ocupa, como quiera que el empleador no efectuó una acción unilateral y en detrimento de los derechos laborales de la actora, pues se recuerda que lo sucedido entre las partes fue un consenso en la suscripción del salario integral, contrato sobre el cual no se realizó alguna alegación de que haya sido celebrado con connotaciones de vicios del consentimiento, y que por demás en nada desmejoró las condiciones laborales que en su momento traía el contrato con salario ordinario, adicional al hecho que dentro del plenario no se acredita prueba por la demandante que evidenciara la desconformidad del salario integral.

Igualmente, debe precisarse que según se desprende de la historia laboral emanada por COLPENSIONES (Fls. 298 a 306), los aportes realizados por la encartada a partir del momento en que se suscribió el pacto salarial integral, siempre fueron sobre un tope del 70%, presupuesto que se encuentra reglado en el ya referido artículo 132 del C.S.T., y que se coadyuva con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, último que precisa en su Inciso 5 que *“Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral, se calculará sobre el 70% de dicho salario”*.

En ese orden de ideas, se ajustó a derecho la decisión de primer grado, en tanto se avizoró que entre las partes de mutuo acuerdo establecieron una retribución correspondiente al salario integral, efectuándose los aportes con apego al ordenamiento jurídico, sin advertirse un abuso del *ius variandi*, motivo que impele a confirmar en su integridad la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

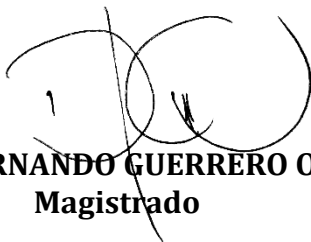
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

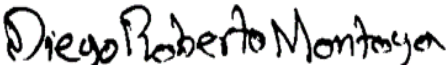
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2018 00447 01**
Demandante: ROBERTO MORALES RODRIGUEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de noviembre del 2020.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor ROBERTO MORALES RODRÍGUEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el objeto de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%, por cónyuge a cargo, desde el 21 de junio del 2015, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le concedió la pensión mediante Resolución No. 024420 a partir del día 7 de diciembre del 2000, conforme lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

Manifiesta que contrajo matrimonio con la señora BLANCA LÓPEZ CRISTANCHO el 24 de diciembre de 1977, data desde cuando conviven de forma permanente e ininterrumpida, quien además depende económicamente de él.

Expresa que radicó la respectiva reclamación administrativa ante la encartada el 21 de junio del 2018, siendo la misma denegada.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra argumentando que el incremento pensional del 14% no se encuentra previsto en el cuerpo normativo de la Ley 100 de 1993, por lo cual operó una derogatoria orgánica.

Propuso las excepciones denominadas prescripción, pago, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión expresó que acorde lo reglado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, los incrementos pensionales de que tratan los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes a la fecha y resultan aplicables para aquellas pensiones concedidas acorde dicha normativa.

Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, indicó que los incrementos reglados por los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990 fueron derogados con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 1º de abril de 1994, y a ellos solo pueden acceder quienes para dicha data hubiesen adquirido el derecho a la pensión de vejez, lo cual no acontece en el plenario.

Así las cosas, refiere el *a-quo* que se acoge al criterio que establece la Corte Constitucional y con fundamento en la misma despachó desfavorablemente las suplicas elevadas por el promotor.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, corresponde a la Corporación analizar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo descrito en el artículo 69 del C.S.T.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No. 00342513 del 19 de septiembre del 2008 se reconoció pensión de vejez al demandante y acorde lo estableció el fallador de primera instancia, se corrobora que el demandante es beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1299 semanas cotizadas.

Ahora, el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.

Ahora, en lo que respecta a la calidad de cónyuge de la señora BLANCA LOPEZ CRISTANCHO se aportó el registro civil de matrimonio, del cual se desprende que contrajeron nupcias el 24 de diciembre de 1977, e igualmente se verifica que su cónyuge, no percibe pensión alguna.

Ahora en lo que respecta a la dependencia económica, fue evacuado el testimonio de JOSE FERNANDO GARZON GUTIERREZ y MARTHA GLADYS MOLANO DE PEÑUELA, a quienes les consta que la pareja siempre ha convivido y que la cónyuge depende económicamente del promotor del litigio, por ser este último quien provee económicamente el hogar, en la medida en que la señora BLANCA LOPEZ CRISTANCHO no percibe ingreso alguno y no cuenta con ayudas del Estado o sus hijos.

En ese orden de ideas, en principio le asistiría derecho al incremento pensional no obstante, respecto de la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(…) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, señaló que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No. 0024420 del 2000, data para la cual ya se encontraba



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

casado con su cónyuge y esta dependía económicamente de él, no cabe duda alguna que al haberse radicado la reclamación administrativa hasta el 21 de junio del 2018 y quedar radicata la presente demanda el 11 de julio del 2018, operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los incrementos pensionales hoy reclamados.

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

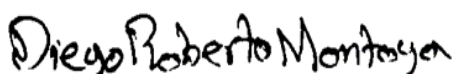
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

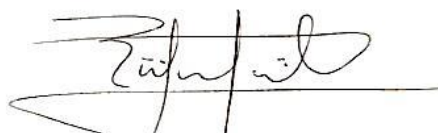
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 23 2018 00387 02
Demandante: NICOLAS BOCANEGRA
Demandado: MEDIDORES TÉCNICA EQUIPOS S.A., VERIFYLAB
 S.A.S. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor NICOLAS BOCANEGRA presentó demanda ordinaria laboral, en contra de las empresas MEDIDORES TÉCNICA EQUIPOS S.A., VERIFYLAB S.A. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido acorde la realidad, con un salario promedio para el 2017 de \$1.600.000; que las condiciones de continuidad en el trabajo debían ser mejoradas o mantenidas en concordancia con el desarrollo de las actividades contratadas; que las demandadas afectaron su derecho a la estabilidad laboral reforzada, quienes aduce vulneraron su derecho al fuero sindical.

Así mismo, se declare que MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A, VERIFYLAB S.A.S y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S. constituyen a un mismo

empleador, siendo una unidad de trabajo en relación con el vínculo contractual con el trabajador; se declare el uso de las figuras fraudulentas de las sociedades demandadas, por lo que existe solidaridad entre estas, así como culpa patronal y mala fe de parte de las mismas.

En consecuencia, solicita se condene a las demandadas al pago de los bonos navideños habituales dejados de cancelar, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., al pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Sociales en Pensiones dejadas de realizar, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la sociedad MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. desde el 1º de septiembre de 1999 durante dos meses, sin embargo, las partes lo prorrogaron verbalmente de forma indefinida; que el 1º de noviembre del 2000 el empleador lo obligó a suscribir un nuevo contrato de trabajo por el termino de seis meses en el cargo de celador y auxiliar de almacén, y el 1º de noviembre del 2007 se dio por terminado el contrato de trabajo, aunque aduce que continuó laborando.

Señala que el 1º de diciembre de 2008 suscribe un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. y el 1º de diciembre del 2014 se hace suscribir un anexo al contrato, por medio del cual se dejan de cancelar bonos de alimentación y transporte.

Relata que el 1º de octubre del 2015, continuó trabajando con la misma sociedad y realizó una presunta sustitución patronal entre las empresas MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. y VERIFYLAB S.A.S., con vigencia entre el 1º de octubre del 2015 y el mes de enero del 2017. Posteriormente, se realiza una sustitución patronal entre VERIFYLAB S.A.S. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., con vigencia desde el mes de febrero del 2017 y hasta el 12 de mayo de la misma anualidad.

Refiere que para el año 2017 tenía un salario promedio de \$1.600.000, desempeñando el cargo de vigilante y almacenista de forma personal y bajo las directrices de las entidades demandadas, cumpliendo con los horarios que le fueran asignados.

Expone que las demandadas pagaban bonos navideños anuales, pero estos dejaron de ser cancelados desde el año 2013, además dejaron de cancelar las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones desde el año 2015.

Relata que fue uno de los fundadores del sindicato de trabajadores de la empresa, denominado SINTRAVERIFYLAB, constituido el 25 de enero del 2017, frente a lo cual el empleador incurrió en violaciones al derecho de asociación del trabajador, en tanto al empleador se le informó sobre la constitución del sindicato en enero del 2017 y el demandante fue despedido el 12 de mayo del mismo año sin justa causa y sin recibir el pago de su liquidación.

Expone que la sociedad VERIFYLAB S.A.S. desde principios del año 2017 continuó operando bajo su propia razón social y la empresa PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., atendiendo y facturando bajo ambas razones sociales. En igual sentido, los activos fijos de VERIFYLAB S.A.S. se trasladaron a la ubicación en donde funciona como VERIFYLAB S.A.S. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La accionada PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, alegando que el demandante jamás ha laborado para dicha empresa.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de unidad de empresa y cobro de lo no debido.

A su turno las demandadas VERIFYLAB S.A.S. y MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. contestaron la demanda mediante curador *ad litem*, quien se opuso a las pretensiones alegando que se atenía a lo que se llegara a probar en el proceso.

Propone como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2020, declaró que entre VERIFYLAB S.A.S. y el demandante existió un contrato individual de trabajo a término indefinido, cuya vigencia se extendió del 1º de septiembre de 1999 al 27 de enero del 2017, mediante el cual se desempeñó en el cargo de celador – Auxiliar de Almacén; condenó a la demandada al pago de: \$1.387.085 por concepto de cesantías, \$80.490 por intereses de cesantías, \$742.735 por primas de servicio, \$526.648 por vacaciones y \$24.590,57 diarios a título de indemnización moratoria, a partir del 28 de enero del 2017 hasta el 27 de enero del 2019, y en adelante intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 28 de enero del 2019 y hasta cuando se efectúe el pago de prestaciones, más los aportes pensionales para los periodos comprendidos del 1º de enero al 30 de junio del 2016 y del 1º de agosto de 2016 al 27 de enero del 2017, teniendo en cuenta el cálculo actuarial efectuado por Colpensiones, con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

Como sustento de su decisión adujo que del acervo probatorio se constata que el señor demandante prestó los servicios inicialmente con la empresa MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. desde el 1º de septiembre de 1999, mediante contratos de trabajo a término fijo, para luego mutar a la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1º de diciembre de 2008, folio 39 vuelto, donde según se advierte este contrato de trabajo es sustituido a la empresa VERIFYLAB S.A.S. a partir del año 2015, operando

entre estas sociedades el fenómeno jurídico de sustitución patronal, previsto a folio 67 CST.

Del mismo modo, se aduce que entre la empresa Sociedad VERIFYLAB S.A.S. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S. existió una sustitución patronal desde febrero de 2017, de lo cual no obra prueba alguna en el plenario, máxime que no se acreditó que el demandante a partir de este lapso, esto es, febrero de 2017, haya prestado servicios a ninguna empresa, carga probatoria que le correspondía al demandante, conforme lo establece el artículo 167 CGP.

Frente a la solidaridad si bien se acredita que existe una sustitución patronal entre MEDIDORES TÉCNICA Y EQUIPOS S.A. y la sociedad VERIFYLAB S.A.S., lo cierto es que las prestaciones a las que se accede se causaron a partir del año 2015, es decir, con posterioridad a la sustitución patronal, por lo cual es la sociedad condenada la que incumplió durante la vigencia del contrato de trabajo el pago de las acreencias laborales, por lo cual no se predica una responsabilidad solidaria.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante propone recurso de apelación en el que en suma indica que existe una vulneración al debido proceso teniendo en cuenta la defectuosa valoración probatoria, en especial al negar la pretensión encaminada a que se declare la responsabilidad de PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., toda vez que se probó su responsabilidad mediante la declaración rendida por el demandante, en el que se constató la prestación personal del servicio en las instalaciones de la sociedad.

Así mismo, resalta que apela en lo que respecta a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 en virtud de los criterios resaltados en el alegato de conclusión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandada PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S es responsable frente a las condenas impuestas.

De otra parte, encuentra la Sala que la parte demandante presenta recurso de apelación en lo tocante a la indemnización moratoria. Sin embargo, tal punto es objeto de pronunciamiento por parte de la corporación como quiera que el *a-quo* fulminó condena por este concepto, por encontrar acreditada la mala fe a la cual se alude en los alegatos de conclusión y la misma, se dio bajo los parámetros previstos en el artículo 65 del C.S.T, sin que el demandante sustente en debida forma en la alzada, cual es la inconformidad puntual que presenta respecto de dicha condena.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre el actor y la empresa VERIFYLAB S.A.S. existió un contrato a término indefinido entre el 1° de septiembre de 1999 y el 27 de enero de 2017, por cuanto así lo encontró probado el fallador de primera instancia y no fue objeto de debate dentro del recurso de apelación.

d. De la responsabilidad de PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S.:

Alega el recurrente en la alzada que existió una vulneración al debido proceso, por cuanto se verificó un análisis probatorio precario que impidió establecer la responsabilidad de la sociedad PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S.

Se debe acotar inicialmente que tal argumento no resulta claro, pues en modo alguno precisa el apelante bajo que calidad pretende que se establezca la responsabilidad de la sociedad demandada, máxime cuando no debate en su recurso la declaratoria del contrato de trabajo con la empresa VERIFYLAB S.A.S.

De esta forma, pese a la falta de claridad del recurso de apelación, la Sala estima conveniente hacer un ejercicio interpretativo del mismo, armonizando el recurso de alzada con los pedimentos del libelo genitor. Así pues, se reitera que partiendo de la base que no se apeló la declaratoria del contrato de trabajo con VERIFYLAB S.A.S., restaría determinar si conforme lo pretendido en la demanda, existe solidaridad entre la mentada empresa y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S. o si existe una unidad de empresa.

De esta forma, con el ánimo de desatar la controversia basta indicar frente a la solidaridad, que la misma se encuentra consagrada en el artículo 34 del C.S.T. respecto de la empresa contratante y el contratista, cuando quiera que las actividades desarrolladas por el trabajador no sean ajenas a las desarrolladas con normalidad por la contratante; el artículo 35 del C.S.T. frente al simple intermediario y el artículo 36 del C.S.T. respecto a los miembros de una sociedad de personas.

Ahora si lo que se trata es de una unidad de empresa, estaríamos frente a la figura prevista en el artículo 194 del C.S.T, subrogado por el artículo 32 de la ley 50 de 1990, cuyo tenor es el siguiente:

“1. Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“2. En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declararse la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.

“3. No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

“4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente.”

Sobre esta figura jurídica en particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en providencia con Radicación No. 20142 del 14 de agosto de 2003, dispuso:

“La circunstancia de que los demandados sean socios comunes de las sociedades mencionadas, no apareja, de por sí, que por vía de la figura de la unidad de empresa, se conviertan en empleadores del actor, como lo asume la censura, pues, como lo dijo el Tribunal, en una circunstancia tal es menester diferenciar entre la personalidad jurídica de las organizaciones societarias y sus socios.

“De otra parte, en el artículo 194 del C.S. del T, conforme existía antes de su subrogación por el artículo 48 de la ley 789 de 2002, norma aquella aplicable al caso pues era la vigente al momento de extinguirse los diversos contratos laborales –génesis del conflicto jurídico-, ciertamente permite la estructuración de la unidad de empresa a partir de la dependencia de varias unidades de explotación económica de una persona natural, obviamente si además se daban los restantes requisitos de desarrollar actividades similares, conexas o complementarias, y tener trabajadores a su servicio”.

De forma similar, en el proveído con número de Radicación 35970 del año 2010, explicó:

“A juicio de la Sala, es bien claro el artículo 194 del C.S.T. en precisar que cuando la declaratoria de unidad de empresa ha de recaer sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica y la ejecución de actividades, similares, conexas o complementarias, sino que además, la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales, constituye otro ingrediente de inexorable concurrencia para que así pueda declararse. Así por ejemplo en pronunciamiento del 2 de junio de 1994 se dejó dicho que:

“La jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de demostrar la unidad de empresa entre personas jurídicas es necesario evidenciar el predominio económico de una frente a las demás.” ... No basta que se den los elementos de similitud, conexidad o complementariedad para que se instrumente la unidad de empresa en tratándose de personas jurídicas. Es necesario que exista un predominio económico de una frente a las otras. Pero ese predominio económico tiene que ser a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados.”

Siendo así, se puede concluir que conforme los parámetros legales y jurisprudenciales, para que exista Unidad de Empresa es indispensable constatar que de una persona natural o jurídica dependan económicamente varias empresas y las actividades desarrolladas por todas sean similares, conexas o complementarias.

De la anterior explicación, dimana lógico colegir que la solidaridad y la unidad de empresa son figuras jurídicas que tienen contornos legales totalmente distintos. No obstante, ante la falta de precisión en la demanda y la apelación, frente a cual de estas es la que da lugar a la responsabilidad que se alega, la Sala entrara a efectuar un análisis del material probatorio arrojado a las diligencias, con el objeto de verificar si se llegó a configurar alguna de las mismas.

De esta forma, se procedió a estudiar el acervo probatorio arrojado al proceso en el cual aparecen los certificados de cámara y comercio de las demandadas (Fls. 20-31), el contrato de trabajo a término indefinido suscrito por le libelista y MEDIDORES TÉCNICA EQUIPOS el 1º de noviembre del 2001 (Fl 33), certificaciones laborales de VERIFYLAB S.A.S. (Fl 36-38 y 40), el contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito con MEDIDORES TÉCNICA EQUIPOS el 1º de diciembre del 2008 (Fl 39), misiva el 15 de octubre del 2015 en el que se informa la sustitución patronal entre MEDIDORES TÉCNICA

EQUIPOS y VERIFYLAB S.A.S., constancias de afiliación y pago de aportes a seguridad social (Fls 64 a 65), historia clínica (Fls 54 a 60), documentos relacionados con la creación del sindicato (Fls 74-87), requerimiento de la UGPP a VERIFYLAB S.A.S. (Fls 100 a 102) y certificación de Composición accionaria de PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. (Fl 153).

De otra parte, en lo que respecta a los interrogatorios de parte, se tiene que el libelista aduce que trabajó como portero, almacenista y oficios varios del 1º de septiembre de 1999 al 12 de marzo del 2017, aseverando que suscribió diversos contratos, sin percibir el pago de prestaciones desde el año 2015. Se destaca que el demandante alude que trabajó para las empresas accionadas sin tener precisión frente a los extremos con cada una.

A su turno el representante legal de PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. niega que el demandante haya laborado para dicha empresa y aduce que jamás lo observó en la compañía.

De lo enunciado, dimana lógico colegir que en autos no se presenta ninguna de las figuras jurídicas enunciadas en la demanda, pues por un lado, no se constata que exista solidaridad en tanto no obra constancia de que exista algún tipo de contrato entre VERIFYLAB S.A.S. y PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. en el marco del cual la última se beneficie de los servicios prestados por el demandante para su empleador; tampoco se logra constatar que PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. sea socia de VERIFYLAB S.A.S., ni mucho menos que confluya una Unidad de Empresa, en tanto no es dable constatar que exista un predominio económico por parte de la accionada PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. respecto de las accionadas, ni existe precisión en cuanto a que las actividades ejecutadas por estas empresas sean conexas o complementarias.

Finalmente, en gracia de discusión, basta indicar que aún cuando no se debatió que el empleador lo fuera VERIFYLAB S.A.S., si lo que en el fondo pretendía el actor era que se declarara que PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A. también ostentó la calidad de empleador, lo cierto es que no existe prueba alguna que nos permita inferir que el demandante realmente laboró para dicha entidad o

que existió una sustitución patronal entre ambas entidades como se alega en la demanda, habida consideración que tampoco se logra verificar el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 67 del C.S.T.

Se destaca en ese sentido que resulta totalmente desatinado pretender que se declare que existió una relación laboral entre el demandante y dicha entidad o que ese prestó los servicios personales para la misma, basándose de forma exclusiva en la declaración rendida por el propio demandante, como lo sostiene el recurrente, pues es conocido que el interrogatorio de parte persigue obtener una confesión y solo puede tenerse como tal aquellas afirmaciones que versen sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o favorezcan a la parte contraria, tal como lo dispone el artículo 195 del C.G.P., en tanto no es dable crear su propia prueba. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha hecho innumerables pronunciamientos, entre estos en sentencia SL-3827 del 2020, precisó:

“En cuanto al interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, es preciso mencionar que solo se predica confesión de aquellos hechos «que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria». De esta forma, no es posible demostrar que el actor «conocía bien las responsabilidades del cargo que potencialmente se le daría» a partir de las declaraciones del representante legal de la empresa, pues como bien es sabido, a nadie le está permitido crear su propia prueba. En ese orden, la confesión solo se estructuró frente a los hechos desfavorables para la empresa, relacionados con el ofrecimiento de una nueva vinculación al demandante y que las condiciones laborales del jefe de tripulación técnico eran inferiores a las del cargo que venía ejerciendo el actor.”

Derroteros que nos llevan al mismo punto aludido por el fallador de primera instancia, en cuanto a que el demandante no cumplió con la carga probatoria que se le impone acorde los lineamientos trazados por el artículo 167 del C.G.P., pues no probó los hechos en los cuales recaen las normas cuya consecuencia jurídica se persigue, pues lo cierto es que no existe ninguna disposición normativa que conforme a lo probado en el proceso, nos permita establecer que existe algún tipo de responsabilidad de parte de la empresa PINE COM ASIA PCA COLOMBIA S.A.S., en lo que respecta a las obligaciones laborales adeudadas al demandante.



Comporta lo aludido la confirmación de la providencia apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

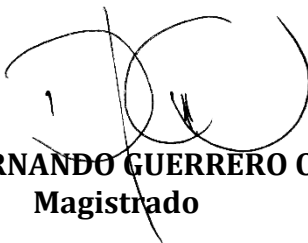
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

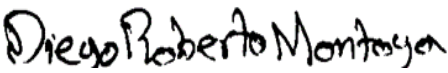
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

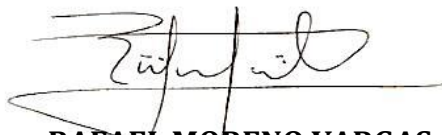
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 39 2018 00578 01**
Demandante: LINA PATRICIA ALFONSO GRISALES
Demandado: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR -
 COLSUBSIDIO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 13 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LINA PATRICIA ALFONSO GRISALES presentó demanda ordinaria laboral en contra de LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO para que previo el trámite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 7 de diciembre del 2006 al 22 de noviembre del 2013; así mismo que la demandante se encontraba aforada para la data del despido, por tanto su despido es ineficaz en tanto la pasiva no gozaba con autorización del Ministerio de Trabajo.

En consecuencia, peticiona se condene a la demandada a reintegrarla a su puesto de trabajo en igual o mejores condiciones que se ajusten a su situación de discapacidad, más el pago de las acreencias laborales y aportes al Sistema

Integral de Seguridad Social dejados de cancelar, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulta probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a partir del 6 de noviembre del 2006, con un salario de \$492.300 en la ciudad de Bogotá; que el 27 de julio de 2013 le diagnosticaron Episodio Depresivo Moderado y el 22 de noviembre del 2013 se le notifica la terminación del contrato de trabajo, devengando para dicha data un salario promedio de \$1.006.500.

El 19 de diciembre del 2013 le realizaron un examen de retiro, en el cual se determinó que presenta lumbago no específico, síndrome de túnel carpiano, venas varicosas de los miembros inferiores sin úlcera ni infiltración.

El 16 de enero del 2014 se realizó un examen a su puesto de trabajo y el 2 de abril del 2014 la ARL determina que el síndrome de túnel del carpo es una enfermedad de origen laboral; por lo que el 18 de octubre del 2016 petitiona a la encartada el reintegro a su puesto de trabajo.

El 28 de julio del 2017, la junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que padece de una pérdida de capacidad laboral del 27.6%, con fecha de estructuración el 27 de marzo del 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR – COLSUBSIDIO, en su escrito de contestación aceptó la existencia de la relación laboral. Así mismo, se opuso a las pretensiones alegando en su defensa que la relación laboral finalizó por una causal objetiva, por el grave incumplimiento de las obligaciones laborales. E igualmente, precisa que para la fecha de terminación del contrato la demandante no presentó documento alguno en el cual se pudiera constatar que se encontraba en estado de debilidad manifiesta.

Propone como medios exceptivos, los que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, ausencia de título y causa, ausencia de obligación de la demandada, pago de lo debido, buena fe, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de noviembre del 2020 declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada, absolvió a COLSUBSIDIO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

La falladora de primera instancia luego de analizar las pruebas arrojadas al proceso y conforme la jurisprudencia vigente, aduce que, para activar la garantía de la estabilidad laboral reforzada, se requiere acreditar que la trabajadora presentaba una pérdida de capacidad laboral significativa a la data de terminación del contrato, y además que el empleador tenía pleno conocimiento de tal suceso.

Así las cosas, concluye que dentro del material probatorio no existe una sola prueba de la cual se logre colegir que en vigencia de la relación laboral la demandante haya presentado ante la empleadora una sola incapacidad médica, precisa que, si bien se aportó la historia clínica, en la cual se da cuenta de las dolencias a las que alude la demandante, lo cierto es que no se allegó prueba de una discapacidad.

Además, se tiene que fue diagnosticada de parte de sus dolencias hasta diciembre de 2013, esto es, cuando había finalizado la relación laboral y se indica además que previamente no había consultado por las mismas, luego es claro que el vínculo laboral no feneció con ocasión de las patologías que padecía el demandante. Razones por las cuales estima que a la fecha de terminación del contrato la promotora no gozaba de estabilidad laboral reforzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, la demandante interpone recurso de apelación en el que en suma indica que no comparte la decisión del Despacho como quiera que si bien para la fecha del despido no se había establecido la pérdida de capacidad laboral, no se debe soslayar que el empleador tenía conocimiento de su estado de salud, lo cual quedó demostrado mediante la historia clínica aportada al plenario, así como con el respectivo examen ocupacional de egreso, lo que llevó a determinar que la enfermedad fue de origen laboral, por tanto solicita se tengan en cuenta todas las pruebas aportadas, inclusive el estudio del puesto de trabajo. En igual sentido, solicita se tenga en cuenta que no ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

En aras de establecer el problema jurídico, se tiene que el mismo gira en torno a que se determine si la demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de su contrato y en la medida en que el empleador no contaba con la autorización de despido del Ministerio de Trabajo, el mismo se torna ineficaz y por ende le asiste el derecho al reintegro deprecado.

c. Del vínculo laboral:

Sobre el particular, no existe discrepancia alguna en torno a que entre las partes existió una relación de orden laboral, pues así lo admitió la demandada en su escrito de contestación y se encuentra plenamente probado en el plenario.

d. De la estabilidad laboral reforzada

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas en razón de dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

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

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adoctrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.

En la citada providencia la Corte concluyó que:

“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.

“[...]”

“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:

“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.

“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada”.

Postura que se mantiene incólume por parte de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador, la cual debe ser igual o superior al 15%; (ii) Tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carné y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria y (iii) El despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción. Puntualmente explica la alta Corporación de cierre en la precitada providencia:

“Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo. Ahora bien, aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe libertad probatoria para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación. En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Radicación n.º 64605 SCLAJPT-10 V.00 34 Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización. (...)

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo.”

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido.

De cara a lo indicado, estima justo la Sala proceder a efectuar un análisis del material probatorio recaudado dentro del cual encontramos: el contrato de trabajo, una certificación laboral del 6 de octubre del 2017; soportes de la historia clínica de los que se destaca un ingreso del 27 de julio del 2013 cuando se le diagnostica un episodio depresivo moderado y otro del 19 de diciembre del 2013; un estudio del puesto de trabajo; el concepto de calificación de primera oportunidad emitido por SURA; soportes de los procesos disciplinarios adelantados a la demandante en el curso de la relación laboral; comunicación del 12 de abril del 2019 mediante la cual la ARL SURA informa a la demandada que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez calificó a la demandante con una pérdida de capacidad laboral del 10,60% con ocasión de una enfermedad de origen laboral; hoja de vida y los soportes de la misma que obran en los archivos de la demandada y soporte de la comunicación emitida

por SURA en la cual se indica que le será cancelada a la demandante una indemnización por incapacidad permanente parcial del 25 de mayo del 2019.

Sumado a lo anterior, fue absuelto el interrogatorio de parte de la demandante, pero en el mismo no se obtuvo confesión alguna por parte de la actora, ni mayores aportes en lo tocante a su estado de salud. Por lo que la Sala no hará mayor profundización en el mismo.

Así mismo, fueron evacuados los testimonios de JOSÉ AUGUSTO CÁRDENAS y NIRZA CONSTANZA MORENO LÓPEZ, ambos trabajadores de la demandada. No obstante, en lo que respecta a la primera declaración la misma nada tuvo que ver con el tema del estado de salud de la promotora y la segunda se limitó a expresar que no se reportó ninguna condición de salud respecto de la demandante para la fecha del despido, aunque sufrió dos accidentes de trabajo en el año 2008; que durante todo el tiempo que laboró solo se registran dos incapacidades, pero no tenía recomendaciones médico-laborales.

Dimana de la prueba antes vertida que la parte actora no cumplió con la carga probatoria acorde las reglas jurisprudenciales previamente enunciadas, en tanto no logró probar que, para la data de su despido, esto es, el 22 de noviembre del 2013, se encontrara en una situación de discapacidad relevante.

Lo anterior, si tenemos en cuenta que de la historia clínica aportada tan solo obra constancia de que previo a su despido ingreso el 27 de julio del 2013 y fue diagnosticada con un cuadro de depresión. Sin embargo, no existe constancia que permita entrever que tal cuadro clínico comportó una discapacidad laboral relevante o si quiera una mengua significativa en su estado de salud que le impidiera desarrollar de forma normal sus labores, tan es así que ni siquiera existe constancia de la expedición de una incapacidad médica a consecuencia de este suceso.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez estableció que la demandante adolece de una perdida de capacidad laboral del 10,06% en dictamen del 11 de abril del 2019 de origen laboral. Pero lo cierto es que dicho porcentaje no acredita *per se* de acuerdo con los

parámetros establecidos por la jurisprudencia nacional, el ostentar la calidad de discapacitado a efectos de ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada prevista en la Ley 361 de 1997, sin que la parte actora haya debatido un porcentaje superior de dicha calificación, ni demostró a través de cualquier otro medio probatorio, se reitera, un estado de discapacidad relevante.

De otra parte, si bien existe registro de que la demandante fue atendida por el médico por dolor en las manos y lumbago, tal atención fue brindada luego de que finalizó la relación laboral el 19 de diciembre del 2013 y en el mismo documento se refiere que antes de dicha data, la actora no había consultado por tal cuadro clínico.

Finalmente, se debe acotar que la pasiva allegó suficiente material probatorio en aras de acreditar que el despido de la demandante se dio en virtud de una justa causa de despido y así se le indicó en la carta del 22 de noviembre del 2013 por el incumplimiento grave de las obligaciones laborales. Justeza, que no solo está plenamente probada en el plenario con los documentos soportes del proceso disciplinario e incluso los testimonios rendidos.

Implica lo aludido que la libelista no cumplió con la carga probatoria que le incumbía acorde los parámetros dispuestos en el artículo 167 del C.G.P, por cuanto no logró probar los supuestos de hecho en los cuales recaen las consecuencias de las normas jurídicas cuyo efecto perseguía que se aplicara a la presente *litis*.

Concuerda así la Sala con el argumento central que conminó a la falladora de primera instancia a dictar un fallo absolutorio en el presente caso, destacando que al no estar acreditado el derecho resulta innecesario pronunciarse en torno a la prescripción a la que se aludió en la alzada.

Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



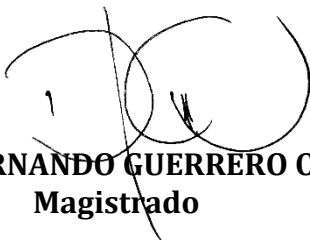
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

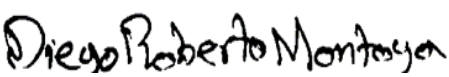
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

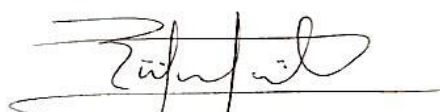
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2020 0301 01
Demandante: LUIS ANTONIO PATIÑO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 27 de noviembre del 2020.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS ANTONIO PATIÑO PLAZAS, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES para que se declare que es beneficiario del régimen de transición y es beneficiario del incremento pensional por cónyuge a cargo del 14%.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional, los intereses moratorios, las costas procesales y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 23 de julio de 1946 y le fue concedida la pensión de vejez mediante la Resolución No. 042513 del 2008 a partir del 1° de octubre del 2008.

Precisa que contrajo nupcias con la señora MARÍA PLACIDA CARDOZO DE PATIÑO el 6 de agosto de 1977 y desde dicha data convive con ella, agregando que esta última depende económicamente del promotor del litigio.

Refiere que el 17 de mayo del 2019, solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional, lo que fue denegado mediante Resolución SUB 194523 del 23 de julio del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra argumentando que al demandante le fue reconocida la pensión de vejez con aplicación de la Ley 100 de 1993, por lo cual no es beneficiario del régimen de transición, y en todo caso, dichos incrementos que solicita fueron derogados del ordenamiento jurídico.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 27 de noviembre del 2020, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición y probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los incrementos pensionales por persona a cargo, por lo que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones condenatorias de la demanda y se abstuvo de imponer condena en costas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión expresó que estos incrementos se encontraban consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en el que señalaba que las pensiones de invalidez y vejez se incrementarían en un 14% sobre la pensión mínima legal por cónyuge, compañero, compañera del beneficiario que dependa económicamente de este y no disfrute de una pensión.

No obstante, en aplicación de la sentencia SU-140 de 2019, los incrementos sufrieron una derogatoria orgánica con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones el 1º de abril de 1994 y a ellos aún pueden acceder solo aquel grupo poblacional que para dicha data hubiesen adquirido el derecho a la pensión de vejez, lo cual no acontece en el plenario.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Como quiera que la sentencia fue adversa a las pretensiones del demandante, corresponde a la Corporación analizar la providencia en el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo descrito en el artículo 69 del C.S.T.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibidem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No. 00342513 del 19 de septiembre del 2008 se reconoció pensión de vejez al demandante y acorde lo estableció el fallador de primera instancia, se corrobora que el demandante es beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1299 semanas cotizadas.

Ahora, el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.

Ahora, en lo que respecta a la calidad de cónyuge de la señora MARIA PLACIDA CARDOZO DE PATIÑO se aportó el registro civil de matrimonio de la pareja, del cual se desprende que contrajeron nupcias el 6 de agosto de 1977 e igualmente se verifica que su cónyuge, no percibe pensión alguna.

Ahora en lo que respecta a la dependencia económica, fue evacuado el testimonio de NOEL ROVIRA MAYO y MARÍA MABEL ALCIRA CARDOZO BAUTISTA, vecino y cuñada de la demandante respectivamente, quienes fueron contestes al afirmar que conocen a la pareja por más de 30 años y por tal circunstancia les consta que viven juntos y que su cónyuge depende económicamente de él, por cuanto no labora ni cuenta con ingreso adicional alguno.

Respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra esta Sala, que esta se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(…) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que, aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, señaló que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No 00342513 del 19 de septiembre del 2008, data para la cual ya se encontraba casado con su cónyuge y esta dependía económicamente de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

él, no cabe duda alguna que al haberse radicado la reclamación administrativa hasta el 16 de mayo del 2010 y quedar radicada la presente demanda el 28 de noviembre del 2019, operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los incrementos pensionales hoy reclamados.

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

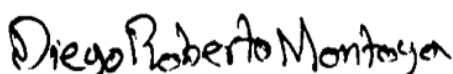
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de noviembre del 2020, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

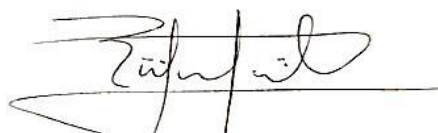
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 39 2019 00229 00
Demandante: JOSE ALBERTO FANDIÑO MARTÍNEZ
Demandado: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
 S.A E.S.P.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 1º de febrero del 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ALBERTO FANDIÑO MARTÍNEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. con el objeto que se declare que el demandante adquirió el derecho al pago de una prestación por el cumplimiento de los cinco (5) años de servicio, denominada prima quinquenal o quinquenio según el artículo 23 de la recopilación de las Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas entre la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A E.S.P y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Telecomunicaciones Afines – ATELCA.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagarle el quinquenio que se causó desde el 4 de noviembre del 2017, cuando completó los 30 años

de labor, y para su liquidación se tenga en cuenta la tabla de liquidación definida por SINTRATELEFONOS que pactó el Sindicato en la Convención Colectiva de Trabajo de 1974 en su cláusula 20, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, manifestó que nació el 12 de enero de 1966 y se vinculó con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. el 16 de julio de 1985 para prestar sus servicios como aprendiz hasta el 15 de julio de 1987; posteriormente, se vinculó de forma directa con la demandada desde el 4 de noviembre de 1987.

Precisa que en calidad de trabajador de la demandada ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas con a Organización Gremial Asociación Nacional de Técnicos de Telefonía y Telecomunicaciones Afines – ATELCA.

Agrega que el artículo 23 de la recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas prevé el reconocimiento del pago de una prestación por el cumplimiento de los 5 años de servicios. La cual, le fue cancelada hasta el año 2012, pero para el 4 de noviembre del 2017, data en la que cumplió los 30 años se le dejó de cancelar el beneficio convencional.

El 22 de marzo del 2018 reclamó el pago de la prima quinquenal, pero la pasiva le negó su pago.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. al momento de contestar la demanda admitió la existencia de la relación laboral, oponiéndose a las pretensiones alegando que en la Convención Colectiva únicamente se prevé el derecho al pago de cinco (5) quinquenios y no seis (6) o más, como lo pretende el demandante.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de fuente formativa que imponga obligación a la demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, pago, compensación, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia adiada del 1° de febrero del 2021 declaró probada la excepción de inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a la demandada y cobro de lo no debido; absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión manifestó el fallador de primera instancia que tras analizar la recopilación de los Acuerdos Convencionales se corrobora que la norma establece únicamente el pago de los quinquenios del primero al quinto causado, los cuales la encartada reconoció y pagó en debida forma, sin que sea dable que el beneficio se extienda a períodos de tiempo no pactados.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante propone recurso de apelación en el que en suma indica que está claro que el demandante labora para la pasiva desde el 15 de julio de 1987, hasta cumplir los 30 años de servicios con la entidad el 4 de noviembre del 2017.

Señala que solicitó a la luz artículo 23 de la recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita con ATELCA y la empleadora, el reconocimiento de un sexto quinquenio, y si bien no se establece expresamente, no es menos cierto que se ha intentado por los trabajadores llegar a dicho acuerdo, sin que se encontrara una respuesta positiva, debiéndose acceder a la pretensión aplicando normativas de carácter internacional, entre ellos los instrumentos del Comité de Libertad Sindical, del Consejo Administrativo de la OIT y los Convenios 98 y 151, entre otros.

Ello teniendo en cuenta que teniendo en cuenta el espíritu de la norma, no es de recibo que, pese a que el trabajador preste su fuerza laboral durante 25 años y que además por los cambios normativos que trajo el Acto Legislativo 01 de 2005, no se puede pensionar, la persona debe seguir vinculada sin acceder a los beneficios propios de la continuidad en el trabajo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

En aras de establecer el problema jurídico, se tiene que el mismo gira en torno a que se determine si el demandante tiene derecho al pago del sexto quinquenio acorde lo dispuesto por la norma extralegal, en concordancia con lo dispuesto en los Convenios 98 y 151 de la OIT.

c. Del vínculo laboral y la calidad de beneficiario de las prerrogativas Convencionales

Sobre el particular, no existe discrepancia alguna en torno a que el promotor labora para la encartada desde el 16 de julio de 1985, pues así fue expuesto en la demanda y aceptado por la pasiva en el escrito de contestación.

Así mismo, es menester de la Sala dejar expuesto desde ya que tampoco existe discrepancia alguna en torno a la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva, pues tal hecho no se controvertió por la pasiva y aunado a ello, encuentra soporte probatorio en la certificación de folio 20, en la que se aprecia que el demandante es miembro desde el 24 de noviembre de 1987 de la Asociación Nacional de Técnicos y Telefonía y Comunicación Afines – ATELCA.

d. Del Derecho Convencional en debate

Ahora, reclama el promotor del juicio el pago del sexto quinquenio que se establece en la recopilación de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Telecomunicaciones Afines – ATELCA, en atención a que en el año 2017 cumplió los 30 años de servicios.

De cara a lo descrito, en la medida en que la presente reclamación se circunscribe al reconocimiento y pago del quinquenio descrito en el artículo 23 de la recopilación de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Telecomunicaciones Afines – ATELCA, resulta imperioso iniciar con el análisis del texto de la norma convencional en cita.

De esta manera procedió la Sala a efectuar estudio de todos los instrumentos convencionales allegados al plenario, constatando de un análisis retrospectivo que la primera mención sobre este derecho aparece consagrada en la Convención Colectiva de 1965, en la cual se indica como se debe calcular el pago del cuarto quinquenio, monto que se incrementa en la Convención de 1967; posteriormente, en la Convención Colectiva de 1968 en la cláusula 20 se establece:

“La empresa pagará a los trabajadores los quinquenios de la siguiente forma:

“Primer Quinquenio: el valor de dos y medio sueldos.

“Segundo Quinquenio: el valor de tres sueldos.

“Tercer Quinquenio: el valor de tres y medio sueldos.

“Cuarto Quinquenio: el valor de cuatro sueldos”

Luego, en la cláusula 19 de la Convención Colectiva de Trabajo del 22 de marzo de 1969, se incrementa a un quinto quinquenio por el valor de cinco sueldos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En las normas convencionales posteriores, se mantiene la disposición normativa y se modifica únicamente lo atinente a la forma de la liquidación del quinquenio, lo que se ratifica en la recopilación de 1984 el derecho a su reconocimiento y pago, destacando que las convenciones posteriores, en las que se alude al mismo, únicamente se hace referencia a su forma de liquidación.

Deviene de lo expresado con anterioridad, que las normas convencionales que consagran el derecho perseguido tan solo contemplan la posibilidad que los trabajadores devenguen hasta cinco (5) quinquenios, como en efecto lo establece la pasiva como parte de los argumentos de su defensa. Luego *prima facie*, el derecho al reconocimiento y pago de un sexto quinquenio por los servicios prestados por el promotor del litigio no tiene respaldo jurídico alguno, pues no existe ninguna disposición normativa de carácter convencional que así lo establezca.

Con todo, estima el libelista que aún cuando este derecho no esté taxativamente consagrado en la Convención, a su juicio las disposiciones normativas convencionales aludidas deben ser interpretadas en el sentido de que los quinquenios se deben seguir cancelando de forma sucesiva, cada cinco (5) años. Lo anterior, alude conforme lo dispuesto en los Convenios 98 y 151 de la OIT.

Sobre este argumento debe indicar la Sala que si bien los Convenios de la OIT ratificados por Colombia, resultan vinculantes para el Estado, de forma tal que algunos hacen parte del Bloque de Legalidad y otros incluso del Bloque de Constitucionalidad, en sentido estricto o lato según lo determine la Corte Constitucional, como lo ha dejado sentado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401 del 2005, al indicar:

“La Corte considera que la inclusión de los convenios internacionales del trabajo dentro del bloque de constitucionalidad debe hacerse de manera diferenciada y fundamentada. Si bien todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia forman parte de la legislación interna, varios integran también el bloque de constitucionalidad, en sentido lato o en sentido estricto”.

En tal sentir dado que el Convenio 98 fue ratificado el 16 de noviembre de 1976 y el 151 el 8 de diciembre del 2000, no queda duda de su incorporación a la legislación Colombiana. Aunado a ello, tenemos que ambos hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, tal como lo determinó la Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999 y C-1234 del 2005. En las cuales aludió:

*“Nada autoriza al ente administrador o a funcionario judicial alguno a interpretar el ordenamiento jurídico de forma que haga nugatoria la garantía constitucional que existe para toda persona, de participar en la producción de las decisiones que la afectan (C.P. art. 2); el Ministerio y las demás autoridades, fueron instituidas para realizar un fin esencial del Estado, completamente opuesto a las actuaciones unilaterales excluyentes, constitutivas de una auténtica vía de hecho en la que incurrieron. En el caso bajo examen, tal actuación es violatoria del derecho de participación de los trabajadores afiliados al sindicato - tanto de los que participaron del cese como de los que no lo hicieron -, y del Sindicato actor, **así como los Convenios 87 y 98 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad**” (T-568 de 1999)*

De otra parte, estimó esa H. Corporación:

*“Declarar exequible la expresión “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas” contenida en el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los **Convenios 151 y 154 de la OIT**, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto” (C-1235 del 2004)*

Así las cosas, es patente que ambos Convenios tienen rango constitucional y en tal sentir, no puede existir norma alguna que los contraría por cuanto esta se tornaría inconstitucional.

En claro lo precedente, la Sala procedió a analizar ambos Convenios, logrando constatar que, en ninguno de los apartes de los mismos, existe disposición normativa alguna de la cual se desprenda que los quinquenios previstos por las partes en la Convención deben extenderse más allá de lo pactado por las partes. Así pues, aunque los precitados Convenios propenden por la protección del derecho a la sindicación y la negociación colectiva (C- 98 y C-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

151), ninguno limita o establece la forma en que las partes deben pactar los derechos convencionales, fruto de la negociación colectiva, por manera que el único limitante que existe para las partes, radica en que se garanticen y protejan los derechos y garantías mínimas de los trabajadores, pero así como no establece topes, tampoco implica que se deban interpretar de forma desmedida estableciendo derechos que no fueron taxativamente pactados por las partes.

Sobre este punto, vale la pena recabar en que no basta con indicar que se le debe dar un entendimiento determinado a una norma acorde a determinada Convención, cuando ni siquiera se es claro al aludir que aparte de las Convenciones, en este caso 98 y 151 se esta transgrediendo con las disposiciones convencionales aludidas o cual es el aparte de las mismas que brinda la interpretación o alcance que pretende el libelista se aplique en autos. La que, por demás, al leer los precitados Convenios hecha de menos la Sala, conforme se explicó en el párrafo anterior.

De suerte que sí lo pretendido por los trabajadores de la pasiva era obtener un pago sucesivo por cada quinquenio laborado, así debió quedar establecido en el acuerdo convencional, pues se itera estos derechos emergen de un proceso de negociación en el que concurren la voluntad de las partes y que no puede ser desconocido en forma alguna, ni si quiera por las autoridades judiciales, máxime cuando esta respeta las garantías mínimas de los trabajadores.

Luego, ni conforme lo dispuesto en los precitados Convenios o incluso haciendo una labor hermenéutica a la luz del principio del *indubio pro operario* podríamos llegar a dar un alcance interpretativo a las disposiciones convencionales aludidas, en aras de interpretarlas más allá de lo que ellas mismas establecen, pues lo cierto es que las partes durante todos los años en que se han entablado las negociaciones colectivas, jamás pactaron de forma si quiera somera la opción de que los trabajadores percibieran más allá de 5 quinquenios, de hecho inicialmente eran solo 4 y posteriormente, ellos mismos previeron que fueran incluso 5. Por manera que, si la negociación hubiera tenido por objeto que fueran más los quinquenios a percibir, habrían hecho una mención en tal sentido y la misma es a todas luces inexistente.

Finalmente, vale la pena recordar que los conflictos laborales son de dos naturalezas económicos y jurídicos, los primeros radican en aquellas controversias suscitadas entre trabajador y empleador en aras de obtener un mejor derecho o garantía a las ya previstas en la legislación o pactadas por las partes, más las segundas atienden a la aplicación de dichas disposiciones normativas. Siendo del resorte de la jurisdicción ordinaria laboral, únicamente la decisión de los conflictos de orden jurídico, esto es aquellos que tienen sustento en el desconocimiento de un derecho o prerrogativa así prevista por alguna de las fuentes legales y extralegales que nutren la relación laboral. Pero si lo pretendido por un trabajador es obtener un beneficio adicional o el incremento de uno ya percibido, estaríamos frente a un conflicto de orden económico y este debe ser zanjando por las partes en otros escenarios, en tal sentir si lo pretendido por el promotor como se aduce en la alzada es que se incremente el número de quinquenios a que tiene derecho el demandante, esta no es la esfera adecuada para resolver tal dilema.

De lo expresado en líneas precedentes, se desprende con meridiana claridad que resulta indudable la confirmación de la sentencia objeto de análisis en el presente caso, pues no existe argumento de ninguna índole que nos lleve a una conclusión disímil a la que adoptó la falladora de primer grado.

Por todas las razones anotadas, la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de febrero del 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 38 2017 00174 02
Demandante: CRISTALERIA PELDAR S.A.
Demandado: COLPENSIONES Y MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ en su calidad de litisconsorte necesario, en contra de la sentencia proferida el 22 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, así como a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dirimir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en los términos que trata el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La sociedad CRISTALERÍA PELDAR S.A., formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ no causó derecho alguno a la pensión especial de vejez prevista en el artículo 2º del Decreto 1281 de 1994 y que la accionante no está obligada a pagar los aportes adicionales consagrados en la normatividad citada.

Por tal razón, se ordene a COLPENSIONES a abstenerse de solicitarle el pago de cotizaciones adicionales por actividad de alto riesgo, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que entre la sociedad CRISTALERÍA PELDAR S.A y el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ, existió un contrato de trabajo entre el 21 de agosto de 1987 y el 11 de septiembre del 2016, en virtud del cual el actor prestó sus servicios en los cargos de: a) Labores varias del 21 de agosto de 1987 al 10 de julio de 1994, en el área de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

decoración de envases; b) Operador máquinas de decoración del 11 de julio de 1994 al 25 de junio de 2009, en el área de decoración de envases; c) Operador máquina de decoración (Reubicación selector varios) del 26 de junio de 2009 al 05 de octubre de 2010, en el área de selección de envases; d) Operador de máquinas decoración del 06 de octubre de 2010 al 29 de agosto de 2012, en el área de decoración de envases; e) Operador de máquinas de decoración (reubicado labores varias planta térmica) del 30 de agosto de 2012 al 09 de enero del 2014, en el área de planta térmica; y f) Operador máquinas decoración (reubicado operador equipos varios planta térmica) del 10 de enero de 2014 al 11 de septiembre de 2016.

Añade, que en la vigencia de la relación laboral el trabajador nunca estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas ni a ningún factor de riesgo ocupacional por encima de los valores límites permisibles, tampoco tuvo contacto con las materias primas utilizadas en el proceso productivo, además estas no representan un riesgo para la salud de los trabajadores, toda vez que en la industria del vidrio ninguna de ellas se encuentra clasificada como comprobadamente cancerígena. Por otro lado, el litisconsorte siempre contó con los elementos de protección personal para el desempeño de sus funciones durante toda la vigencia de la relación laboral.

Expone que afilió y cotizó a favor del actor en COLPENSIONES para el cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que la entidad administradora de pensiones mediante la Resolución GNR 110919 de 21 de abril de 2016, reconoció la pensión especial de vejez por actividad de alto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

riesgo al afiliado, proceso en el que no se hizo parte la empleadora ni se notificó el acto administrativo de reconocimiento prestacional, violando el derecho al debido proceso que le asistía, además, le impuso la obligación de hacer aportes adicionales al considerar que la actividad desarrollada por el pensionado era de alto riesgo.

Asimismo, que COLPENSIONES desconoció las reales condiciones laborales en las que prestó sus servicios el accionado, ya que no realizó un estudio individual de la actividad que él desarrollaba

Finalmente, informa que el día 28 de noviembre de 2016 se efectuó audiencia de conciliación ante la Procuraduría 55 Judicial II para asuntos administrativos de Bogotá, dando cumplimiento al artículo 6º del C.P.T. y de la S.S., la cual fue declarada fallida. Con posterioridad se presentó acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Resolución GNR 110919 del 21 de abril de 2016, ante lo cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, remitió por competencia las diligencias a la jurisdicción ordinaria laboral.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, precisando que al asistirle al señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, la sociedad empleadora debe realizar el pago de los puntos adicionales ordenados por el Decreto 1281 de 1994 y 2090 de 2003.



Formuló las excepciones de prescripción, obligación de pago de puntos adicionales de empleadores con trabajadores a cargo que ejercen actividades de alto riesgo, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

En el trámite procesal se vinculó al señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ en calidad de litisconsorte necesario, quien al contestar la demanda se opone a todas y cada una de las pretensiones en tanto aduce que no puede dejarse sin efecto la Resolución GNR 110919 del 21 de abril de 2016; que reconoce de conformidad a preceptos técnicos, científicos y legales el derecho que tiene a ser beneficiario de una pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo al desempeñar sus labores con exposición comprobada, según certificados y estudios medioambientales a sustancias cancerígenas como la sílice cristalina, el asbesto, cadmio, plomo y níquel.

Así mismo, se opone a que se deje sin efecto el requerimiento realizado por COLPENSIONES para la liquidación y pago de cotizaciones de alto riesgo a cargo de la empleadora, máxime si el empleador no cancela a tiempo la cotización especial, la entidad administradora de pensiones debe asumir la obligación pensional, no pudiendo excusarse en la omisión de la entidad demandante, ya que posee distintos mecanismos para efectuar el cobro de obligaciones incumplidas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de legalidad de la Resolución GNR 110919 del 21 de abril de 2016 emitida por COLPENSIONES; improcedencia del *petitum*: inexistencia de prueba idónea para controvertir el reconocimiento pensional del señor GARCÍA DÍAZ, así como la actividad de alto riesgo que realiza los trabajadores de CRISTALERÍA PELADAR S.A. conforme al artículo 2º numerales 2º y 6º del Decreto 2090 de 2003; buena fe por parte de los demandados y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de enero de 2021, declaró que el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ no acreditó haber desempeñado labores de alto riesgo y por ende, no se probó la causación del derecho a la pensión especial de vejez de conformidad a lo previstos en el artículo 2º del Decreto 1281 de 1994, por ese motivo CRISTALERÍA PELDAR S.A. no está obligada a pagar aportes adicionales en los términos de la normatividad citada, con destino a COLPENSIONES, quien deberá abstenerse de adelantar acciones de cobro en este contexto, declarando probados los medios exceptivos planteados.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que la pensión especial de vejez se encuentra prevista en el Decreto 2090 del 2003, el cual reglamenta las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, que incluye los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas. Igualmente, la normativa en cita señala los requisitos para acceder a la prestación, que aplica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a todos los trabajadores que laboren en actividades de alto riesgo, entendiendo por estas aquellas en las cuales la labor desempeñada implica la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones labores que ejecuta con ocasión de su trabajo.

Adicionalmente, señaló que mediante Resolución GNR 11019, del 21 de abril del 2019, COLPENSIONES accedió al reconocimiento pensional del señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ, teniendo en cuenta para el efecto una certificación laboral expedida por CRISTALERÍA PELDAR S.A. el 15 de agosto del 2015, en la cual certifica que se desempeñó en su trabajo sufriendo exposición a sustancias, en labores de oficios varios y manejo de maquinaria relacionada con decoración de productos de vidrio.

Advirtió, que revisado el acto administrativo emitido por COLPENSIONES, allí no se indica cuáles son los criterios técnicos o las valoraciones que se habrían desplegado para deducir que la labor que desempeñaba el señor GARCÍA DÍAZ efectivamente se enmarcaban dentro de actividades de alto riesgo, no se precisa cuáles eran las sustancias a las que se encontraba expuesto y menos los criterios técnicos con base en los cuales efectivamente se podía concluir que esas hipotéticas sustancias fueran comprobadamente cancerígenas de alguna manera, exhibiéndose tal acto administrativo como abiertamente genérico en las consideraciones para arribar a una conclusión de procedencia de una prestación económica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Precisó que en la sentencia SL-2888 radicación 70300 del 4 de agosto de 2020, se expone que la carga de la prueba está a cargo del afiliado que aduce haber desempeñado actividades de alto riesgo, quién debe demostrar en qué condiciones se dio su labor, ello en la medida en que al señalarse por parte de la entidad demandante que no se desempeñó una actividad de alto riesgo, pues ello comporta una negación indefinida que no requiere prueba y para desvirtuar esa afirmación le corresponde al interesado acreditar a través de medios verdaderamente idóneos y de manera incontrastable que efectivamente se cumple con esos requisitos de exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas para acceder al derecho, pues no puede de una manera genérica arribarse a la deducción que un trabajador en general estuvo expuesto a determinadas sustancias por razón de su trabajo.

Además, la citada providencia señaló que la calificación de la accionada como empresa que ejerce actividades de alto riesgo, no implica que todos los trabajadores que en ella se desempeñan estén sometidos a esas actividades, en tanto pueden realizarse en unos entornos laborales diferentes en donde la exposición no se presente o de acuerdo con las áreas en donde se reporten efectivamente no haya una exposición que amerite precisamente el reconocimiento prestacional que establecía en su momento el ordenamiento legal y que precisamente fue el sustento de la pensión que le fue otorgada al afiliado.

Por ello, consideró que una vez revisado el expediente no puede concluirse que efectivamente se haya visto en su actividad laboral expuesto a alguna sustancia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en particular y menos aún que tal sustancia sea catalogada como comprobadamente cancerígena, como para que se le hubiera reconocido en su oportunidad el derecho prestacional por COLPENSIONES. Por tanto, afirmó que no es dable deducir que efectivamente el afiliado tenía derecho al reconocimiento prestacional que le fue otorgado y tampoco es viable llegar a la conclusión que el empleador deba efectuar algún reajuste frente a los aportes pensionales que se dieron a lo largo de la historia laboral del afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en la forma lo viene siendo reclamada por parte de COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

COLPENSIONES apeló la decisión, advirtiendo que por la actividad de alto riesgo que realiza la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A., es factible en primer lugar que se presuma que efectivamente la labor desarrollada se trataba de una actividad de alto riesgo, máxime cuando desempeñaba la actividad de pintura en vidrio, pues como lo indicó el testigo técnico, es posible que el litisconsorte haya estado expuesto a materiales de alto riesgo que usaba a diario.

Adicionalmente, existían unos rodillos fabricados con asbesto y que estos iban soltando partículas, de tal manera que incluso generaba riesgo para el vinculado. Si bien es cierto, no existe en el expediente algún tipo de dictamen médico o de historia clínica que permita evidenciar que haya padecido algún tipo de enfermedad de cualquier índole por su labor en la empresa, también lo

es que el hecho de no haber padecido ningún tipo de enfermedad como asbestosis o de tipo pulmonar, no significa que no haya estado prestando servicios de alto riesgo.

Por otra parte, que si hizo un estudio respecto de las circunstancias de los diferentes puestos de trabajo en CRISTALERÍA PELDAR S.A., por esta razón se le otorgó el nivel más alto de riesgo que contempla el Decreto 2090 de 2003 en donde se señalan cuáles son las actividades de alto riesgo, además el manual de agentes carcinógenos presenta al grupo 2A como probables agentes carcinógenos. Por lo anterior, no solamente en una evaluación puntual en los puestos de trabajo del accionado, sino de manera general con las diferentes actividades que se llevan a cabo en la empresa, fue que COLPENSIONES analizó el reconocimiento de la pensión de alto riesgo.

A su turno, el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ mediante recurso de alzada, refiere que el Despacho expresó que no existían pruebas que puedan dar cuenta que se encontraba inmerso en las prerrogativas del Decreto 2090 de 2003, sin embargo, con la contestación de la demanda se aportó más de diez estudios medioambientales que datan desde 1984, entre otros el concepto de salud ocupacional sobre estudios de polvos totales y respirables del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud, de diciembre de 1994 proferido por el doctor Fredy Luis Martínez Romero; estudio medioambiental de diciembre 1996; proyecto de materias primas utilizada en la empleadora relacionado con la salud obrera en general y el cáncer en particular de 1991 a abril de 1992, que se refiere al área de decoración en donde estuvo más de 20 años prestando su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicio, mucho más del requerido por parte del Decreto 2090 del año 2003; estudio de vigilancia epidemiológica para material particulado realizado por el doctor Ricardo Álvarez Cubillos, el 30 de marzo de 1994 y diversos estudios por parte de la administradora de riesgos profesionales Suratep, realizados en la planta de producción de Cogua, en la empresa de CRISTALERÍA PELDAR S.A.

Argumenta que teniendo en cuenta lo dispuesto en dichos estudios medioambientales y en los conceptos que rindió la empresa demandante, estuvo expuesto a las sustancias comprobadamente cancerígenas, tales como la sílice, el cromo, el plomo, el asbesto, los rayos ionizantes, el cadmio incluso que está presente de manera subjetiva y concreta dentro del área de decoración de envases en donde prestó durante la mayor parte del tiempo sus labores.

Por otro lado, afirma que el testimonio doctor Ricardo Álvarez Cubillos se constituye en una declaración técnica de conformidad al inciso 3º del artículo 220 del Código General del Proceso, quien hizo alusión a que durante el tiempo que prestó sus labores y en todas las áreas que lo hizo, estuvo en contacto con las sustancias carcinogénicas.

Tales sustancias son catalogadas por el Centro internacional de Investigaciones sobre Cáncer, dentro del grupo I, que es el más peligroso relacionado con exposición ocupacional a sustancias cancerígenas, incluyendo el benceno, el asbesto en todas sus formas, el cadmio, el cromo compuesto, el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

níquel, la sílice y los rayos ionizantes, por tanto, tan solo le bastaba con demostrar que estuvo expuesto a dicha sustancias.

Así, el Decreto 1477 de 2014, solo exige el contacto, más no estar en contacto en niveles superiores a los valores límites permisibles, por tal motivo, le asiste el derecho a mantener la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

Finalmente, aduce que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que la carga de la prueba la tiene que asumir el trabajador, señalando que efectivamente se cumplió con tal carga por medio de las pruebas allegadas, tales como los estudios medioambientales, el estudio de Guillermo Fergusson del año 1991 al año 1992 efectuado en la planta de Cogua, el de higiene ambiental y salud ilimitada de 1992, igualmente el estudio de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos, entre otros más.

Aunado a ello, expresa que, de conformidad a lo sentado por la Alta Corporación en sentencia del 20 de marzo del 2019, no se requiere realizar de manera individual un estudio para cada puesto de trabajo.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

No existiendo nulidad que invalide lo actuado y reunidos los presupuestos procesales para resolver de fondo, la Sala determinará si el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ, realizó o no, al servicio de la SOCIEDAD CRISTALERÍA PELDAR S.A. funciones en actividades catalogadas como de alto riesgo.

c. Del caso en concreto:

Para desatar la controversia planteada, en primer lugar, debe señalarse que la pensión especial debatida, se concede a aquellos trabajadores que cumplen labores que implican un mayor riesgo, pues se pretende amparar a las personas que, por su actividad, oficio o profesión, se encuentren expuestas a situaciones que afectan notoriamente su salud, pues ello les genera una menor expectativa de vida o se encuentran, en todo caso, en un mayor nivel de siniestralidad.

En punto de ello, los requisitos para obtener una pensión especial de vejez son inferiores a los consagrados en términos generales para quienes no se encuentran expuestos a riesgos de carácter laboral y, en consecuencia, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prevé la posibilidad de disminuir la edad para acceder a la prestación bajo ciertas condiciones excepcionales e inferiores a las del régimen general, e incluso precedido de una carga contributiva superior que no amenace el equilibrio financiero del sistema pensional. Sin embargo, no basta con acreditar que la empresa clasifique como de alto riesgo las funciones, o afirmar que se estaba expuesto a actividades laborales que impliquen lo antes explicado, sino que ello debe probarse por la parte interesada, conforme se establece en el artículo 167 del CGP, es decir, el actor debió haber probado el cumplimiento de dicho requisito.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que se debe acreditar que en efecto se haya prestado el servicio en dichas actividades para ser beneficiario de la pensión especial de vejez, para lo cual, como se sostuvo en sentencia SL4616-2016, Radicación No. 47244 del 13 de abril de 2016 que:

“[...] Las disposiciones legales que consagran pensiones especiales para los trabajadores en consideración al particular oficio que realizan, exigen que se cumpla exactamente el tiempo de servicios en la actividad correspondiente”, pues, “Lo que explica el tratamiento preferencial de esta categoría de trabajadores no es sólo el que realicen dichas actividades, sino los graves riesgos que para la salud de ellos implica la prestación de servicios en esas peculiares labores durante tan largo tiempo, lo que hace conveniente su retiro del servicio activo y la concesión de la pensión de jubilación sin consideración a su edad [...]”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente ha expresado la Alta Corporación que, para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no es menester allegar la calificación de actividad por parte de la autoridad administrativa y/o, según la norma que regule el asunto, de las dependencias de salud ocupacional del ISS, pues existe libertad probatoria, sentencias SL3476-2016, Radicación No. 50481 del 16 de marzo de 2016 y SL 22189-2017, Radicación No. 53496 del 5 de diciembre de 2017.

Aclarado lo anterior, se tiene que *Colpensiones* mediante Resolución GNR 110919 del 21 de abril de 2016 (Fls. 20-24) le concedió al señor *Moisés Nonnato García Díaz* pensión especial de vejez, de conformidad a lo regulado en el Decreto 2090 del 2003. La mentada norma, en su artículo segundo establece cuales son las actividades consideradas como de alto riesgo para la salud de los trabajadores, a saber:

- “1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*
- 5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.”

Ahora, en tanto la accionante alega que el pensionado no desarrolló actividades de alto riesgo en la CRISTALERÍA PELDAR S.A., se configura una negación indefinida, por tanto, la carga de la prueba la ostenta el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ, quien debió acreditar que desarrolló una de las actividades anteriormente citadas y no otras, pues así lo reguló el legislador.

Del caudal probatorio recaudado, se tiene que conforme con la historia ocupacional del litisconsorte necesario, visible a folio 25 del expediente, el accionado laboró para *Cristalería Peldar S.A.* desde el 21 de agosto de 1987, desempeñando diferentes cargos tales como:

1. LABORES VARIAS: Desde el 21 de agosto de 1987 hasta el 10 de julio de 1994, siendo responsable por la ejecución de trabajos como ayudante de otros trabajadores o de tareas específicas de aseo, limpieza y movimiento de materiales, labores que debían ejecutarse en cualquiera de las dependencias de la planta, realizando sus actividades con manos, escobas, recogedores, papel,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

movimientos de cajas, pinturas, pegantes entre otros, labor que principalmente realizaba en el área de decoración de envases, existiendo en ese espacio papel, cajas de cartón, pegantes, envases de vidrio, máquinas de strutz de decoración, estibas de madera.

2. OPERADOR MÁQUINAS DECORACIÓN: Desde el 11 de julio de 1994 al 25 de junio de 2009 y desde el 06 de octubre del 2010 al 29 de agosto del 2012, era responsable por la correcta operación de máquinas decoradoras, por la ejecución y control de tareas necesarias en el proceso de decorado de productos, tales como colocación de pantallas, suministro de pintura, operación de la máquina, corrección de defectos, entre otros, actividad que desarrolló con las manos, empleando unos recipientes para ubicar y fundir la pintura para posterior decoración de los envases en la máquina, cumplió las funciones en el área de decoración de envases, en donde existía envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera, máquinas de strutz de decoración.

3. OPERADOR MÁQUINAS DECORACIÓN (REUBICADO SELECTOR VARIOS): desde el 26 de junio de 2009 al 05 de octubre del 2010, era responsable de recibir y entregar turno de acuerdo a instrucciones verbales, revisar la operación de los equipos en línea, lo mismo que los insumos empleados para la fabricación de la estiba, operar y controlar el buen funcionamiento de las máquinas paletizadora, fijadora y colocadora de plástico, colocar manualmente las láminas separadoras de cartón entre tendidos y el marco superior, cambiar rollos de fleje y plástico, realizar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

operación manual del equipo en caso de fallas en el sistema de cambios del producto a empacar, realizó tales actividades en el área de selección de envases de forma visual y manualmente, para luego empacar la producción, en el sitio se encontraban envases de vidrio, archas y estivas de madera.

4. OPERADOR MAQUINAS DECORACIÓN (REUBICADO LABORES VARIAS EN PLANTA TÉRMINA): desde el 30 de agosto del 2012 al 09 de enero del 2014, fue responsable de retirar los vogues de escoria de las calderas para evacuarla, realizar el aseo del área de cenizas y del segundo y primer piso del área de turbinas incluyendo el sótano y las cubetas del elevador del carbón, reemplazar a los ayudantes de calderas cuando estén tomando alimentos, realizó sus funciones en el área de planta térmica, con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas, estopa, entre otros.

5. OPERADOR MÁQUINAS DECORACIÓN (REUBICADO OPERADOR EQUIPOS VARIOS EN PLANTA TÉRMICA): Desde el 10 de enero del 2014 hasta la fecha de expedición del certificado, esto es hasta el 18 de julio del 2016, fue responsable por la operación de equipos conjuntos de plantas térmicas o casa de fuerza, tales como los destinados al suministro de carbón para calderas, válvulas de vapor, compuertas de aire o gases de calderas, controles, equipos generadores y equipos complementarios; efectuar labores necesarias para asegurar un correcto funcionamiento de los anteriores equipos, por consiguiente el normal suministro de aire, vapor y energía; realizar lecturas, revisiones, registros, entre otros, del equipo e instrumentos de control de presiones, temperaturas, niveles, frecuencias y volúmenes. Sus actividades las



efectuó en el área de planta térmica, utilizando las manos, instrumentos de control tales como manómetros, planillas, entre otros. En ese lugar existía calderas, instrumentos para control de presiones, aire, vapor, entre otras.

Con anterioridad a los periodos ya referidos, tuvo contratos de aprendizaje en el oficio de mecánico de mantenimiento del 13 de enero de 1983 al 12 de enero de 1986, posteriormente se vinculó mediante contratos a término fijo en el oficio de labores varias desde el 13 de abril de 1987 al 05 de agosto de 1987.

En el transcurrir del trámite procesal, se recaudó el testimonio solicitado por el litisconsorte, del señor Ricardo Álvarez Cubillos médico especialista en medicina laboral, quien relata que conoció al señor MOISÉS NONNATO GARCÍA hace unos 10 o 12 años en los procesos de asesoría que prestó al sindicato de trabajadores de la CRISTALERÍA PELDAR S.A., en relación con los riesgos que pudieran estarse presentando para la salud de los trabajadores. Aduce que no realizó ninguna valoración particular al señor GARCÍA DÍAZ, solo un interrogatorio ocupacional para verificar si él había estado laborando en esas sustancias, además que conoce las labores desempeñadas, ya que así se desprende de la certificación que emitió la empresa.

Adicionalmente, informa que no concurrió a los lugares de trabajo donde el litisconsorte desarrolló sus actividades, pero que visitó la empresa con anterioridad cuándo fue Director del Área de Salud Ocupacional del Ministerio de Trabajo, donde conoció el proceso productivo y los riesgos que podían generarse.

Por otro lado, no da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la relación laboral existente entre la CRISTALERÍA PELDAR S.A. y el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ, centra su relato en realizar apreciaciones técnicas sobre las sustancias y riesgos a los cuáles pueden estar expuestos los empleados de la empresa y por lo que, según sus dichos, deben ser reconocidas las pensiones especiales de vejez.

Frente al testigo en particular, considera la Sala que no se encuentra mayor información que ayude a dilucidar el fondo de la litis, en tanto el señor ÁLVAREZ CUBILLOS no trabajó ni tuvo acercamiento directo con el señor GARCÍA DÍAZ en las labores o áreas donde desempeñaba sus actividades, sus conocimientos los extrae de la certificación expedida por la CRISTALERÍA PELDAR S.A. y una visita realizada a sus instalaciones, circunstancias de donde deduce los presuntos riesgos y sustancias a las que estaba expuesto el litisconsorte.

Además, no puede tomarse las apreciaciones técnicas aducidas en su interrogatorio, puesto que el medio probatorio idóneo sería el dictamen pericial, que según lo dispuesto en el artículo 226 del Código General del Proceso este *“es procedente para verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos”*, así, no puede pretenderse tal finalidad mediante el testimonio de un tercero, pues su propósito es que el testigo de cuenta de los hechos que conoce o le constan del



asunto que se estudia, más no el de brindar conceptos científicos, técnicos o artísticos.

Por otro lado, a folio 210 se aportó por parte del litisconsorte necesario, *“Concepto técnico exposición ocupacional del señor: MOISES NONNATO GARCÍA DÍAZ C.C 11.341.534” A SUSTANCIAS COMPROBADAMENTE CANCERÍGENAS*, de fecha 8 de agosto de 2017 expedido por RICARDO ÁLVAREZ CUBILLOS, especialista en seguridad social, riesgos laborales y medicina laboral, quien también fungió como testigo en el presente proceso. En dicha documental se evidencia un resumen de distintos estudios medioambientales efectuados en la CRISTALERÍA PELDAR S.A., por parte de Suratep, el Instituto de los Seguros Sociales y el Programa de Salud Ocupacional de la empresa demandante, además del estudio realizado por el Grupo Guillermo Fergusson de la Universidad Nacional de Colombia. Asimismo, se avizora que se cita el *“Manual de agentes cancerígenos de los grupos 1 y 2A de la IARC de interés ocupacional para Colombia”* del Ministerio de la Protección Social.

Frente al caso concreto del señor GARCÍA DÍAZ, se cita su certificación ocupacional expedida por la accionante. Es de resaltar que los estudios que se analizan en el concepto rendido fueron aportados por las partes al proceso, por lo que se estudiarán individualmente con posterioridad

Ahora bien, de las pruebas documentales, que se destaca no fueron tachadas de falsas, se aprecia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(i) La parte demandante arrimó a folio 54 del plenario, las páginas número 35 y 85 extraídas del “*Manual de Agentes Carcinógenos de los Grupos 1 y 2A de la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer (IARC), de Interés Ocupacional para Colombia*”¹, de autoría del Ministerio de la Protección Social, en el que se refiere que los agentes (sílice cristalina, asbesto, cromo VI, cadmio, cobalto y plomo) utilizados en la Manufactura de vidrio (decorativo, recipientes y artículos prensados) están catalogados por la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer-, *International Agency for Research on Cancer* (IARC) - dependencia de la Organización Mundial de la Salud (OMS) dentro del grupo 2A, es decir, que son probablemente carcinógenos para los seres humanos, también se evidencia que el cáncer de pulmón, estómago y colón, están asociados a la exposición de dichas sustancias, entre otros en los procesos industriales de mezcla de arena y otras materias primas; fundición de materiales mezclados; fabricación de soplado, prensado, enrollado, moldeado; procesos de decoración, plateado, endurecimiento; almacenamiento; empaque y despacho.

Asimismo, se afirma que se presenta exposición ocupacional a sustancias como metales y óxidos metálicos de antimonio, arsénico, cadmio, cromo, níquel (como colorante y decolorante), manganeso, plomo y selenio; humos y neblinas de hidrocarburos aromáticos policíclicos; sílice y asbesto.

¹ <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/IA/INCA/Manual-agentes-carcinogenos-2006.pdf>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, la Sala consultó la citada obra, encontrando que la sílice cristalina, cadmio, níquel y el plomo, así como sus componentes, son agentes cuya ruta de exposición principalmente es por inhalación, los tres primeros están incluidos dentro del grupo 1, es decir, existe suficiente evidencia de ser cancerígenos en humanos. Por su parte, el plomo está comprendido dentro del grupo 2A, es decir, que es probablemente carcinógenos para los seres humanos.

(ii) A folio 79 se aportó *“informe de evaluaciones de material particulado, sílice y humos de soldadura”* de septiembre del 2003, realizado por Suratep, que tuvo como objetivo cuantificar las concentraciones de material particulado, de sílice cristalina y de humos de soldadura en la empresa CRISTALERÍA PELDAR S.A. La evaluación de concentración de sílice cristalina se efectuó en los cargos de tamizado, bodega de soda, operario planta térmica, área de mezclas de materia prima, cargadero de hornos de envases, operario de buldócer, operario de alfarería y operario de horno de envase.

Respecto a la concentración de sílice cristalina se concluye que los cargos y áreas de bodega de soda, operario planta térmica, cargadero II y operario buldócer, presentaron concentraciones menores a 0.009, esto se debe a que en estos puntos no se trabajan con productos que contienen altas cantidades de sílice (Fl. 90).

(iii) A folios 204 a 205, se encuentra respuesta a solicitud elevada por la apoderada del señor GARCÍA DÍAZ, expedida el día 28 de junio de 2017 por ADRIANA LONDOÑO ÁNGEL, Gerente de Recursos Humanos de LA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CRISTALERÍA PELDAR S.A., en ella se menciona: “1.- *La actividad económica de la empresa es la fabricación de artículos de vidrio. 2.- las materias primas mayores para la fabricación del vidrio son: Arena sílice, caliza o carbonato de calcio, carbonato de sodio, feldespato y casco o vidrio roto reciclado. 8.- En selección y el área de decoración, estos elementos no se utilizan en estado puro, sino que por el contrario el cadmio, el níquel y plomo, están presentes mezclados como componentes de otros productos*”. (Subrayado fuera de texto)

(iv) Se aportó por la parte del señor GARCÍA DÍAZ documental denominada “*Evaluación Material Particulado -1996*”, referente al informe de evaluaciones ambientales de material particulado realizado por Suratep de fecha diciembre de 1996, que tuvo como objetivo cuantificar las concentraciones de material particulado en las diferentes áreas de la planta de la CRISTALERÍA PELDAR S.A. en Zipaquirá, los criterios que se tuvieron en cuenta para la selección de los sitios y compuestos fue dependiendo de las materias primas utilizadas, su posible concentración y porcentaje de sílice libre tipo cuarzo. Las áreas seleccionadas para realizar las evaluaciones fueron las de materias primas, alfarería, molduras envase, moldura cristalería, planta de arena y planta térmica. Como resultados se encuentra que en el área de materias primas frente al operario labores varias se dice: este es uno de los oficios en los cuales el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado y uno en los que se detectó que el trabajador menos utiliza equipos de protección.

Por otro lado, en cuanto a la planta térmica se expone: la contaminación del área depende en gran parte de las características del carbón que se utilice.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Operador de equipo: para disminuir la cantidad de material particulado que se produce en la sección, se humedece con agua el carbón, sin embargo, por la manera que se utiliza el agua no se alcanza a controlar totalmente el material particulado. *Operador de ceniza:* en esta sección, se limpian los pisos con aire comprimido, lo que incrementa la contaminación por dispersión. *Operador de equipos varios:* la principal contaminación de la sección se produce cuando se revuelve el carbón; durante el muestreo no se detectaron fugas significativas.

(v) Milita en el expediente estudio denominado “*Exámenes médicos 1998*”, referente al informe de evaluaciones médicos periódicas realizado en junio 1998, en donde se avizora el resulta de 754 exámenes practicados a los trabajadores de la *Cristalería Peldar S.A* en las instalaciones de la empresa. En uno de sus apartes denominado “*d. Distribución según antigüedad en la empresa*”, se informa: *en el gráfico es posible apreciar que la mayoría de los trabajadores examinados 27% tiene una antigüedad dentro de la empresa de 20 – 24 años, seguido por un 23% con una antigüedad dentro de la empresa entre 15 y 19 años. Esta antigüedad laboral puede a su vez representar un tiempo prolongado de exposición a los factores derivados de la actividad económica de la empresa*”. Más adelante, en título nombrado “*b. distribución según secciones*”, se afirma que “*el mayor volumen de trabajadores atendidos está en las áreas de formación, selección, mantenimiento, molduras, hornos, decoración, lo cual implica exposición a factores de riesgos tales como ruido, temperatura alta, pantallas de visualización, proyección de partículas, radiación infrarroja y factores ergonómicos como posturas repetitivas*”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(vi) Se allegó por la parte actora estudio denominado “*Espirometría julio 2002*”, proferido por Suratep en julio de dicha data, en donde se evaluó la capacidad pulmonar de los trabajadores de CRISTALERÍA PELDAR S.A. expuestos a factores de riesgos respiratorios, durante el desempeño de sus actividades operativas, se afirma que los trabajadores fueron seleccionados en el departamento de Salud Ocupacional teniendo como criterio el nivel de exposición a material particulado, polvo, gases, sustancias químicas existentes en cada una de las secciones a las que pertenecen, se evaluó a una población conformada por personal que se desempeñaba como mecánico, operador, electricista, ayudante, labores varias, soldador, lubricador, selector, entre otros, quienes desarrollaban sus funciones en distintas áreas de la compañía, entre ellas mantenimiento, planta térmica, materias primas, compresores y planta de arena.

En un aparte del estudio se expresa que las secciones con mayor número de trabajadores evaluados son en su orden: mantenimiento, planta térmica y materias primas, aunque en general el 100% de la población se encuentra en frecuente exposición a factor de riesgo respiratorio, dada la presencia de material particulado en cada una de las áreas examinadas, lo que en el futuro puede ocasionar alteraciones respiratorias o pulmonares. Al igual que la tabla anterior, en todos los cargos se pueden encontrar alteraciones respiratorias, dado su contacto con factores de riesgo como humos, gases, químicos, vapores y polvo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

(vii) Milita en el plenario estudio denominado “*Espirometría noviembre 2003*”, realizado por Suratep en noviembre del año en mención, en donde se evaluó la capacidad pulmonar de los trabajadores de CRISTALERÍA PELDAR S.A. expuestos a factores de riesgos respiratorios, durante el desempeño de sus actividades operativas, se informa que los trabajadores fueron seleccionados en el departamento de Salud Ocupacional teniendo como criterio el nivel de exposición a material particulado, polvo, gases, sustancias químicas existentes en cada una de las secciones a las que pertenecen. Se evaluó una población perteneciente al área operativa y que se desempeñaba como mecánico, supervisor, electricista, plomero, conductor, labores varias, operario y lubricador. Se concluye que el 100% de empleos evaluados se encuentran en frecuente exposición a factor de riesgo respiratorio como material particulado (polvo) y productos químicos (gases y vapores).

(viii) Se aportó al dossier “*Reporte ejecutivo de RX de tórax técnica ILO septiembre, octubre, noviembre de 2006*”, concerniente al informe rendido por Suratep de radiografías de tórax de control para personal expuesto a material particulado, los empleados fueron seleccionados por el departamento de Salud Ocupacional con base en la exposición en los sitios de trabajo, quienes se constituían por 260 trabajadores expuestos a factores de riesgo respiratorio por material particulado. Se concluye que en 201 personas se encontró un resultado normal, en 19 se recomendó verificar la historia clínica y ocupacional para relacionar hallazgos. Dentro de los empleados se encuentra el señor MOISÉS GARCÍA DÍAZ con C.C. No. 11.341.534, a quien se le recomienda revisar su historia clínica y ocupacional.

(ix) En el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES, obra el estudio de polvo, ruido y temperatura realizado a la empresa por el Instituto de Higiene Ambiente y Salud Ltda. – Salud Ocupacional – Ingeniería Ambiental del mes de septiembre de 1992, en el que se señala que: *F.- Los operarios de caldera están expuestos al polvo durante toda la jornada de trabajo.* Además, que todo el personal que labora en planta térmica, molinos, materias primas y planta de arena, están expuestos a concentraciones de polvos silíceos, las concentraciones se refieren a promedios ponderados para jornadas de 8 horas diarias, sin embargo, la exposición real diaria no es de 8 horas, sino que en algunos casos se puede reducir hasta menos de la mitad de la jornada.

Por otro lado, dado el alto contenido de sílice libre de los materiales que se manejan en los procesos de materias primas, trituración de caliza, planta de arena, alimentación de hornos, existe el riesgo que el personal que labora en estos sitios pueda contraer una silicosis de tipo profesional.

(x) Obra en el expediente *“Concepto salud ocupacional C.SO. NO. 017”* del 07 de diciembre de 1993, aportado por el litisconsorte necesario, elaborado por FREDY LUIS MARTÍNEZ ROMERO, especialista en salud ocupacional del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud, sobre estudio polvo, ruido y temperatura efectuado en la planta térmica, materias primas, cartonería, planta de arena, molduras, alfarería y carpintería de la CRISTALERÍA PELDAR S.A. Se concluye que se encontró niveles de polvo respirable superiores a los permisibles en: operarios de caldera (planta térmica) (...) Todo el personal que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

labora en la planta térmica, molinos, materias primas y planta de arena están expuestos a polvos silíceos, no siendo durante toda la jornada, también se menciona que con el último informe del I.S.S. sobre material particulado silíceo en la planta, la exposición a este factor de riesgo no ha sido modificada y representa un peligro para la salud de los trabajadores. Expone que la contaminación por material particulado silíceo es evidente de manera subjetiva en toda la planta, incluso en aquellas áreas supuestamente no involucradas con el manejo de materias primas.

(xi) Milita en el expediente *“Concepto salud ocupacional C.SO. NO. 032”* del 20 de diciembre de 1994, aportado por el litisconsorte necesario, elaborado por FREDY LUIS MARTÍNEZ ROMERO, especialista en salud ocupacional del Instituto de Higiene, Ambiente y Salud, sobre estudio polvos totales y respirables para la CRISTALERÍA PELDAR S.A., en donde se menciona que con el último informe del I.S.S. sobre material particulado silíceo en la planta, la exposición a este factor de riesgo no ha sido modificada y representa un peligro para la salud de los trabajadores. Expone que la contaminación por material particulado silíceo es evidente de manera subjetiva en toda la planta, incluso en aquellas áreas supuestamente no involucradas con el manejo de materias primas.

(xii) Se aportó por el litisconsorte necesario *“Informe contaminantes químicos- Nov. 2005”* presentado por Suratep para la CRISTALERÍA PELDAR S.A.- Cogua en noviembre del 2005, concerniente al informe de evaluaciones ambientales de contaminantes químicos, que tuvo como objetivo realizar el estudio de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

factores de riesgo de contaminantes químicos tales como PNOS, asbestos, sílice, plomo, cadmio, BTEX y humos metálicos. En el área de decoración se evaluó la presencia de plomo y cadmio en empleados que fungían como operadores de máquina decoradora. Se establece que la mayoría de las sustancias presentan distintas notaciones en relación con la clasificación que la ACGIH, hace sobre la carcinogenicidad. El cadmio tiene la notación A2, que hace referencia a que esta sustancia es sospechosa de ser carcinógena en humano, pero no se cuenta con datos suficientes que así lo confirmen; el plomo y el etilbenceno tienen notación A3 que los ubica en la categoría de sustancias confirmadas de ser carcinogénicas en animales, sin conocimiento relevantes en humanos.

(xiii) Se avizora *“Guía de atención integral de salud ocupacional basada en la evidencia para cáncer de pulmón relacionado con el trabajo”*, de autoría del Ministerio de la Protección Social, publicado en el año 2008. Allí se señala (Págs. 43-45): *“de acuerdo con el listado de los agentes químicos carcinógenos de uso en Colombia publicados por el Instituto Nacional de Cancerología (INC) en el año 2006, las siguientes 10 sustancias o agentes son consideradas como causantes de cáncer pulmonar, extractadas del grupo 1 de la IARC: arsénico y compuestos de arsénico; asbestos; berilio y sus compuestos; cadmio y sus compuestos; cloruro de vinilo; compuestos de cromo hexavalente; níquel y sus compuestos; sílice cristalina; talco con fibras asbestiformes.*

El análisis global anterior sugiere que el cáncer pulmonar en Colombia de origen ocupacional podría esperarse en primera medida en trabajadores expuestos a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los elementos y compuestos metálicos incluidos en esta guía; en segundo lugar, en trabajadores expuestos a sílice cristalina y asbestos y, en tercer lugar, en trabajadores vinculados con procesos relacionados con la fabricación y el procesamiento del plástico y en particular del cloruro de vinilo monómero, materia prima para la elaboración del PVC (cloruro de polivinilo)."

Ahora bien, una vez realizado el recuento anterior de las pruebas que interesan al proceso, se logró evidenciar que:

Desde el 11 de julio de 1994 al 25 de junio de 2009 y desde el 06 de octubre del 2010 al 29 de agosto del 2012, el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ se desempeñó como operador de máquinas de decoración en el área de selección de envases, se tiene que según obra en respuesta emitida a derecho de petición por parte de CRISTALERÍA PELDAR S.A., en el área de selección y el área de decoración el cadmio, el níquel y plomo, están presentes mezclados como componentes de otros productos.

Además, en el informe de evaluaciones médicas periódicas realizado en 1992, se afirma que el mayor volumen de trabajadores atendidos está en las áreas de formación, selección, mantenimiento, molduras, hornos, decoración, lo cual implica exposición a factores de riesgos tales como ruido, temperatura alta, pantallas de visualización, proyección de partículas, radiación infrarroja y factores ergonómicos como posturas repetitivas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inclusive, se encuentra informe que data del año 2006, acerca del reporte ejecutivo de RX de tórax de ese mismo año, en donde se consulta la exposición a material particulado de 260 empleados de la CRISTALERÍA PELDAR S.A., en donde los empleados fueron seleccionados con base en la exposición en los sitios de trabajo a material particulado, incluyéndose al señor MOISÉS GARCÍA DÍAZ C.C. No. 11.341.534, a quien se le recomienda revisar su historia clínica y ocupacional para relacionar hallazgos.

Adicionalmente, en el informe de contaminantes químicos de noviembre de 2005, en el área de decoración de envases se evaluó la presencia de plomo y cadmio en los empleados que fungían como operadores de máquinas decoradoras, si bien es cierto, no se consulta particularmente el caso del litisconsorte, se puede hacer extensivo en cuando se realizó en la misma área y labor desempeñada por este para dicha data. Así, en la tabla No. 4 del mentado informe, se encuentra presencia de plomo y cadmio en los trabajadores sujeto de estudio, pese a que los valores son bajos se confirma la exposición de los mismos.

Es de resaltar que el señor GARCÍA DÍAZ laboró como operador de máquinas de decoración durante la mayor parte del vínculo laboral con la accionante, estando expuesto a sustancias como el cadmio y el plomo, tal y como se avizora en precedencia. Así, según la *“guía de atención integral de salud ocupacional basada en la evidencia para cáncer de pulmón relacionado con el trabajo”* de autoría del Ministerio de la Protección Social, el cadmio y sus compuestos pertenecen al grupo 1 de la IARC, considerada como causante de cáncer



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pulmonar. Aunado a ello, en el *“Manual de Agentes Carcinógenos de los Grupos 1 y 2A de la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer (IARC), de Interés Ocupacional para Colombia”*, se afirma que sustancias como el cadmio y el plomo son agentes cuya ruta de exposición principalmente es por inhalación, el primero incluido dentro del grupo 1, es decir, existe suficiente evidencia de ser cancerígeno en humanos y el plomo en el grupo 2A, es decir que es probablemente carcinógenos para los seres humanos.

No puede pasar por alto esta Sala que el pensionado laboró por más de 20 años en el área de decoración como operador de la máquina decoradora, pese a la presencia de bajos niveles de sustancias carcinogénicas como el níquel, el cadmio y el plomo, está acreditada la existencia de las mismas y la exposición de quienes laboran allí, esto se agrava por el tiempo prolongado que se desarrolló tal actividad.

Tenemos también que el litisconsorte se desempeñó en el oficio de labores varias desde el 21 de agosto de 1987 al 10 de julio de 1994, desarrollando sus funciones en cualquiera de las dependencias de la planta y principalmente en la de decoración de envases. Además, entre el 30 de agosto de 2012 al 09 de enero de 2014, tuvo el mismo cargo, pero lo ejecutó en la planta térmica. Si bien es cierto, de las documentales aportadas no se aprecia que se hubiere estudiado las labores y áreas en los años que las desempeñó el señor *García Díaz*, también lo es que, si existen distintas evaluaciones realizadas para el cargo de labores varias, así en el año 1996, se efectuó en el área de materias primas para el cargo



de labores varias, expresando que es uno de los oficios en los cuáles el trabajador se encuentra más expuesto a material particulado.

En el 2002 se realizó en la planta térmica, en donde se afirma que el 100% de la población se encuentra en frecuente exposición a factor de riesgo respiratorio, dada la presencia de material particulado en cada una de las áreas examinadas, que en todos los cargos se pueden encontrar alteraciones respiratorias, dado su contacto con factores de riesgo como humos, gases, químicos, vapores y polvo. También se evaluó el cargo de labores varias en el año 2003, en donde se concluye que el 100% de los empleados evaluados se encuentran en frecuente exposición a factor de riesgo respiratorio como material particulado (polvo) y productos químicos (gases y vapores).

Así, son constantes los estudios al afirmar que en el oficio de labores varias sí se está en presencia de material particulado, situación que permite extraer que por lo menos entre los años 1987 a 1994, cuando el señor *Moisés Nonnato* fungió en ese cargo y lo llevó a cabo en cualquier área de la empresa, estuvo también expuesto.

De otro lado, para los años 2012 a 2014 en el cargo de labores varias, realizaba el aseo del área de cenizas y del segundo y primer piso del área de turbinas incluyendo el sótano y las cubetas del elevador del carbón, además reemplazaba a los ayudantes de calderas cuando estaban tomando alimentos. Desde el 10 de enero de 2014 hasta el año 2016, operaba equipos conjuntos de plantas térmicas o casa de fuerza, tales como los destinados al suministro de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

carbón para calderas, válvulas de vapor, compuertas de aire o gases de calderas, controles, equipos generadores y equipos complementarios. Si bien, para dichas datas tampoco se allegó documental que evaluara dichas áreas y cargos, se encuentra que en el año 1992 se señala que todo el personal que labora en planta térmica, molinos, materias primas y planta de arena, están expuestos a concentraciones de polvos silíceos.

Asimismo, en estudio realizado en 1993, se concluye que se encontró niveles de polvo respirable superiores a los permisibles en operarios de caldera, además que todo el personal que labora en la planta térmica, molinos, materias primas y planta de arena están expuestos a polvos silíceos, no siendo durante toda la jornada.

De otro lado, en el informe de evaluación de material particulado del año 1996, en el área de planta térmica se expone que se encontró en los cargos de: *operador de equipos*, para disminuir la cantidad de material particulado que se produce en la sección, se humedece con agua el carbón, sin embargo, por la manera que se utiliza el agua no se alcanza a controlar totalmente el material particulado. *Operador de ceniza*: en esta sección, se limpian los pisos con aire comprimido, lo que incrementa la contaminación por dispersión. *Operador de equipos varios*: la principal contaminación de la sección se produce cuando se revuelve el carbón; durante el muestreo no se detectaron fugas significativas.

En el año 2003 se efectuó la cuantificación de las concentraciones de material particulado y sílice cristalina a distintos empleados de la compañía, incluyendo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

los operarios de planta térmica, donde se expresa que se presentaron concentraciones menores a 0.009, esto se debe a que en estos puntos no se trabajan con productos que contienen altas cantidades de sílice.

De lo anterior, se evidencia que son constantes las afirmaciones de la existencia de material particulado en el área de planta térmica, entre otras de sustancias como la sílice cristalina, que pesa a afirmarse que se encuentra en concentraciones pequeñas, los empleados están expuestos a la misma. Frente a la sílice cristalina, según el *“Manual de Agentes Carcinógenos de los Grupos 1 y 2A de la Agencia Internacional de Investigación sobre el cáncer (IARC), de Interés Ocupacional para Colombia”*, se expresa que está incluida dentro del grupo 1, es decir, existe suficiente evidencia de ser cancerígenos en humanos. Adicionalmente, en la *“Guía de atención integral de salud ocupacional basada en la evidencia para cáncer de pulmón relacionado con el trabajo”*, se informa que la sílice cristalina es considerada como causante de cáncer pulmonar.

De lo anterior, se logra concluir que se acreditó que el señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ desarrolló actividades de alto riesgo para la salud a favor de CRISTALERÍA PELDAR S.A. y que estuvo expuesto a sustancias o partículas cancerígenas por haberlas manipulado o haber estado en contacto en el transcurso de su vinculación laboral, cumpliéndose así los requisitos establecidos en el Decreto 2090 de 2003.

Por lo anterior, resulta forzoso revocar la decisión de primera instancia, absolviendo a COLPENSIONES y al señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, así se decidirá en la parte resolutive de este fallo. Además, de conformidad con lo expuesto se declarará probada la excepción denominada *“improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el reconocimiento pensional del señor García Díaz, así como la actividad de alto riesgo que realiza los trabajadores de Cristalería Peladar conforme al artículo 2 numeral 2 y 6 del Decreto 2090 de 2003”*, propuesta por pasiva.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera, a cargo de la parte demandante.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 22 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES y al señor MOISÉS NONNATO GARCÍA DÍAZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción denominada “*improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el reconocimiento pensional del señor García Díaz, así como la actividad de alto riesgo que realiza los trabajadores de Cristalería Peladar conforme al artículo 2 numeral 2 y 6 del decreto 2090 de 2003*”, propuesta por el señor MOISÉS GARCÍA DÍAZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

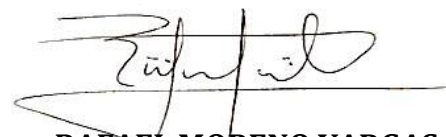
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **38 2019 00134 01**
Demandante: CLEMENTE LANCHEROS POMPEYO
Demandado: PORVENIR S.A Y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTIZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

De otra parte, e reconoce personería a la abogada BRIGIETTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.121.914.728 y T.P. 288.455 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto del demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2020.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CLEMENTE LANCHEROS POMPEYO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

nulidad del traslado a la AFP en la medida en que la misma contenía vicios del consentimiento por error y dolo.

En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes con sus respectivos rendimientos, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 15 de julio de 1962, afiliándose inicialmente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que posteriormente se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en noviembre del 2000 por conducto de PORVENIR S.A., en atención a que el asesor de la AFP le informó que obtendría mejores beneficios en la medida que el monto de la pensión sería más alto y tendría la posibilidad de pensionarse a cualquier edad.

Finalmente, que el 18 de julio del 2018 solicitó a la encartada la nulidad de la afiliación, no obstante, se desató desfavorablemente su solicitud.

Con auto del 8 de marzo del 2021 se dispuso la vinculación de COLPENSIONES.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PORVENIR S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, argumentando como sustento de la defensa que no se acreditaron vicios del consentimiento.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación y la genérica.

COLPENSIONES a su turno se opuso a las pretensiones de la demanda. Alegó como fundamento de su defensa que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no probó error, fuerza o dolo en su afiliación.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y dadas las resultados del proceso se relevó del estudio de los medios.

Como sustento de su decisión indica que no guarda concordancia lo indicado en el interrogatorio de parte, con lo que se relata como supuestos de facto de la demanda, pues el demandante en su interrogatorio indica que la asesoría duró 10 minutos, mientras en la demanda se hace alusión a una información que le fue brindada frente a las características del régimen, como la atinente a la edad. Luego concluye el Despacho que el actor si recibió al momento del traslado información relacionada con las características del régimen.

Aduce el Juzgado que no se evidencia que el demandante haya sido constreñido a afiliarse, ni que corrobora ningún vicio en el consentimiento.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte actora propone recurso de apelación aduciendo que no es cierto que haya tenido el debido acompañamiento, desconociendo el fallo lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

De otra parte, la AFP debía cumplir obligaciones que no se acreditaron, tales como el deber de información e informar sobre el derecho al retracto, lo que no se acreditó. De otra parte, debía capacitar a los asesores, sin que la suscripción del formulario acredite tales circunstancias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del demandante a PORVENIR S.A. del 27 de octubre del 2000 (Fl 99), documental que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte en el interrogatorio de parte el demandante, en modo alguno indica que se le haya brindado la respectiva información, pues de forma clara expone que trabajaba en el INCORA cuando lo citaron a una reunión con PORVENIR S.A., la cual duró de 10 a 15 minutos en la cual se le informó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que devengaría rendimientos por intermedio de una tarjeta, y por ello decidió trasladarse, luego en otra reunión diligenció el formulario.

Ahora bien, le asiste la razón al *a-quo* al expresar que lo manifestado en el interrogatorio de parte, no concuerda con lo que aseverado por el libelista en el interrogatorio de parte. Lo anterior, en la medida en que el promotor en su interrogatorio indica que en la reunión solo se le expresó que se acabaría el ISS y que tendría unos rendimientos, mientras en la demanda adicional se aduce que se le precisó que podría pensionarse en cualquier momento. Sin embargo, tal dislate, por si mismo no permite entrever que la pasiva le haya suministrado al demandante la información clara y suficiente, en aras de que se verifique que existió un consentimiento informado, como lo sostuvo el fallador de instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Pues no basta con que se corrobore que se le brindó información sobre algunas características del régimen, sino que resulta imperioso que el afiliado sea consciente de la decisión que adopta y las características de ambos regímenes. Presupuesto último que nos se satisface en el presente juicio.

Ahora bien, lo anterior implica declarar la ineficacia del traslado y apareja además como consecuencia la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, la AFP tiene el deber de devolver al Sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de inejecución del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar declarar la inejecución del traslado y disponer los reintegros en los términos antes señalados. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera a cargo de las demandadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de noviembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la inejecución de la afiliación y traslado realizado por el señor CLEMENTE LANCHEROS POMPEYO, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 27 de octubre del 2000, tramitado por PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR a PROVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como los rendimientos, gastos de administración, primas de aseguradoras y cualquier otro emolumento que se haya generado durante su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

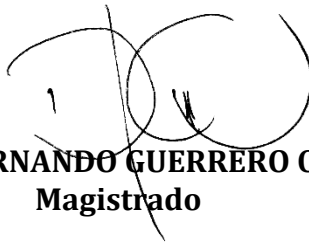
vinculación hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin que les sea factible descontar suma alguna de dinero por ningún concepto.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES, a reactivar sin solución de continuidad la vinculación como afiliado del señor CLEMENTE LANCHEROS POMPEYO, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

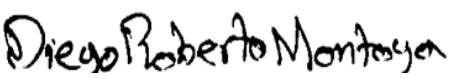
QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las accionadas.

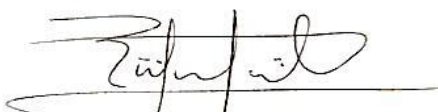
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2019 00076 01
Demandante: IVÁN ALBERTO LIZARAZO SALCEDO
Demandado: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor IVÁN ALBERTO LIZARAZO SALCEDO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES con la finalidad que se declare la nulidad que realizara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de diciembre de 1999 por intermedio de COLFONDOS S.A., ante la omisión de este fondo del deber de información con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, con relación a las implicaciones que tendría el cambio de régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, pretende se conde a COLFONDOS S.A. a restituir con destino a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar, así como que COLPENSIONES reciba lo de su cargo, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, solicita la ineficacia del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en su caso administrado por COLFONDOS S.A. al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 2 de diciembre de 1956, afiliándose al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el mes de septiembre de 1985 para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 1º de diciembre de 1999, AFP a la que en la actualidad continúa afiliado, suscripción que se efectuó por cuanto unos promotores comerciales de esta acudieron a las instalaciones de la UNIVERSIDAD FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS y de manera masiva y grupal, lo incentivaron para que realizara el traslado, sin que fuese asesorado de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen, y en general sobre las pretensiones económicas que tendría.

Que el asesor de CONFONDOS S.A. le indicó que, trasladándose a dicho fondo, se podría pensionar eligiendo la edad y el monto, sin explicarle de manera precisa las circunstancias en que se darían tales supuestos. Por último, refirió que no existió una debida asesoría sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones. Refirió que no hay lugar a que se declare la nulidad, ineficacia o inoperancia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante,

toda vez que de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al haber suscrito de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación de COLFONDOS S.A.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, presunción de legalidad de los actos jurídicos, y la de innominada o genérica.

Por su parte, COLFONDOS S.A. adujo en su escrito de contestación, que al demandante se le suministró una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión para trasladarse, en las que se le indicó acerca de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen,

Que en igual sentido, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que efectuara el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de diciembre de 1999 por intermedio de COLFONDOS S.A., por lo que condenó a esta a trasladar a COLPENSIONES los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

valores de la cuenta individual de la actora, incluyendo sus cotizaciones y rendimientos, sin que fuere posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra suma.

Asimismo, declaró no probadas las excepciones de prescripción y falta de legitimación en la causa por pasiva, condenando en costas a COLFONDOS S.A.

Para arribar a dicha conclusión, sostuvo que, de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados que por demás tiene que ser relevante en lo que atañe a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de éstas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por COLFONDOS S.A., pues el simple formulario de afiliación no se puede constituir como prueba fehaciente de una debida información.

Igualmente, puntualizó que lo que surge como consecuencia del deber de información no es la nulidad de la afiliación sino la ineficacia atendiendo lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, lo cual apareja de devolución de los emolumentos de la cuenta de ahorro individual y de los que se causaron con ocasión de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES inconforme con la decisión la apeló. Refirió que, para el momento del traslado del demandante a COLFONDOS S.A., la Ley 100 de 1993 no estipulaba que era menester realizar comparaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, máxime si para la época era imposible efectuar una proyección pensional hacia el futuro, de ahí que se pueda concluir que la suscripción del formulario fue totalmente válida, toda vez que existió una voluntariedad y libertad.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones,



independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente COLFONDOS S.A. no allegó el formulario de afiliación del demandante, pues lo único que da cuenta en el plenario que el actor se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es el reporte emitido por el SIAFP que acredita que el actor se trasladó efectivamente a partir del 1º de diciembre de 1999 (Fl. 175 expediente digital), sin que se deba soslayar que el formulario además no demuestra que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información, sumado al hecho que el Representante Legal de COLFONDOS S.A. en el interrogatorio practicado expuso no constarle las situaciones de asesoría que en su momento se le comunicaron al demandante.

En ese orden de ideas, le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, lo cual además implica la devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual, así como de los gastos de administración, seguros previsionales y rendimiento, y en general, de cualquier concepto que se haya generado o cobrado con ocasión de la afiliación a COLFONDOS S.A.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

seguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

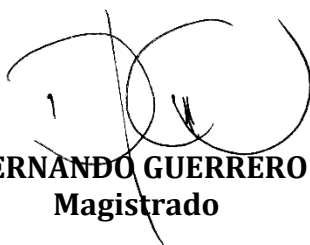
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

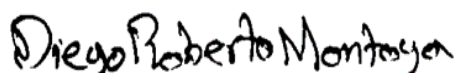
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

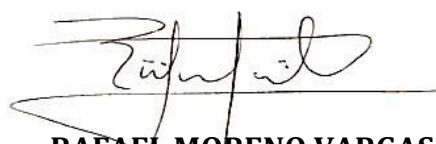
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2018 00253 01
Demandante: OMAR ALEXANDER RINCÓN GONZÁLEZ
Demandado: IMPLLOT S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OMAR ALEXANDER RINCÓN GONZÁLEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de IMPLLOT S.A.S., con el objeto que se declare que entre las partes medió un contrato ficto de trabajo entre el 1º de agosto de 2015 y el 22



de enero de 2017, fecha en que la empleadora lo dio por terminado de manera injustificada.

Como consecuencia de lo anterior deprecia se condene a la sociedad accionada al pago de auxilio de cesantías, intereses a la cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, salarios, indemnización por despido sin justa causa, indemnización por despido en situación de discapacidad, la indemnización moratoria y por la no consignación del auxilio de cesantías, ás intereses moratorios, indexación y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que suscribió un contrato de prestación de servicios con la sociedad IMPLLOT S.A.S., con el consecutivo PS028, con vigencia de tres (3) meses comprendida entre el 1º de agosto y el 1º de noviembre de 2015; señala que el 30 de agosto de dicha anualidad, se realizó una valoración médica ocupacional, con certificación para trabajo en alturas, autorizándose para ejercer el empleo denominado auxiliar de obra; que los superiores del actor y quienes le impartían órdenes, eran los señores ALEXEI TRUJILLO OROZCO y YUDY OSPINA TÉLLEZ, como jefes principales, y JUAN PRIETO LEMUS, DIANA GÓMEZ DUARTE y ANDRÉS OROZCO DELGADO, como jefes directos.

Que ejecutó labores de hacer barrenos, cargarlos con pólvora explosiva, y llevar a cabo las detonaciones, las cuales se relacionan directamente con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

objeto social de la accionada; relata que cumplió un horario de trabajo de lunes a sábado de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., laborando además en trabajo suplementario.

Refiere que el salario era solucionado mediante consignación bancaria; asevera que el 23 de septiembre de 2015 padeció un accidente, siendo incapacitado entre el 23 de septiembre de 2015 y el 10 de febrero de 2016; que el 23 de febrero de 2016, se emitió dictamen médico ocupacional, autorizándose para ejecutar labores de auxiliar explosivista; señala que el 10 de febrero de 2016 suscriben otro sí, estableciendo la vigencia del contrato hasta el 19 de mayo de 2016; el 12 de febrero de 2016 sufrió un accidente de trabajo, concediéndose cinco (5) días de incapacidad.

Que por órdenes de la empleadora prestó servicios a la sociedades AMARILO S.A.S., FUREC S.A.S. e ICONO URBANO S.A.S., al servicio de la última tuvo un accidente de trabajo el 22 de junio de 2016; que el 11 de julio de 2016 la accionada por conducto de la subgerente técnico YUDY OSPINA TÉLLEZ, dio por terminado el contrato mediante una llamada telefónica; y el 18 de julio de 2016 se emite dictamen médico de egreso, en el cual se establece que se encuentra en condiciones no adecuadas para continuar ejerciendo la labores, solicitándose valoración por hipoacusia profunda, lo cual fue corroborado en el dictamen del 22 de octubre de 2016, solicitándose valoración por trastorno facticio y esquizofrenia.

Que mediante sentencia de tutela del 12 de septiembre de 2016, el Juzgado Civil del Circuito de Funza, protegió sus derechos fundamentales, y tras iniciar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un incidente de desacato, fue reintegrado el 21 de octubre de 2016, mediante la suscripción de un contrato de prestación de servicios, por el término de tres (3) meses comprendido entre el 13 de septiembre y el 15 de diciembre de 2016.

Que el 2 de noviembre de 2016 le fue concedida incapacidad médica durante tres (3) días, y el 18 de noviembre de 2016 se emite nueva incapacidad hasta el 31 de marzo de 2017, no obstante el 22 de enero de 2017, mediante llamada telefónica, se le informa que ya no existía ninguna vinculación contractual; señala que el 12 de junio de 2017 le fue otorgada incapacidad hasta el 10 de septiembre de 2017; finalmente, que tras el despido injustificado del 22 de enero de 2017, no le fueron solucionadas las acreencias laborales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad IMPLLOT S.A.S. en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que con el demandante se suscribieron sendos contratos de prestación de servicios, con vigencia inicial entre el 1º de agosto y el 1º de noviembre de 2015, mediante otro sí se señaló que se mantendría entre el 10 de febrero y el 19 de mayo de 2016, posteriormente se pacta el contrato entre el 13 de septiembre y el 15 de diciembre de 2016 y mediante otro si se amplía entre el 16 de diciembre y el 13 de enero de 2017; refiere que las labores en un inicio eran de preparación del terreno para obras civiles, y antes del primer accidente realizaba labores de perforación y tras dicho insuceso como auxiliar administrativo en apoyo de los técnicos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

explosivistas, sin que manejara explosivos. De otra parte, que no cumplía un horario de trabajo y no recibía órdenes, y que el reintegro operó frente a la sentencia de tutela, la cual se concedió de manera transitoria, disponiéndose que se debía incoar la acción pertinente en el término de cuatro (4) meses.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: entre las partes existía una relación contractual de prestación de servicios, incumplimiento de los elementos esenciales de la relación laboral, terminación del contrato por cumplimiento de su objeto y buena fe en la ejecución el contrato.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 2 de septiembre de 2020 absolvió a IMPLLOT S.A.S. de todas las pretensiones elevadas en su contra por el señor OMAR ALEXANDER RINCÓN GONZÁLEZ.

Para tal efecto señaló que en la contestación de la demanda, así como de las documentales aportadas al plenario como del interrogatorio de parte, se acreditó la existencia de varios contratos de prestación de servicios, lo cual permite tener por probada la prestación personal del servicio, y por ende, presumir la existencia del contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la subordinación consideró que la misma no se desprende de las documentales allegadas al plenario, y *a contrario sensu* en el testimonio del señor JUAN GABRIEL PRIETO LEMUS, coordinador de seguridad de la accionada desde el año 2015 hasta antes de la fecha de retiro del actor, aseverando que el demandante fue contratista para dicho interregno, prestando servicios de apoyo para explosiones controladas, sin que sus servicios hayan sido requeridos de manera continua ni durante los fines de semana.

De otra parte que, del contenido de los contratos de prestación de servicios, no se advierte que en sus cláusulas 4ª, 5ª y 6ª se establezcan los elementos esenciales de un contrato de trabajo. De igual manera, de las declaraciones extrajuicio y de los documentos firmados por terceras personas, si bien no se solicitó su ratificación, de las mismas no se extrae la acreditación del contrato de trabajo, máxime que no dan cuenta de la razón de sus dichos.

Estimó que la coordinación y directrices que se exigen dentro de un contrato de prestación de servicios, como el desempeñado por el actor relacionado con la explosión controlada, no implica *per se* que se presente el elemento de la subordinación. Así mismo, el hecho de llevar un control de asistencia no implica el establecimiento de un horario de trabajo. Finalmente, que las documentales aportadas y que no fueron decretadas, no tienen por esa misma razón, valor probatorio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente que las afiliaciones al Sistema Integral de Seguridad Social no acreditan la existencia del contrato de trabajo, resaltando además que el actor no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. sin que haya desvirtuado las consecuencias adversas que dicha situación implicó, motivo que impele a absolver de todas las pretensiones, incluido lo atinente a la estabilidad laboral reforzada, en tanto la misma se constituye en una pretensión consecuencial de la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, al no haberse deprecado de manera subsidiaria.

III- GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre el demandante y la empresa IMPLLOT S.A.S. existió un contrato de trabajo entre 1º de agosto de 2015 y el 22 de enero de 2017. En caso afirmativo, si se debe emitir condena por las acreencias laborales deprecadas por activa.

c. Del contrato de trabajo

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple 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» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia 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 (Subrayas fuera del texto)."

d. Del Caso en concreto:

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

Para tal efecto se debe señalar que por activa se aduce que medió una vinculación contractual de prestación de servicios, aportándose al plenario las documentales que así lo ratifican, de la siguiente manera:

- (i) Contrato de prestación de servicios PS 028 del 1º de agosto de 2015 al 30 de noviembre de 2015, el 10 de febrero de 2016 al 19 de mayo de 2016.
- (ii) Otro sí al contrato de prestación de servicios PS 028, estableciendo como fecha de inicio el 10 de febrero de 2016 y de finalización el 19 de mayo de 2016.
- (iii) Contrato de Prestación de servicios PS 039 del 13 de septiembre de 2016 al 15 de diciembre de 2016.
- (iv) Otro sí al contrato de Prestación de servicios PS 039, del 16 de diciembre de 2016 al 13 de enero de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera milita copia de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza del 12 de septiembre de 2016 (Fls. 104 a 113), en el cual se establece que la terminación de la vinculación contractual acaeció el 11 de julio de 2016, disponiendo de manera transitoria el reintegro, señalando de manera expresa que la *“orden trascenderá exclusivamente por el término de 4 meses contados a partir de la reinstalación efectiva, lapso dentro del cual el actor deberá acudir a la justicia ordinaria para definir su situación de manera definitiva”*.

Ahora, tal como se adujo en la demanda, y fuera aceptado por la accionada, la reinstalación operó el 21 de octubre de 2016, mediante la suscripción del contrato de prestación de servicios PS 039, el cual, como antes se señaló, consagró una vigencia del 13 de septiembre de 2016 al 15 de diciembre de 2016, debiéndose acotar que la presente acción se radicó el 23 de abril de 2018, esto es, cuando había transcurrido el término establecido en la acción de amparo constitucional.

Es menester acotar, en ese orden de ideas, que se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio, así como que la acción de amparo constitucional dejó de surtir efectos; de igual manera, si bien en virtud del artículo 24 del C.S.T., se activaría la presunción de existencia del contrato de trabajo, no debe soslayarse que el accionante no compareció a la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., motivo por el cual la *a-quo* declaró fracasa la audiencia de conciliación, y además tuvo por ciertos los hechos de la contestación de la demanda susceptibles de confesión, esto es,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que existieron contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, devengando honorarios variables de acuerdo a las actividades que desarrollara, y que la terminación operó debido a la terminación del plazo pactado, motivo por el cual le corresponderá al actor acreditar que en efecto se cumplieron los requisitos esenciales del contrato de trabajo, pues, se reitera, si bien se presumió la existencia del contrato de trabajo, también se tuvo como cierto que la vinculación fue de stirpe civil.

Ahora bien, respecto de la subordinación se tiene que el señor JUAN GABRIEL PRIETO LEMUS rindió testimonio en el cual señaló que laboró al servicio de IMPLLOT S.A.S. por espacio de dos años, y que se retiró con anterioridad a la culminación de la vinculación del actor. Aseveró que el actor fue contratado para el apoyo de un proyecto en temas de perforación o demolición de roca sin explosivos, posteriormente se reincorporó a unos proyectos para el apoyo de explosiones controladas, presentándose una interrupción en la prestación del servicio, por lo cual no se presentó de manera ininterrumpida. De igual manera que no laboraba fines de semana, por cuanto no se concedían autorizaciones para tales días, coordinándose las actividades entre semana, sin que haya cumplido un horario de trabajo, disponiéndose por el contrario de manera coordinada autorizaciones de ingreso y de realización de actividades. Finalmente, que el coordinador no impartía órdenes, y solo se verificaba la distribución de actividades, con líderes que se establecían en los proyectos, los cuales eran seleccionados entre los contratistas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera, que la prueba testimonial acredita una prestación autónoma e independiente del servicio, pues da cuenta de la existencia de los contratos de prestación del servicio, la prestación del servicio con solución de continuidad, precedida únicamente de la coordinación propia de los contratos de prestación de servicios, sin haberse establecido que la misma se haya desbordado al punto de configurarse una subordinación.

Vale la pena indicar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha indicado en reiterados pronunciamientos que incluso en tratándose de contratos de prestación de servicios, el contratante tiene la potestad de coordinar con el contratista horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión y vigilancia, sin que medie la subordinación jurídica propia de un vínculo laboral. Sobre el particular, en sentencia SL 444 del 2019, con Radicación No 58413, precisó:

“De otra parte, la labor, se recaba, no se ejecutó bajo la tutela de las accionadas, aunque aquellas siguieran las directrices [...] pues la existencia de reglas, precisiones y exigencias de la manera como debe ejecutarse el servicio, por sí mismas, no están excluidas en los contratos de prestación de servicios, como lo señaló esta Sala recientemente en la sentencia SL 4143-2019, 25 sep.2019, rad.79216 en los siguientes términos:

“Ahora, el contrato de prestación de servicios, que puede revestir diferentes denominaciones, se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo que lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; no obstante, este tipo de vinculación no está vedado de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esas mismas obligaciones. Lo importante es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación, en la subordinación propia del contrato de trabajo.

“Por otra parte, es preciso indicar que, en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

“Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

De otra parte, en el interrogatorio de parte el representante de la accionada no confesó en manera alguna que haya mediado un solo contrato de trabajo bajo subordinación de la sociedad demandada, y de la restante prueba documental no se extrae la subordinación ni la continuada prestación del servicio, máxime que, tal como se estableció en auto de decreto de pruebas, solo se incorporaron las visibles a folios 29 a 170, siendo las agregadas en etapas probatorias extemporáneas, máxime que no fueron decretadas.

Frente a la documental suscrita por los señores SALU ANDRES CABIEDES PRIETO (Fl. 148), se tiene que sólo da cuenta de un accidente en una detonación, sin establecerse aspecto alguno atinente a la subordinación; lo cual también se predica de la suscrita por el señor CHARLY MURILLO PINZÓN,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

quien refiere que entre el 24 de octubre de 2016 y el de noviembre de 2016, el actor se ubicaba en un parque aledaño a una construcción, acercándose el ingeniero ANDRÉS OROZCO o la ingeniera JUDY OSPINA, con el fin de verificar asistencia “*como una especie de cumplimiento de horario laboral*” (Fl. 149), lo cual no acredita en manera alguna la subordinación, y mucho menos en los extremos laborales aducidos por activa. En similares términos se desarrolla la declaración extrajuicio del señor LUIS EDUARDO RICO RODRÍGUEZ (Fl. 150).

En cuanto a la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social, basta con señalar que tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1009-2021, Radicación No. 83360 del 8 de marzo de 2021, señaló:

“Recuerda la Sala que, por ejemplo, ya se ha sentado que el cumplimiento de horarios no es por sí solo una prueba de subordinación (CSJ SL11661-2015; SL8434-2014; SL14481-2014; SL, 13 noviembre 2003, radicado 20770); así como tampoco la existencia de una afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral o a una caja de compensación dado que no es hoy en día un elemento exclusivo de las relaciones contractuales laborales subordinadas (CSJ SL, 16 octubre 2012, radicación 40966; SL, 6 marzo 2003, radicación 19248).”

En ese orden de ideas, le asistió razón a la *a-quo* al encontrar no acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo, ni la existencia del mismo en los extremos laborales aducidos por activa, lo cual conduce a la absolución de las pretensiones consecuenciales, incluyendo el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.



Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 2 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Rafael Moreno Vargas
RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 36 2019 00398 01
Demandante: RUFINO AYA MONTERO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre del 2020.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor RUFINO AYA MONTERO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado de régimen, Y en consecuencia se condene a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los fondos que reposan en la cuenta de ahorro individual, y a esta última a realizar todas las gestiones encaminadas a efectuar la nulidad del traslado de régimen más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del 1º de septiembre de 1980 al 2 de abril de 1995, en un total de 323,43 semanas; señala que en marzo de 1995 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obstante, dicha determinación no estuvo precedida de suficiente ilustración por parte de la AFP.

Finalmente, que el 9 de abril del 2019 solicitó ante las demandadas el traslado de régimen, petición que fue desatada desfavorablemente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, señalando que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, más aún cuando suscribió el formulario de manera voluntaria, consciente y sin presiones.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia al consentimiento, buena fe, prescripción, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

COLFONDOS S.A. igualmente se opuso al *petitum*, alegando como sustento de su defensa que el traslado se efectuó en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen, sin que haya mediado vicio del consentimiento.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectivo a partir del 1° de mayo de 1995; condenó a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; y declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, que por demás tiene que ser relevante en lo que atañe a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP.

De otra parte, que la ineficacia apareja la devolución de saldos, incluyendo los gastos de administración; finalmente, que la acción es imprescriptible.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES propone recurso de apelación indicando que, si bien la jurisprudencia indica que se debe acreditar el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que ese deber ha venido variando con el tiempo, luego para la data del traslado no se preveía la obligación de realizar cálculos, más aún cuando el actor contaba con 36 años de edad, por lo que resultaba imposible determinar el monto de la pensión; refiere que en ese escenario la firma del formulario de afiliación es totalmente válida, y acredita el cumplimiento del deber echado de menos.

Argumenta que el demandante no tenía si quiera una mera expectativa al momento del traslado y por ende se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime que cualquier irregularidad se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

encuentra saneada por el paso del tiempo, en tanto durante 19 años no se radicó informidad alguna.

De otra parte, que se debe tener en cuenta el nivel académico del demandante a la fecha del traslado, quien conocía sus deberes como consumidor financiero, sin acreditarse un vicio del consentimiento; finalmente, que aun cuando la AFP retorne todos los recursos, se afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir*



del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente caso se logra constatar de la certificación aportada del RUAF que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 3 de abril de 1995, pero lo cierto es que ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación al cual se refiere la apelante en la alzada. No se debe soslayar que en todo caso el formulario no demuestra que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, manifestó que se trasladó de régimen básicamente porque el asesor que le hizo la propuesta de que se podía pensionar cuando lo deseara y con una pensión superior a la que podría recibir en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero no se le dijo nada distinto a los beneficios y consecuencias del traslado, sin que el hecho de tener el actor conocimientos profesionales, releve a la AFP de sus obligaciones.

En ese orden de ideas, al no cumplir la AFP con la carga demostrativa respecto del cumplimiento del deber de información, se ajusta a derecho al declaratoria de ineficacia.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impropia.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00533 01
Demandante: CECILIA ARANGO LOZADA
Demandados: CLARA FORERO SANDOVAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación que formuló el demandante en contra de la sentencia proferida el 3 de marzo del 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora CECILIA ARANA LOZADA formuló demanda ordinaria laboral en contra de CLARA FORERO DE SANDOVAL con el objeto de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido del 1° de junio



del 2005 al 12 de octubre del 2017; o subsidiariamente, del 1° de junio del 2005 al 12 de octubre del 2017.

En consecuencia, se condene a la pasiva al pago de cesantías, intereses de cesantías, la sanción por no pago de intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, la indemnización por despido injusto, el cálculo actuarial o bono pensional por los aportes dejados de realizar al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, la indemnización moratoria y los perjuicios materiales por eludir el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que prestó sus servicios personales en forma ininterrumpida y mediante contrato verbal de trabajo, pese a que se denominó en escrito posterior como contrato de prestación de servicios; refiere que el contrato se extendió por el lapso de tiempo comprendido del 1° de junio del 2005 al 12 de octubre del 2017, data en la cual finalizó la relación laboral en forma unilateral y sin justa causa comprobada, señalando como causal para la terminación la renuncia de la promotora, para lo cual se le hizo firmar un documento posterior en el que se hace la declaración de paz y salvo.

Relata que el salario promedio que devengó fue de \$1.350.000 mensuales y que el 10 de noviembre del 2017 la demandada le hizo firmar un documento denominado “ACUERDO DE TRABAJO”, en el cual se indica que laboró en trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

doméstico y que recibió un salario diario de \$45.000, con los cuales se cubrió lo atinente a seguridad social, como las demás acreencias laborales.

Indica que laboró en el apartamento de la demandada ubicado en la carrera 94 No 153-90, interior 10 apartamento 519, en un horario de 8:30 a.m a 5:00 p.m, de lunes a sábado, recibiendo órdenes directas de la hija de la demandada, señora CLAUDIA PATRICIA SANDOVAL.

Aduce que las labores las prestó de forma personal y directa, sin disfrutar de vacaciones, prestaciones sociales y aportes a seguridad social. Destaca en tal sentir, que sufrió un perjuicio material, al no poder disfrutar de su pensión por culpa de su empleadora.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada operó la *litis contestatio* en la que aceptó que la demandante prestaba sus servicios en la dirección indicada, pero aduce que no cumplió horario de trabajo, además que no recibía órdenes.

Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción, compensación, inexistencia de la obligación, falta de los requisitos legales para que se configure el contrato laboral, mala fe y temeridad por parte del demandante y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 3 de marzo del 2021, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación formuladas por la demandada, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión refirió que acorde la prueba testimonial, los interrogatorios y documentales aportadas, se puede constatar la prestación personal del servicio brindado por la demandante a la demandada.

Sin embargo, aunque la demandante alega que la relación laboral fue continua e ininterrumpida, de las documentales aportadas se evidencia que existe una renuncia de la demandante en la que además se declara a paz y salvo a la demandante, e igualmente existe otra documental en la que la demandante admite la suscripción de un contrato de prestación de servicios. Con todo, aduce el fallador de primera instancia que de las prueba aportadas se puede inferir la existencia de un contrato de trabajo, en virtud del cual la demandante percibía un pago diario que incluía las acreencias laborales.

Siendo así, es claro que existió una prestación personal del servicio y no se desvirtuó la subordinación del contrato de trabajo. Pese a ello, consideró que no se encuentran plenamente acreditados los extremos de la relación laboral de la promotora, pues se corrobora que por el interregno de tiempo que alega se mantuvo la relación laboral, tuvo aportes a pensión de parte de otros empleadores y los testigos no son contestes frente a este aspecto.

III- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte actora presenta recurso de apelación en el que en suma indica que está probado el contrato de trabajo y si bien es cierto que la demandante coetáneamente durante algunos periodos cotizó a través de otros empleadores, teniendo la referencia de la testigo ANA MARÍA VARGAS, esto permite al Despacho colegir que el contrato de trabajo lo fue por un periodo de tiempo que permite fulminar condena.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre las partes existió una relación laboral.

c. Del contrato de trabajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple 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» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia 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 ataño 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 (Subrayas fuera del texto).”

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

De esta manera, tentemos que dentro del material probatorio arrimado al proceso fueron aportados: (i) carta de renuncia del 10 de noviembre del 2017 presentada por la demandante ante la encartada en la que aduce que la relación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

culminó desde el 12 de octubre del 2017 y pone de manifiesto que le fueron canceladas todas las prestaciones sociales, quedando a paz y salvo; (ii) un documento denominado “ACUERDO DE TRABAJO” de la misma data suscrito únicamente por la demandante, en el que indica laboró para la pasiva del 2005 al 2017 como empleada del servicio doméstico, con un contrato de prestación de servicios, recibiendo una remuneración integral diaria de \$45.000; (iii) comunicación de Porvenir S.A del 15 de octubre del 2015 en el que se indica que se le realizó a la demandante la devolución de sus saldos; así como el reporte de semanas cotizadas a la APF y otro de Colpensiones.

Se destaca en lo que respecta al reporte de semanas cotizadas a la AFP, que durante los años 2005 a 2017, la demandante presenta aportes como trabajadora de Activos S.A en diciembre del 2005 y febrero del 2006, JM Martínez S.A en abril del 2006, Nacional de Aseso S.A de agosto del 2006 a abril del 2007, Prayman y Cia. Ltda. de agosto a septiembre del 2008, Recursos Serviayudas S.A de mayo a septiembre del 2009, Mundo Aseo S.A.S. de enero del 2010 a enero del 2011 y en junio del 2015 como independiente.

Así mismo, en el reporte de Colpensiones, se reflejan adicionalmente cotizaciones por parte del señor Jorge Gilberto Barreto, en el periodo comprendido del 1° de noviembre al 31 de diciembre del 2007.

De otra parte, fueron evacuados los correspondientes interrogatorios de parte, en el curso de los cuales la demandada admite que la demandante laboró para ella mediante un contrato de prestación de servicios verbal; así mismo, admitió

que cuanto llegó se le asignaron los horarios y días a laborar, pero luego dejó de cumplir el horario y se presentaba cuando le era factible, e incluso en algunos días no se presentaba a laborar o trabajó en otros lugares.

A su turno la demandante en el interrogatorio de parte admite que asistía a trabajar cuando se realizaban reuniones e igualmente le ayudaba a la señora CARMEN REYES cuando salía de laborar; de igual manera que no prestó servicios desde octubre del 2017. Explica que inició a laborar con la demandada en tanto se le pidió que arreglara el apartamento luego que la pasiva llevara un mes fuera del país; posteriormente la hija de la demandante le solicitó que siguiera prestando el servicio con una remuneración de \$35.000, la cual se incrementó a \$40.000 y finalmente a \$45.000 diarios.

Sin embargo, cuando se le indaga por las cotizaciones efectuadas por terceros refiere desconocer dicha situación, ni el motivo por el cual se efectuaron.

De otra parte, fueron evacuados los testimonios de JAVIER CARO TORRES, quien afirma ser yerno de la demandada y vivir en el hogar donde laboró la demandante desde el año 2016, razón por la cual le consta que la demandante trabajó sin cumplir horario de trabajo, haciendo las actividades de aseo conforme su propia organización, destaca que en ocasiones no se presentaba a trabajar. Refiere que se solucionaba la suma de \$45.000 diarios y que la relación terminó por decisión de la parte actora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ALICIA PIZA, amiga de la demandante, explica que la conoce hace 25 años, pues trabajaron en la misma empresa y por ello le consta que cuando terminó el contrato con la sociedad, la demandante inició a trabajar para la pasiva como empleada de servicio doméstico; señala que hizo algunos reemplazos a la accionante sin recordar las fechas; además tiene conocimiento que le cancelaban \$45.000 diarios. Así mismo, refiere que la demandante laboró en para otras personas.

Finalmente, se escuchó la declaración de ANA MARÍA VARGAS REYES, cuñada de la demandada, quien refiere constarle que la demandante laboró para la accionada, no obstante, en vacaciones trabajaba para la testigo y un día a la semana para la madre de la deponente, lo cual perduró durante vari9s años, sin precisar las fechas.

De cara lo indicado, no existe duda alguna en cuanto a que se encuentra suficientemente acreditada la prestación personal del servicio desarrollado por la demandante como empleada del servicio doméstico para la demandada, por lo que según la regla prevista en el artículo 24 del C.S.T es patente que se presume la existencia del vínculo laboral. Destacando que tal presunción no logró ser derruida por la parte demandada, ni siquiera con ocasión a los testigos que aducen que la demandante no cumplía horario, pues lo cierto es que conforme la naturaleza del cargo, es una labor que según las reglas de la sana critica y la experiencia, en modo alguno puede desarrollarse de forma autónoma e independiente, como se predica en un contrato de prestación de servicios, sino que requiere la existencia de una clara subordinación para la ejecución de las

labores de aseo y cuidado del hogar, de suerte que para la Sala no merece mayor discusión la naturaleza laboral del vínculo que existió entre las partes.

No obstante, en lo que respecta a los extremos de la relación laboral tenemos que si bien la promotora del juicio sostiene que esta se extendió del 1º de junio del 2005 al 12 de octubre del 2017, tal afirmación no cuenta con un soporte probatorio sólido. Así pues, tenemos que tan solo en el documento denominado “ACUERDO DE TRABAJO” se encuentran consignados dichos extremos, no obstante, tal misiva tan solo se encuentra suscrita por la promotora del juicio y por ende no logra formar el convencimiento de la Sala.

De otra parte, aun si en gracia de discusión diéramos por sentado que los servicios se prestaron dentro de dicho interregno de tiempo, lo cierto es que de los medios probatorios arrojados al juicio se puede extraer que la demandante no laboró de forma continua e ininterrumpida, en la medida en que no solo el reporte de semanas permite evidenciar que trabajó por varios periodos para diferentes empresas, sino que incluso de los testimonios practicados se desprende que por varios interregnos de tiempo la promotora cesó sus labores con la demandada y luego se reintegraba. Incluso, que realmente no podía laborar para ella todos los días de la semanas pues también prestó sus servicios para la madre de la testigo ANA MARÍA VARGAS y para la propia testigo en algunas oportunidades.

Debe destacar la Sala que si bien la libelista niega fehacientemente en su declaración que haya tenido relación laboral con ninguna de las empresas por las cuales se realizó los aportes, tal afirmación no ofrece mayor credibilidad para la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sala, pues resulta de recibo estimar que la totalidad de las personas jurídicas y naturales que se reportaron como empleadoras, lo hayan verificado de manera errónea. Así, aunque no desconoce la Sala que nuestro Estatuto Laboral, prevé la figura de la coexistencia de contratos (Art 26 del C.S.T), lo cierto es que la libelista no desplegó ninguna actividad probatoria en aras de demostrar que esto fue lo que ocurrió en su caso puntual. De hecho, ni si quiera lo esbozó como un argumento en su propia declaración, se itera limitándose a negar los vínculos laborales de los cuales daban cuanta los resúmenes de semanas cotizadas allegados al proceso.

Corolario de lo expuesto en líneas precedentes, dimana lógico colegir que la libelista no cumplió con la carga probatoria que le incumbe a la luz de lo reglado en el artículo 167 del C.G.P, por cuanto no acreditó los extremos temporales aducidos en el libelo introductorio.

Ahora, debe destacar la Sala que si bien en otras oportunidades se ha fulminado condena aún cuando no se acreditan los extremos alegados en la demanda, ello se predica con exclusividad de aquellos casos en que en virtud de la figura jurídica *minus petita* por lo menos se puede tener por sentada la existencia de la relación laboral por un periodo de tiempo así sea inferior al alegado. Criterio que no se puede aplicar en autos, habida consideración que los medios probatorios son insuficientes, incluso para determinar la prestación personal del servicio por un periodo inferior. Resulta de lo expuesto, la imperiosa confirmación de la providencia objeto de análisis en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN

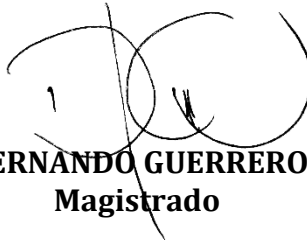
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

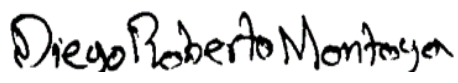
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo del 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

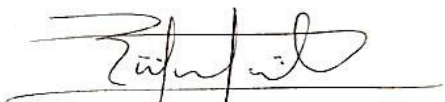
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 34 2019 00658 01
Demandante: ADRIANA ANGEL SANIN.
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la profesional del derecho NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 53. 074.475 y T.P. 287.274 del C. S. J., para actuar en representación de COLPENSIONES, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., así como estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en la sentencia proferida el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

11 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA ANGEL SANIN, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a efectos de que se declare la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP, el día 01 de junio del 2002, toda vez que en la etapa precontractual el fondo privado omitió el deber de información.

En consecuencia, solicita se retrotraiga las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerla como afiliada sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que nació el día 28 de marzo de 1960, cumpliendo 57 años de edad en el año 2017. Aduce que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad por medio de la AFP PROTECCIÓN S.A., el día 1º de junio del 2002.

Señala que el asesor comercial del fondo privado solo la ilustró sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen, empero no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en cada uno de ellos, además omitió realizar un estudio de su situación particular.

Informa que la AFP efectuó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado, con una fidelidad del 100%, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional para cuando cumpla 60 años de edad, arrojando una suma de \$1.698.904. Igualmente, lo efectuó bajo la modalidad de retiro programado obteniendo un valor de \$1.626.156. Por su lado, verificada la simulación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se obtiene una mesada equivalente a \$10.632.408, siendo esta última ostensiblemente superior.

Posteriormente el 2 de julio del 2019, solicitó a COLPENSIONES la declaratoria de nulidad del traslado, no obstante, se recibió respuesta negativa por parte de la entidad mediante comunicado BZ2019_8785270-1875166, de la misma data.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. en su escrito de contestación se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado efectuado es un acto existente, válido,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por ende, produce todos los efectos jurídicos derivados del mismo.

Alega que el formulario de afiliación fue suscrito por la accionante suficientemente ilustrada, de forma libre y espontánea, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, además no puede pretenderse la nulidad del acto jurídico soportando la pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada

Formuló como medios exceptivos los que denominó 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; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica.

Por su parte, COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones, alegando que dentro del expediente no obra prueba alguna de la configuración de un vicio del consentimiento en el negocio jurídico celebrado, tampoco se evidencia que la demandante hubiere realizado nota de protesta, por el contrario, la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria. Adiciona que la actora no cumple con los presupuestos definidos en la sentencia SU-062 de 2010



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ni con los requisitos estipulados en el artículo 2º de la Ley 797 del 2003, para proceder al traslado anhelado.

Propuso como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de febrero del 2021 declaró la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., el 3 de julio de 2002 y en consecuencia, condenó a la AFP a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y condenó a COLPENSIONES a recibir dichas sumas; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al fondo privado.

Como sustento de su decisión indicó que las entidades encargadas de la administración y dirección de los fondos de pensiones deben garantizar que al momento del traslado existió una decisión informada y que esta fue la que determinó que el afiliado de manera autónoma, libre, consiente y voluntaria, tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

y como lo dispone el literal b), del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, escogiera el régimen al cual quería permanecer, además, que la información debe ser objetivamente verificable, en el entendido en que aquel debe reconocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que le reportaría.

Adujo además que la información que debe suministrarse por parte de las administradoras de pensiones debe constar no solo como antesala de la afiliación sino también durante el proceso del traslado, igualmente que debe constar que se informó acerca de los beneficios o inconvenientes que pueden recaer sobre los afiliados al momento de hacer la escogencia del fondo que deberá reconocer su prestación, esto, tal y como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como la SL17595 del 2017 y SL4964 del 2018.

Afirma que son los fondos de pensiones quienes deberán proveer a los jueces de todos los medios de prueba suficientes, que permitan concluir que al momento del traslado el afiliado contaba con los elementos de juicio para efectuar su afiliación o cambio de manera libre y voluntaria, así lo ha dispuesto la Alta Corporación en sentencia SL12136 del 2014 y SL1688 del 2019.

Argumenta el *a-quo* que dentro del proceso se acreditó el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el día 3 de julio del 2002, sin embargo, no solo es menester demostrar la existencia del mismo sino que impone verificar que se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada. Dado que solo se aportó el formulario de afiliación de la actora, que carece de absoluta ilustración acerca de las condiciones precisas por medio de las cuáles la demandante entraría a hacer



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se observa una falta directa al deber de información que la AFP está llamada a atender, además incumpliendo con la obligación que le impone los incisos 5º y 6º del artículo 15 del Decreto 656 de 1994, situación que se corrobora con los dichos de la accionante en su interrogatorio de parte.

Así concluye que la AFP PROTECCIÓN S.A., omitió suministrar información suficiente para que ADRIANA ANGEL SANIN tomara una decisión de traslado de régimen de manera consiente respecto a las consecuencias jurídicas que ello implicaría, aunado a que nunca se le realizó una proyección respecto a su expectativa pensional, circunstancia que conlleva a manifestar que no se demostró que su actuar hubiere sido diligente como se le exige, resultando engañoso y desprovisto de buena fe en adelantar una tarea de tal responsabilidad.

Por otro lado, estudió la existencia de vicios del consentimiento en el acto jurídico que lleve a declararlo nulo por error en el objeto contractual de conformidad al artículo 1511 del Código Civil, estimando que sí existió el mismo, puesto que la parte pasiva enseña de forma distorsionada las calidades del producto que ofrece y resulta alterado el derecho al que se aspira, en el entendido que la demandante creyó estar en un status diferente conforme a la información precaria brindada y ahora se da cuenta que su condición es distinta y de menor beneficio.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES, mediante recurso de alzada alegó que en lo que respecta a la falta de información al momento de efectuar el traslado expresado por la actora, dicho requisito fue creado por la Ley 1478 de 2014, que modificó el artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, por tanto en el año 2002, data del traslado, no era exigible a los fondos brindar información detallada al momento del traslado, para aquella época solo se requería el consentimiento de la persona y que suscribiera el formato de afiliación.

Además, que a la demandante no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez, sino que su inconformidad versa sobre el monto de su mesada, así, debe ser considerado el impacto que la decisión puede generar en la estabilidad financiera de la administradora, ya que al concederle el traslado se descapitalizaría el fondo común del régimen solidario del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tal y como lo expuso la Corte Constitucional en sentencia C-062 del 2010.

PROTECCIÓN S.A. propuso recurso de apelación de forma parcial sobre el numeral segundo de la sentencia proferida, referente a las sumas adicionales de la aseguradora y la devolución por concepto de administración, aduciendo que estos descuentos están ligados a la norma, tanto en la Ley 100 de 1993 como en la Ley 797 del 2003, que faculta su descuento.

Afirma que así lo ha manifestado la Superintendencia Financiera en Concepto del 17 de enero del 2020 al indicar que sí se declara judicialmente una nulidad o una ineficacia de la afiliación, se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes realizados y la gestión de administración desarrollada que genera los rendimientos que se trasladan con ese destino, considerando que tampoco se debe devolver la prima de seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado a una compañía aseguradora para que mantenga una cobertura vigente de póliza, en el caso concreto así sucedió desde el año 2002, por ende ya no se cuenta con ese recurso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., de julio de 2002 (Fl. 12) el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual, si bien implica un traslado de régimen, y aun cuando se refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, se recepcionó el interrogatorio de parte de la accionante, en donde expuso que se afilió al Sistema General de Pensiones a partir del año 1989 o 1990 en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que el 1º de julio de 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., por cuanto en esa data asistió a la suscripción del contrato con la empresa empleadora y el Gerente Financiero de la compañía la citó a una charla grupal con el asesor de la AFP, quien le manifestó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se liquidaría, al finalizar la reunión leyó, diligenció y suscribió el formulario de afiliación.

Informa que la asesoría tardó entre 15 a 20 minutos, pero no realizó ninguna pregunta; que no le informaron sobre las ventajas y desventajas de los regímenes, bonos pensionales, beneficiarios o derecho de retracto, tampoco se revisó su historia pensional ni le entregaron el reglamento del fondo privado, solamente se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

le presentó el formulario de afiliación; que no le explicaran el modelo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, simplemente le dijeron que su mesada sería igual o superior a la que recibiría en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, además que se pensionaría en un tiempo más corto.

Posteriormente, recibió los extractos trimestrales por parte de la AFP, sin que haya solicitado aclaración de los mismos; que solamente se acercó a las oficinas de PROTECCIÓN S.A hasta el 2019 cuando solicitó su historia laboral, cuando le informaron que su mesada pensional sería cercana a \$1.600.000; que no se le brindó una reasesoría y que efectuó aportes voluntarios para obtener beneficios tributarios.

Nótese entonces que la demandante en su interrogatorio de parte no confesó que se hubiere cumplido en su integridad con el deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., ni la restante documental da fe de ello, por tanto, la accionada no cumplió con su carga probatoria.

Además, en cuanto al comunicado de prensa (Fl. 209), es de anotar que no suple el deber de información que se le endilga a la AFP, máxime cuando el mismo solo refiere la posibilidad de traslado, más no al tema que nos ocupa que es el deber de información suficiente, veraz y oportuno brindado a la accionante al momento de realizar el cambio entre regímenes.

La anterior implica declarar la ineficacia de la afiliación, tal como de forma acertada lo realizó la juez de instancia, decisión que apareja la devolución de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, de esta forma se desestima el recurso de alza interpuesto por la AFP.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales cubren las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntual aspecto.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuada por la demandante ADRIANA ANGEL SANIN ante PROTECCIÓN S.A. el 3 de julio del 2002, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

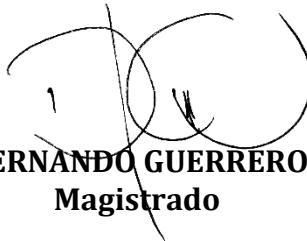


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

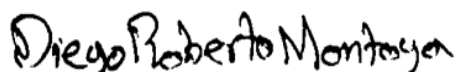
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

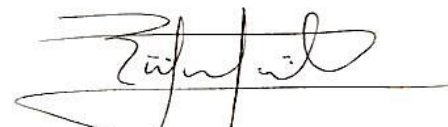
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 35 2019 00635 01
Demandante: JOSÉ ÁLVARO HERNÁNDEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la profesional del derecho *BELCY BAUTISTA FONSECA*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y T.P. 205.097 del C. S. J., para actuar en representación de *COLPENSIONES*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 24 de noviembre del 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ÁLVARO HERNÁNDEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que la causante AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES, dejó causado el derecho de pensión de sobrevivientes, con las cotizaciones efectuadas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, administrado anteriormente por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; se declare que el demandante es beneficiario de la pensión de sobrevivientes desde el día 15 de septiembre del 2000, fecha del deceso de su cónyuge.

En consecuencia, se condene a la pasiva al pago de la pensión de sobrevivientes a favor del accionante; el pago de las mesadas causadas y que se causen durante el proceso y hasta que se incluya en nómina; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o la indexación de las mesadas pensionales; la inclusión en nómina del demandante en un mes contado a partir de la ejecutoria de la sentencia favorable y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que la señora AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES, falleció el día 15 de septiembre del 2000; que se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES y había cotizado más de 300 semanas al 1° de abril de 1994.

Precisa que la causante convivió con el demandante, en calidad de cónyuge, desde el día 15 de noviembre de 1975 hasta el momento de su deceso, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, petición que fue despachada desfavorablemente mediante la Resolución No. 000846 de 2002, bajo el argumento que la causante no reunía los requisitos exigidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y por ello, le fue concedida la indemnización sustitutiva.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, alegando que la causante no cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Aunado a ello, indica que, para la fecha de su fallecimiento, no se encontraba precedente jurisprudencial decantado sobre la condición más beneficiosa, por lo cual se le reconoció al demandante la indemnización sustitutiva, misma que es incompatible con la prestación solicitada. Por lo anterior, tampoco proceden los intereses moratorios ni la indexación pretendida.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe de COLPENSIONES; no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar; presunción de legalidad de los actos administrativos; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público; compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor del señor JOSÉ ÁLVARO HERNÁNDEZ en calidad de cónyuge supérstite de la señora AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES, en forma mensual y vitalicia, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, sujeta a los reajustes de ley, a partir del 15 de septiembre del año 2000.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó cancelar la suma de \$45.743.289,18 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 10 de septiembre de 2016 al 30 de noviembre de 2020, que incluye las mesadas adicionales y

reajustes anuales, así como la deducción realizada por concepto de indemnización sustitutiva.

Condenó a la demandada al pago de la indexación de las mesadas pensionales y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de compensación, parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás propuestas; condenó en costas y agencias en derecho a COLPENSIONES y ordenó el grado jurisdiccional de consulta a favor de la accionada.

Como sustento de su decisión, indicó que la señora AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES falleció el 15 de septiembre de 2000, siendo el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 la normativa aplicable para el estudio de la prestación alegada, por ser la vigente a la fecha del deceso. Expuso que, amparado en la anterior disposición, le fue negada la solicitud al indicar que la asegurada no cumplía el requisito de cotización mínimo exigido previo a su fallecimiento, ya que no cotizó 26 semanas en el año inmediatamente anterior, obligación que se le imponía al no estar cotizando al momento de su muerte.

Por otro lado, informa que se acreditó que la señora YOLANDA BURGOS TORRES con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, superó el mínimo de las 300 semanas de cotización en cualquier tiempo exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 para adquirir el derecho a la pensión de sobrevivientes, por ende, en aplicación de la condición más beneficiosa se empleó los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año para solucionar la controversia.

Expresa que se probó la calidad de beneficiario del accionante, pues este contrajo nupcias con la causante el 15 de noviembre de 1975. En cuanto a la convivencia, indicó que la parte demandada no debatió este hecho, adicionalmente en la Resolución 000846 del 2002, se admitió la calidad de beneficiario del demandante y el único argumento que empleó para la negativa de la prestación económica, era la ausencia de la densidad de semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento de la afiliada.

Ahora, en cuanto al ingreso base de liquidación, aduce que conforme lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el reporte de semanas cotizadas aportado al expediente y aplicando una tasa de reemplazo del 45%, en virtud de las 347,71 semanas cotizadas, al actor le correspondería una mesada pensional en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Explicó que la prescripción opera exclusivamente para aquellas mesadas que no se hubiesen solicitado en los tres (3) años anteriores al momento en que se reclama el derecho, como la obligación de reclamar se hizo exigible el 15 de septiembre de 2000, el demandante interrumpió la prescripción al presentar reclamación de la prestación pensional el 6 de agosto de 2001, petición resuelta el 30 de junio de 2002, por lo tanto la parte interesada contaba a partir de esta fecha nuevamente con tres (03) años para interponer su demanda, hecho que tan solo ocurre el 10 de septiembre de 2019, así declaró probado el medio exceptivo frente a las mesadas pensionales causadas antes del 10 de septiembre de 2016, es decir las causadas tres años antes a la presentación de la demanda.

De igual manera, advierte que como al demandante se le reconoció una indemnización sustitutiva en el año 2002, ese valor deberá ser descontado del retroactivo, declarándose probada la excepción de compensación planteada por COLPENSIONES.

Respecto de los intereses moratorios señaló que en tanto la negativa al reconocimiento de la pensión reclamada obedeció a la falta de cumplimiento de los requisitos legales contemplados en la norma vigente al momento del deceso de la causante, se configura una de las causales para abstenerse de dar aplicación al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto a pesar que se negó la prestación y es reconocida en la sentencia, se hace ese reconocimiento a partir de los criterios jurisprudenciales que ha trazado el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Finalmente frente a la indexación, adujo que la Corte Suprema de Justicia ha expresado que con fundamento en los principios generales del derecho es

viable la actualización de las sumas de dinero como solución tendiente a dictar el envilecimiento del valor de los créditos laborales que no se han pagado en oportunidad, por tanto se condenó teniendo en cuenta el certificado respecto de la evaluación del índice de precios al consumidor, cuya actualización se efectuará hasta el año, mes y día en que la accionada realice el correspondiente pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el demandante presenta recurso de apelación en lo referente a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1991, expresa que de conformidad a los postulados de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL-508 del 2020 y SL-4601 del 2019, para establecer la viabilidad de los intereses moratorios no se debe analizar el actuar de la administradora de pensiones para determinar si se enmarcó dentro de los postulados de buena fe al negar una pensión.

De igual manera, que en la sentencia SL-1681 de 2020 la Alta Corporación indicó que es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la Ley 100 alude a la mora en el pago de las mesadas, únicamente se entiende como tal la pensión de vejez ordinaria, de sobrevivientes o de invalidez, por el contrario, es aplicable a todo tipo de pensiones, sin importar su origen legal.

Por otro lado, recurre el fallo en lo tocante a la autorización a COLPENSIONES de descontar el pago de la indemnización sustitutiva cancelada de forma indexada, aduciendo que dicha orden afecta doblemente su patrimonio, máxime que se aplicó prescripción de mesadas pensionales.

De igual manera, señala que la aplicación de la figura de indexación debe ser morigerada cuando se trata de sumas de dinero que se recibieron de buena fe, en tanto implicaría dejar a quien recibe estas sumas de dinero a asumir la pérdida del poder adquisitivo de un valor que recibió por error de la administración, configurándose un perjuicio injusto y desproporcionado.

Finalmente, en caso de autorizarse el descuento del valor pagado, se ordene, pero sin la indexación.

A su turno, COLPENSIONES presenta recurso de apelación manifiesta que en trámite administrativo se le reconoció al demandante indemnización sustitutiva de pensión de conformidad a lo previsto en la Ley 100 de 1993; que tal prestación es excluyente con la pensión de sobrevivientes, por tanto, de acuerdo al artículo 6º del Decreto 1730 del 2001, las cotizaciones consideradas en el cálculo de indemnización no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto, por cuanto se evidencia la incompatibilidad en el reconocimiento de las dos prestaciones.

Además, argumenta que la causante no cumplió con la densidad de semanas requeridas por la Ley 100 de 1993 vigente al momento de su fallecimiento, por tanto, no se acreditó los requisitos a efecto del reconocimiento de la prestación pensional deprecada.

Finalmente, aduce que, en caso de mantenerse la decisión de primera instancia, se confirme probada la excepción de prescripción, compensación y por tanto la deducción de aportes a salud.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse como problema jurídico si el demandante tiene o no derecho a la pensión de sobrevivientes

anhelada y en caso afirmativo, si resulta procedente ordenar la autorización del descuento del valor de la indemnización sustitutiva debidamente indexada, el pago de intereses moratorios y autorizar a COLPENSIONES a realizar el descuento de aportes por seguridad social en salud.

c. Pensión de sobrevivientes:

En aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que acorde el criterio jurisprudencial, la pensión de sobrevivientes debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento de la causante. En tal media, como quiera que la señora AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES falleció el 15 de septiembre del 2000 (Fl 12), no cabe duda que la norma llamada a gobernar el presente juicio no es otra distinta a los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Conforme al precepto en cita, en su numeral 2º, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este se encuentre cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos 26 semanas al momento de su muerte; o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al fallecimiento.

Según la historial laboral que reposa en el expediente, la causante cotizó en total 347,71 semanas al extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES del 17 de febrero de 1970 al 31 de diciembre de 1991. Como la última cotización de la causante se dio en diciembre de 1991 y falleció el 15 de septiembre del 2000, es palmario que no era cotizante activa, sin que lograra acreditar las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, de lo que se colige que no se cumplió con lo dispuesto en la norma antes citada.

Descartada la posibilidad de obtener la pensión de sobrevivientes con base en la Ley 100 de 1993 en su versión original, tal como lo hizo el *a-quo*, la Sala estudiará el principio de la condición más beneficiosa contemplado en los

artículos 53 de la Constitución Política y 21 del C.S.T, en aras de corroborar si le asiste el derecho a la parte actora.

Con fundamento en el principio señalado, el operador jurídico está facultado para inaplicar la norma nueva al caso concreto y en su lugar acoger la norma más favorable contenida en la regulación inmediatamente anterior a la que se deja de aplicar, en la medida que el legislador no previó un régimen de transición que protegiera las expectativas legítimas o los derechos adquiridos; es por ello que en este caso se debe remitir a lo previsto en los artículos 6º y 25 del Decreto 758 de 1990, a fin de verificar si en dicho régimen la asegurada había cumplido con los presupuestos previstos, lo que tiene lugar *“Cuando la muerte del asegurado sea de origen no profesional, habrá derecho a pensión de sobrevivientes en los siguientes casos: a) Cuando a la fecha del fallecimiento, el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para adquirir el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común”*.

El primer precepto indica en su literal b) como requisitos *“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”*. Ahora, si bien la causante no cotizó las 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al descenso, se tiene que en toda su vida laboral alcanzó 347,71 semanas, acreditando así el requisito exigido por la mentada norma.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene establecido en lo relativo a las 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, que deben estar satisfechas para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993, es decir, antes del 1º de abril de 1994, tal como lo precisó, entre otras, en las sentencias SL 11564 de 2017 y SL-13447 de 2016.

En el presente caso, la actora antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 347,71 semanas (Fl 16) satisfaciendo con ello el presupuesto jurisprudencial antes expuesto, por lo que no existe duda alguna en torno a que dejó causado el derecho pensional.

En lo que respecta a la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, basta indicar que bajo los preceptos del artículo 47 de la ley 100 de 1993, en su versión original el cónyuge o compañero permanente supérstite. Destacando que conforme los últimos parámetros jurisprudenciales, acorde la exegesis de la norma, el requisito de convivencia únicamente se exige, cuando se trata del fallecimiento de un pensionado y no del afiliado, como se expresa en la sentencia SL- 1730 del 2020, señaló que el mentado requisito de convivencia resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

Siendo del caso destacar que, si bien la referida sentencia alude a la interpretación del artículo 47 de la ley 100 de 1993, luego de ser modificado por el artículo 13 de la ley 797 del 2003, nada impide que tal criterio se aplique a la norma en su versión original, como quiera que frente a este particular la norma únicamente fue modificada en cuanto al término de convivencia, el cual se incrementó de 2 a 5 años.

Con todo, en el presente caso se aportó al plenario el Registro Civil de Matrimonio que acredita que el accionante contrajo nupcias con la causante el día 15 de noviembre de 1975 (Fl. 11). Aunado a ello, se tiene que la pasiva al momento de conceder la indemnización sustitutiva al demandante mediante la Resolución No 000846 del 2002 (Fl.13), le reconoció la calidad de beneficiario, aduciendo en el mentado acto administrativo que el promotor acreditó la calidad de cónyuge conforme lo reglado en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, de manera que no existe discusión frente al lleno de este requisito.

Así las cosas, resulta evidente que al señor JOSÉ ÁLVARO HERNÁNDEZ le asiste el derecho al reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite, que dejare causada la señora AMPARO YOLANDA BURGOS TORRES.

Luego le asiste la razón al fallador de primera instancia al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión anhelada desde el 15 de septiembre del 2000 y las mesadas pensionales adeudadas debidamente indexadas a la fecha de su pago.

a. De la devolución de la indemnización sustitutiva

Respecto al tema, la jurisprudencia de nuestro Máximo Órgano de Cierre, en forma pacífica y reiterada, ha precisado que existiendo el derecho pensional, el hecho que el asegurado le sea ofrecida la devolución de saldos (o de la indemnización sustitutiva) y la acepte, so pretexto de la inexistencia del derecho pensional, no impide su reconocimiento y orden de pago por vía judicial, pues ambos constituyen una prestación previsional, y en el evento de existir el derecho pensional, aquel pago de devolución solo constituye un pago provisional de dicha pensión, al respecto valga traer a colación las sentencias CSJ SL3186 de 2015, SL 6558 de 2017, CSJ SL1416-2019.

Dicha Alta Corporación, también ha sostenido que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no impide el disfrute de la pensión de sobrevivientes, dado que lo que procede es la devolución de lo pagado por tal concepto (SL6080-2016), por tanto, se tiene que en efecto resulta dable ordenar el descuento de la indemnización sustitutiva concedida al actor mediante Resolución No 000846 de 2002, respecto del retroactivo adeudado al libelista.

Frente a la discrepancia planteada por la parte actora, consistente en que el descuento del pago de la indemnización sustitutiva se realice debidamente indexada, basta indicar que esta decisión se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales que de tiempo atrás propenden a que el transcurso del tiempo no merme la pérdida del valor adquisitiva de dinero, para lo cual se ha dado cabida a la figura de la indexación. Sin que exista impedimento legal alguno para que los dineros cancelados al demandante a título de indemnización sustitutiva se descuenten con la respectiva indexación, a

contrario sensu tal decisión resulta acorde a los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en especial el principio de sostenibilidad financiera.

A más que si el demandante obtendrá el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas, resulta ilógico que pretenda que a la indemnización sustitutiva no se le aplique la misma figura, siendo que es claro que ambos emolumentos sufren las inclemencias de la devaluación de la moneda, como consecuencia del transcurso del tiempo.

Posición, que se ajusta a la orden emitida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en casos similares al presente, como la sentencia SL-4749 del 2018, en la que se puede apreciar que la orden del descuento de la indemnización se realiza bajo este mismo juicio, así se indica en la precitada sentencia:

“Se autorizará a la convocada a proceso a descontar del retroactivo, lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que asciende a \$5'262.797,00, suma que deberá ser indexada.”
(subrayado fuera de texto)

Implica lo aludido que los planteamientos formulados en la alzada por el libelista carecen de cualquier vocación de prosperidad, por lo que se mantendrá incólume la orden de descuento de la indemnización sustitutiva formulada por el *a-quo*, en los términos que se indicó en el fallo de primera instancia, declarándose probada así la excepción de compensación propuesta por la encartada.

b. De los intereses moratorios.

Debe recordarse que, en el presente caso se determinó que la pensión de sobrevivientes se causó aplicando el principio de la condición más beneficiosa. Con fundamento en ello, cabe traer a colación lo establecido en la sentencia SL 20003 de 2017, la cual se citará *inextenso* por la pertinencia para el caso en concreto:

*“En lo atinente a los intereses moratorios, frente a los cuales ambas partes manifestaron inconformidad respecto del fallo de primera instancia, la parte demandada a fin que se le absolviera de los mismos y la actora para que se impusieran totalmente, advierte la Sala que los mismos resultan improcedentes, en la medida que **la actuación de la administradora estuvo fundamentada en la norma vigente para el momento del deceso del causante, y la pensión que se reconoce judicialmente se hace con fundamento en el criterio jurisprudencial que ha considerado aplicable el principio de la condición más beneficiosa.***

*“Al referirse a dicho tema la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que los aludidos intereses deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas. Sin embargo, también ha considerado que **existen casos en que los mismos resultan improcedentes, tal y como cuando las administradoras resuelven no reconocer las prestaciones periódicas a su cargo con fundamento en norma aplicable al caso, y sin poder considerar los alcances o efectos que en un momento dado pueda darle la jurisprudencia.***

“En efecto, en sentencia CSJ SL3087-2014, citada en los fallos CSJ SL16390-2015, CSJ SL12018-2016 y CSJ SL8614-2017 para negar los intereses moratorios cuando la prestación se reconoció bajo la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, la Sala expresó:

“Por el contrario, cuestionó la entidad demandada en la apelación lo atinente a la condena a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Al efecto, cabe aquí el criterio sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL, 6 nov. 2013, rad. 43602, donde dijo textualmente: “En relación con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la doctrina tradicional de la Corte desde la sentencia de 23 de septiembre de 2002, rad. N° 18512, ha sido que deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de mesadas pensionales independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en cuanto se trataba simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que producía al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. Es decir, tenían carácter resarcitorio y no sancionatorio.

“En sentencia de 13 de junio de 2012, rad. N° 42783, la Corte trajo a colación la de 29 de mayo de 2003, rad. N° 18789, donde se asentó esa postura en los siguientes términos:

‘Ciertamente es que el concepto de buena o mala fe o las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional no pueden ser considerados para establecer la procedencia de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, tal y como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia de esta Sala. En efecto, así dijo la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 2002 (Radicación 18512)’.

“ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

“Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. (Subrayado fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, en el presente asunto resultaba improcedente la condena por intereses moratorios, puesto que la pensión se concedió con fundamento en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, además, porque la entidad actuó con el convencimiento que Zapata Correa no había acreditado los requisitos que exigía la norma vigente al momento del deceso, es decir, la Ley 100 de 1993; luego, en principio, su accionar estuvo amparado bajo tal disposición.” (Resalta la Sala).

Posición que ha sido reiterada, entre otras en la sentencia SL4064-2019. Así las cosas, se tiene que en el presente caso, la actuación de la administradora estuvo fundamentada en la norma vigente para el momento del deceso del causante, 15 septiembre del 2000, cuando aún no se habían realizado las

interpretaciones jurídicas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de la norma que regulaba la materia, y solo ahora se tiene que la pensión que se reconoce judicialmente se hace con fundamento en el criterio jurisprudencial que ha considerado aplicable el principio de la condición más beneficiosa, motivo por el que resulta justificable el actuar de la entidad accionada, y no procedentes los intereses moratorios reclamados.

En estos términos, la decisión del fallador de primera instancia resulta acertada y debe ser confirmada y, en consecuencia, no procede la alzada.

c. Prescripción

Conforme lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y la S.S, sabido es que en materia laboral y de seguridad social las acciones se encuentran sujetas a un término de trienal de prescripción, susceptible de interrumpirse por una única vez mediante la correspondiente reclamación.

En tal sentir, habida consideración que el derecho pensional alegado, quedó causado el 15 de septiembre del 2000 y el demandante solicitó el reconocimiento del derecho pensional el 6 de agosto de 2001, obteniendo una respuesta desfavorable mediante la Resolución No 000846 de 2002 (Fl 13), la cual no se evidencia que haya sido recurrida, es patente que radicada la demanda hasta el 10 de septiembre del 2019 (Fl. 22), alcanzó a operar el fenómeno jurídico de la prescripción, frente a todas y cada una de las mesadas pensionales causadas con antelación al 10 de septiembre del 2016, como se determinó en primera instancia.

d. Descuentos al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En cuanto a los descuentos por aportes a Seguridad Social en Salud, es preciso indicar que el inciso segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, faculta a los fondos administradores de pensiones para realizarlos y estos están a cargo del pensionado.

De igual manera, sobre los mismos se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral en distintas oportunidades, así en sentencia SL1169-2019 expuso que:

“En torno al tópico abordado en el cargo, esta Sala de la Corte viene sosteniendo de manera consistente y pacífica que, por ministerio de la ley, las entidades pagadoras de pensiones se encuentran en la obligación de descontar la cotización correspondiente al sistema de seguridad social en salud y transferirla a la E.P.S. o entidad a la cual esté afiliado el pensionado, de conformidad con lo estatuido en los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994. (Ver CSJ SL1422-2018 y CSJ SL1065-2018, entre muchas otras).

“Ahora bien, teniendo presente que la cotización destinada a financiar el sistema de seguridad social en salud está a cargo de los pensionados, en su totalidad, desde el momento en el que adquieren esa calidad, y que efectuar las correspondientes deducciones sobre la mesada, para tales efectos, representa una de las obligaciones corrientes de cada fondo de pensiones, que opera por ministerio de la ley, la Corte estima forzoso precisar que no es necesaria alguna declaración judicial tendiente a reconocer ese deber o a imponerlo, como se venía concibiendo en anteriores oportunidades.

Por tanto, COLPENSIONES por ministerio de la ley debe realizar el respectivo descuento, inclusive sobre el retroactivo pensional y mesadas futuras, pese a que no es necesario un pronunciamiento expreso por parte de esta Sala, se adicionará la sentencia de primera instancia en tal sentido.

SIN COSTAS en esta instancia por considerarse que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de noviembre del 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de

facultar a COLPENSIONES que del retroactivo reconocido al señor JOSÉ ÁLVARO HERNÁNDEZ en su calidad de cónyuge supérstite, se efectuó el correspondiente descuento en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, descuento que además deberá aplicarse a las mesadas pensionales que se causen a futuro, así como de la indemnización sustitutiva, de manera indexada.

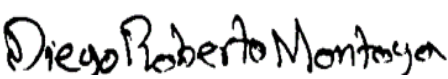
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

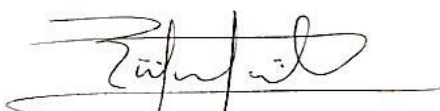
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 30 2019 00181 01
Demandante: MARCELINO VESGA MONTOYA
Demandado: DRUMMOND LTD.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARCELINO VESGA MONTOYA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de DRUMMOND LTD., con la finalidad que se declare ineficaz el despido ocasionado por la encartada y, por ende, se le reintegre al cargo que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía.

Por consiguiente, se condene a la demanda a pagar los salarios desde el 23 de marzo de 2016 hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, junto con el pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima extralegal de servicios en los términos establecidos en el artículo 46 de la Convención Colectiva de Trabajo, indexación y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, adujo que laboró ininterrumpidamente al servicio de la demandada por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2004 y el 23 de marzo de 2016, desempeñando como último cargo el de Soldador.

Que la demandada le comunicó el 7 de marzo de 2016 que su contrato de trabajo sería culminado a partir del 23 de marzo de 2016, de conformidad con la causal consagrada en el numeral 14 del literal a) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965. Seguidamente, mencionó que al momento de su despido se encontraba afiliado al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA MINERA, PETROQUÍMICA, AGROCOMBUSTIBLE Y ENERGÉTICA “SINTRAMIENERGÉTICA”, de ahí que se encontrara vigente la convención suscrita rentre la encartada y el referido sindicato.

Por último, refirió que DRUMMOND LTD. no llevó a cabo el procedimiento previsto en el artículo 6º de la Convención Colectiva de Trabajo 2010-2013 vigente para el momento del finiquito laboral, la cual sanciona como ineficaz el despido por no llevarse a cabo el procedimiento referido en el acuerdo convencional.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la terminación de la relación laboral del demandante sucedió en razón a que le fue reconocida una pensión de invalidez con el respectivo ingreso en nómina de pensionados, aspecto que se ajusta a lo contemplado en el artículo 7º del literal a) del artículo 62 del C.S.T., por lo que, al tratarse de una causa objetiva, no requiere de procedimiento alguno para efectuar el finiquito.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, pago y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2004 y el 23 de marzo de 2016, el cual culminó con justa causa, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no existió discusión por ninguna de las partes respecto de la existencia del contrato de trabajo, los extremos de la relación laboral, ni el salario devengado por el demandante.

Seguidamente expuso, que si bien se acreditó que el actor era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y SINTRAMIENERGÉTICA, el procedimiento determinado en el artículo 6º del referido acuerdo convencional resulta improcedente frente al presente asunto, por cuanto el mismo fue establecido cuando el trabajador hubiese cometido alguna falta disciplinaria contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo, mientras que el despido que determinó el empleador y que se circunscribió al reconocimiento de una pensión de invalidez del demandante, fue una justa causa regulada en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Expuso en su argumento que, en el presente caso se encuentran acreditados los supuestos que dan lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, como quiera que en efecto, el artículo 6º de la Convención Colectiva de Trabajo es claro en indicar que se debe realizar un procedimiento para las terminaciones contractuales con justa causa, aspecto que se acompasa con las justas causas para despedir de que trata el artículo 62 del C.S.T. como lo es el reconocimiento de una pensión de invalidez, máxime si se tiene en cuenta que no se efectuó un proceso disciplinario previo al despido como así lo ha interpretado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si le asiste derecho al señor MARCELINO VESGA MONTTOYA, a que la encartada lo reintegre al cargo que venía desempeñando o uno de superior categoría, junto con el pago de prestaciones sociales, intereses a las cesantías, vacaciones y prima extralegal desde el momento del despido y hasta que se haga efectivo el reintegro, atendiendo los presupuestos consagrados en el artículo 6º de la Convención Colectiva de Trabajo que suscribiera la pasiva con el sindicato SINTRAMIENERGÉTICA.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 2004 y el 23 de marzo de 2016, en virtud del cual el demandante desempeñó como último cargo el de Soldador y una asignación salarial mensual de \$3.537.026.04, lo cual fue aceptado por la pasiva en la contestación de la demanda, allegándose copia del contrato de trabajo y la certificación que emitiera la demandada el 17 de julio de 2019 (Fls. 126 a 128 y 129).

Tampoco el hecho que el demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo se encontraba afiliado al sindicato SINTRAMIENERGÉTICA como da cuenta la certificación expedida por el 2 de marzo de 2017 (Fl. 9), y que al actor COLPENSIONES a través de Resolución GNR 13673 del 21 de enero de 2015 le reconoció una pensión de invalidez a partir del 1º de febrero de

2015 en cuantía inicial de \$2.424.655, siendo ingresado en nómina de pensionados en el mes de marzo de la misma anualidad.

Así las cosas, vale la pena resaltar que respecto a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como la sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del finiquito.

En inicio, atendiendo la carga dinámica de la prueba, que por demás se encuentra consagrada en el artículo 167 del C.S.T., puede concluirse que el demandante cumplió con este presupuesto.

Lo anterior, en razón a que, a folio 5 del expediente obra copia de la carta que emitiera la pasiva de calenda 7 de marzo de 2016, en la que se le indicó al demandante que el vínculo contractual finalizaba con justa causa basado en lo establecido en el numeral 14 del artículo 7º Literal a) del Decreto 2351 de 1965, por cuanto COLPENSIONES le había comunicado a la pasiva el 4 de marzo de 2016, que al actor se le había reconocido una pensión de invalidez.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 62 del C.S.T., que fuese modificado por el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, estableció en su Literal a), numeral 14:

“ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

“A). Por parte del empleador:

“[...]

“14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

A su vez, el Parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 de 2007, consagró que:

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

“Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones”.

Ahora bien, milita en el plenario copia de la Convención Colectiva de trabajo 2010-2013 suscrita entre DRUMMOND LTD. y el sindicato SINTRAMIENERGÉTICA, con la constancia del respectivo depósito (Fls. 69 a 70), la cual le es aplicable al demandante en atención de lo preceptuado en el artículo 471 del C.S.T., y que en su artículo 6º regula:

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

Procedimiento que en términos generales consiste en comunicar por escrito la presunta falta imputada al trabajador en un término no mayor a tres días hábiles, que el trabajador se presentara a rendir descargos en forma personal enviando copia de manera simultánea de la comunicación al sindicato cuando fuera un afiliado del mismo y a la seccional de la sede en el evento de estar acogido a la convención, para lo cual, la organización sindical asignaría dos de sus representantes para asistir a la diligencia. Adicionalmente, se pactó que en el llamado a descargos se especificaría la falta imputada al trabajador con descripción detallada de los hechos, indicándose la hora, fecha y lugar para rendir los descargos, y que a la diligencia de cargos y descargos se levantaría un acta firmada por las partes a quienes les sería entregada copia de la misma.

Finalmente, que no produciría ningún efecto la sanción o despido que se aplicara pretermitiendo dicho procedimiento.

Así las cosas, advierte la Sala que la sentencia de primer grado habrá de confirmarse en su integridad, pues atendiendo el artículo 6º del texto convencional, es clara su redacción primigenia en indicar que la misma se aplica para aquellos trabajadores de DRUMMOND LTD que hubiesen incurrido en alguna falta o infracción que conllevaran o condujeran a la imputación de sanciones disciplinarias, o en su defecto, a la culminación del vínculo contractual con una causa legal.

Esto conduce, a que se denote que en el caso del demandante, su finiquito no ocurrió basado en alguna causal que conllevara a un procedimiento disciplinario, por el contrario, claro fue el empleador en sostener en la carta de terminación del contrato, que sucedió por cuanto al demandante COLPENSIONES le había reconocido una pensión de sobrevivientes a partir del 1º de febrero de 2015, incluyéndose en nómina de pensionados en el mes de marzo de la misma anualidad, situación por la que es palmario que la finalización del contrato se ajustó a los presupuestos de orden legal como lo fue el reconocimiento pensional, causal claramente tipificada en la normatividad laboral vigente.

Para mayor soporte de lo argumentado, se resalta que el Diccionario de la Real Academia Española, expone como significado del verbo incurrir “*Caer en una falta, cometerla*”, de lo que se puede concluir que el artículo 6º del texto convencional condiciona su aplicabilidad a la existencia de una falta o infracción, tópico que no sucedió dentro del presente asunto, pues el finiquito fue como consecuencia de acceder a una prestación de carácter pensional.

Por último, es deber de análisis el argumento del apelante cuando adujo que en la sentencia SL2351-2020, Radicación No. 53676 del 8 de julio de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia efectuó un cambio de criterio respecto de la situación de terminación con justas causa a favor del empleador en los términos de que trata el literal a) del artículo 62 del C.S.T., en el

entendido que como trabajador la empresa debió oírlo previo al despido a efectos de preservar el debido proceso y el derecho de defensa.

Confrontado el texto jurisprudencial, la Sala no encuentra que deba ser aplicado al presente asunto, ya que analizado el cargo segundo decidido por el Órgano de cierre en dicha providencia, de una parte, lo que allí se puntualizó es que la única causal en la que el empleador debe realizar proceso disciplinario previo al despido, es la contemplada en el numeral 3º del literal A) del artículo 62 del C.S.T., ello de conformidad con lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998, por cuanto las demás causales no tienen carácter sancionatorio, lo que a su vez conduce a que no existe una vulneración al debido proceso del trabajador.

Por otra parte, en lo que concierne a que previo al despido el trabajador debe ser escuchado, su argumento tampoco es de recibo, ya que es clara la Corte en resaltar que esa situación se presenta en el evento que se encuentre activa la presentación de descargos, tópico que no sucedió dentro del presente asunto, pues como se adujo, la culminación de la relación laboral surgió como consecuencia que el demandante fue pensionado por sobrevivencia, lo que en nada impone carga al empleador de efectivizar un proceso disciplinario.

Además, lo único que refiere la Corte frente al tema de la causal 14 del Literal A) del artículo 62 del C.S.T., y que fuese la que se analizó en el presente asunto, es que previo al despido debe dársele aviso al trabajador con un término no menor de quince días, presupuesto que se cumplió por la encartada, ya que como se desprende de la carta de terminación del contrato que le fuese comunicada al demandante el 7 de marzo de 2016 (Fl. 5), allí se señaló que el contrato finalizaría a partir del 23 de marzo de 2016

Igualmente, la Corte indicó que era deber del empleador efectuar proceso disciplinario cuando así lo establecía el Reglamento Interno de Trabajo o acuerdo entre las partes, aspecto que no ocurrió, debido a que como se expuso en precedencia, la causal por la que se le despidió a la demandante no quedó dentro de la Convención Colectiva de Trabajo como una obligación para tal precepto; circunstancia por la cual, no es procedente el argumento de alzada.



Como corolario de lo anterior, se conformará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

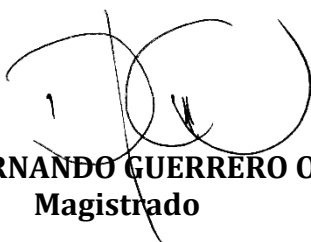
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

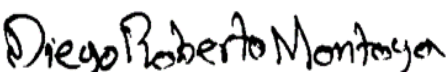
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

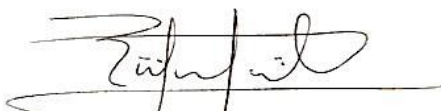
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2019 00741 01
Demandante: ELICENIA CELIS VEGA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada CINDI JULIETH VILLA NAVARRO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y T.P. 219.992 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2020 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ELICENIA CELIS VEGA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a efectos que se declare la nulidad absoluta de la afiliación y/o se declare la ineficacia del traslado, realizada inicialmente ante la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., lo cual generó un cambio de régimen; se declare la nulidad absoluta de las respuestas negativas suministradas por COLPENSIONES; se ordene a la AFP trasladar en

el término improrrogable de un mes los saldos de capital acumulados en la cuenta de ahorro individual, se ordene a las demandadas realizar los trámites de rigor con el objeto de que la promotora permanezca afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES el 1° de marzo de 1995, data desde la cual ha laborado en el sector salud.

Precisa que el 27 de marzo del 2001 sostuvo comunicación con un promotor de la AFP HORIZONTE S.A., quien le manifestó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que con la afiliación a la AFP se podría pensionar a cualquier edad, aunado a ello que tendría a su alcance la devolución del dinero depositado, sin presentarle una proyección o explicar las diferencias de cada régimen.

Ante lo enunciado, la demandante solicitó el traslado a COLPENSIONES, no obstante, dicha entidad negó su solicitud. Ante lo anterior solicitó a la AFP los documentos físicos que dieran constancia de la asesoría brindada, informándose por la entidad que no contaba con documentación alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que en el plenario no obra prueba alguna que dé cuenta que efectivamente a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error, fuerza o dolo.

Formula como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea indebida aplicación del artículo

1604 del C.C., no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

PORVENIR S.A. por su parte, se opuso a las pretensiones alegando que el traslado fue producto de una decisión libre y voluntaria, después de haber sido ampliamente asesorada sobre su decisión.

Propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de noviembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 27 de marzo del 2001, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo del 2001 y en consecuencia la declaró válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió como producto de la afiliación de la actora; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP.

Como sustento de su decisión expresó que, con fundamento en la jurisprudencia vigente, a la AFP le corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información y ante la falta de tal obligación, el cambio de régimen se torna ineficaz, por lo que el acto de traslado no produce efectos, razón por la cual se impone el retorno de la actora al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Así las cosas, ordenó a PORVENIR S.A. que remita a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por concepto de la afiliación de la demandante, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la

pensión mínima, así como los gastos de administración, los cuales deben asumirse con sus propios recursos.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, PORVENIR S.A. formuló recurso de apelación en el que indica que no se comparte la decisión, toda vez que se desestima la presunción de legalidad de que goza el formulario de afiliación que suscribió la accionante, máxime que para el año 2001 era el único requisito exigido para documentar el traslado.

De otra parte, que no es dable aplicar de manera retroactivas las normativas que consagraron nuevas exigencias frente al deber de información; señala igualmente que no se acreditó la existencia de un daño proveniente del traslado, emitiéndose una condena por una responsabilidad objetiva.

De igual manera argumenta que frente a las restituciones mutuas provenientes de una declaratoria de ineficacia, no sería de recibo que la AFP asuma la pérdida de los rendimientos financieros; señala que debía declararse probada la excepción de prescripción frente a los emolumentos netamente económicos que no están destinados a financiar la pensión.

A su turno, COLPENSIONES presenta recurso de apelación en el que indica que no puede exonerarse de la omisión en su deber de diligencia frente al acto de traslado, así como de documentarse frente a la asesoría que señala le fue brindada; de otra parte, que no hizo uso de figuras como el retracto y la rescisión.

De igual manera, que se desconoce el principio de sostenibilidad financiera, y si bien se estableció la posibilidad que COLPENSIONES verificara una reclamación en caso de que hubiese un perjuicio administrativo u ordinario; no se emitió decisión alguna al respecto.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el*

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 27 de marzo del 2001 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. (Fl. 49); el que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la demandante la demandante, tampoco admite haber recibido una suficiente información clara y veraz, respecto a las consecuencias del traslado y las características de cada régimen. Por el contrario, relató que la asesoría la recibió en un pasillo del Hospital en el cual trabajaba y en esta le indicaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, estando en riesgo su futuro pensional, por lo que le resultaba más beneficios el traslado.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de la AFP., que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en virtud de lo anterior y visto el recurso de apelación respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral, e sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la

pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En otro giro, respecto de la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, en lo tocante a la adición del fallo respecto a que se declare que COLPENSIONES tiene derecho a reclamar cualquier perjuicio, basta indicar que si bien esto hizo parte de la motivación de la providencia apelada, tal hecho *per se*, no implica que en la parte resolutive de la providencia se agregue tal orden, en tanto esta es una declaración que se escapa del objeto de debate en autos, por cuanto no existe ninguna pretensión en el libelo genitor que la persiga y ciertamente COLPENSIONES, tampoco presentó una demanda de reconvención en tal sentido ni acreditó el perjuicio que refiere debe ser objeto de condena, por manera que no hay lugar a ordenar ningún tipo de adición.

De cara a lo indicado, se confirmará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

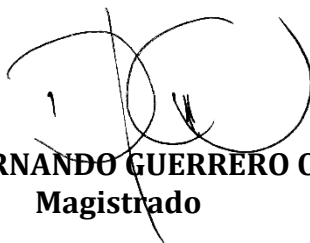
administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

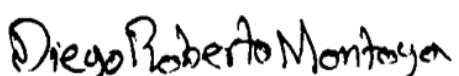
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

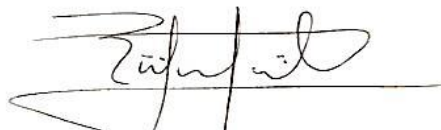
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2019 00740 01
Demandante: LUZ EUGENIA ROMERO RIOS
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ EUGENIA ROMERO RIOS, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., a efectos que se deje sin efecto el Comité de Vinculación del 16 de octubre del 2008, se declare que la única afiliación válida de la demandante es la efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se ordene a COLFONDOS S.A. a activar la afiliación de la demandante, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 22 de diciembre de 1960, e inició su vida laboral cotizando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 10 de junio de 1983 hasta el 30 de diciembre de 1993.

El 24 de agosto de 1994 suscribió el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. y el 16 de septiembre de 1994 recibió una comunicación de la AFP, informándole sobre la aprobación de la afiliación y remitiéndole copia del contrato; el 31 de marzo de 1995, la AFP le informa sobre la emisión del bono pensional por parte del Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El 21 de noviembre de 1995, presentó su renuncia al empleador COMPUAULAS LTDA., y en enero de 1999 radicó su domicilio en Ecuador.

Que a través de comunicación del 12 de mayo del 2009, la AFP le informó que su situación de multifiliación había sido analizada y resuelta el 16 de octubre del 2008, decidiendo que se encontraba vinculada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, situación que afirma se generó por una cotización errónea realizada por la sociedad empleadora en el periodo de marzo de 1999.

A raíz de lo anterior la demandante radicó varias solicitudes ante la AFP y COLPENSIONES en aras de aclarar lo sucedido, buscando la corrección de su historia laboral, a lo cual no se ha accedido por parte de las encartadas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y su situación quedó definida por el Comité de Multivinculación, con fecha de efectividad a partir del 31 de octubre de 1994. Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.



COLFONDOS S.A. por su parte, se opuso a las pretensiones aduciendo que el comité que definió el caso lo hizo acorde los parámetros legales.

Propuso como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación con Colpensiones, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de diciembre del 2020, declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde agosto de 1994; condenó a COLPENSIONES a remitir los aportes efectuados por la actora a la AFP y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que para que se presente un caso de multifiliación debe existir, como su nombre lo indica, varias vinculaciones a los distintos regímenes pensionales.

No obstante, en el presente evento la demandante estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde 1983, lo cual se corrobora con la historia laboral aportada al plenario, militando además el formulario de afiliación de traslado de régimen suscrito por la actora ante COLFONDOS S.A., lo que acredita que en el mes de agosto de 1994 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que se evidencie un posterior formulario de afiliación a COLPENSIONES, por lo cual no se evidencia la existencia de un evento de multivinculación, lo cual no predica por existir aparece una cotización en el mes de marzo de 1999 recibida por COLPENSIONES.

Finalmente declaró no probada la excepción de prescripción, al señalar que la acción es imprescriptible al estar ligada al derecho pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación en el que en suma indicó que se presenta la figura jurídica de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

afiliación aparente, lo que da lugar a una multivinculación, lo anterior por cuanto si bien se suscribe un formulario de afiliación, las cotizaciones permanecieron en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, máxime que aparecen aportes efectuados en el período que establece el Decreto 3995 de 2008, dirigidas a COLPENSIONES.

De otra parte, que no es de recibo que se deba desestimar la excepción de prescripción, toda vez que en este caso particular no se trata de un derecho pensional sino de una definición del Fondo al cual se encuentra afiliada.

A su turno, COLPENSIONES aduce que se debe revocar al condena por concepto de costas procesales, toda vez que de acuerdo con lo establecido por el Acuerdo 1887 del año 2003, son criterios para fijar las condenas por costas, expensas y agencias en derecho, los principios de equidad y razonabilidad, así como factores tales como la duración del proceso, la calidad de la gestión y la naturaleza del mismo, por lo que en el caso que nos ocupa pues no resulta procedente interponer la sanción procesal, en tanto la cotización fue efectuada por el empleador, sin que haya tenido injerencia alguna en tal acto, máxime que solamente se confirma el formulario de afiliación suscrito con COLFONDOS S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como quiera que fue mediante la Ley 100 de 1993 que se crearon los dos regímenes pensionales, esto es, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, fue a partir de esta data que se analizó y determinaron las diferentes situaciones que podrían pregonarse con la entrada en vigencia de los mismos, entre estas una posible multivinculación, la cual debía ser resuelta y zanjada de forma inmediata, como quiera que expresamente el legislador prohibió la posibilidad de mantener la afiliación a ambos regímenes de forma simultánea. Así quedó consagrado no solo en la Ley 100 de 1993, sino en el artículo 3° del Decreto 692 de 1994.

De igual forma quedó claro en ambas normas precitadas, que era el afiliado quien tenía la potestad de definir a que régimen deseaba afiliarse y en que administradora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por manera que siempre ha sido la voluntad del afiliado la que prime en este tipo de determinaciones.

En igual sentir, se determinó en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, que el afiliado solo podría trasladarse en los términos establecidos en el artículo 16 de la misma norma y en caso contrario, las demás afiliaciones no serían válidas. Sobre tal aspecto consagra dicha normativa:

“Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos de que trata el artículo anterior, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria”.

Luego, conforme lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, quienes opten por el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tan solo podrían retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego que transcurran tres (3) años contados desde la fecha del traslado; y entre administradoras, tan solo luego de transcurridos seis (6) meses desde la afiliación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Posteriormente, estas situaciones pasaron a ser reguladas por el Decreto 3995 de 2008, pero única y exclusivamente para los afiliados al Sistema General de Pensiones con posterioridad al 31 de diciembre del 2007, precisando en su artículo 2º, que se tendrá como válido el último traslado que haya sido efectuado en dentro de los términos legales establecidos en la Ley 797 del 2003.

De esta forma, al descender al *sub-examine* constata la Sala que la demandante inicialmente se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1º de junio de 1983 (Fl. 48) y posteriormente, diligenció formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. el 24 de agosto de 1994 (Fl. 14); con ocasión al mismo, recibió la aceptación por parte de la AFP a través de comunicación del 16 de septiembre de 1994 (Fl. 15), e incluso con oficio del 31 de marzo de 1995 se le informó sobre el trámite del bono pensional (Fl. 16), mismo que fue efectivamente emitido, según se le informa en comunicación del 22 de abril del 2008, por valor de \$171.853.152,67.

Igualmente, se destaca que mal podría hablarse de una afiliación aparente como lo aduce el recurrente, por cuanto la demandante sí realizó aportes como se puede corroborar en la misiva de folio 36, llegando a acumular \$10.319.161 en su cuenta de ahorro individual.

Se acota además, que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL757-2021, Radicación No. 83734 del 8 de marzo de 2021, señaló:

“Así, ha dicho que la afiliación tácita opera cuando hay silencio de la administradora con relación a las posibles deficiencias o a la falta de la afiliación, pero se recibe el pago de aportes por un período significativo. En la sentencia CSJ SL2810-2019, menciona otras anteriores y expresa:

“Para dar solución a este aspecto, resulta suficiente mencionar que cuando la entidad de pensiones guarda silencio frente a deficiencias en la afiliación del trabajador y recibe aportes sin cuestionamiento alguno, tal como ocurrió en el sub lite, se configura una “aceptación tácita de la afiliación”, tal como lo sostuvo la Corte en la sentencia de radicación nº.46106 del 04 de julio de 2012, en la que reiteró lo adoctrinado en la nº. 40531 del 19 de julio de 2011, en la siguiente forma:

“[...]

“En el presente caso, se reitera, el fondo omitió dar información al trabajador y al empleador, oportunamente, sobre la falta de afiliación, y no es para nada razonable que resulte favorecida de su propia omisión, máxime



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que el trabajador efectivamente realizó los aportes al sistema contribuyendo así a la sostenibilidad financiera del sistema.

“Por último, la Sala advierte que, en el caso del sub lite, el ex empleador acudió al fondo de pensiones y consignó los aportes a nombre del causante, los cuales fueron recibidos por este sin que diera a conocer reparo alguno; por lo que no es el típico caso de incumplimiento de la obligación de afiliación al sistema de pensiones por parte del empleador, como lo pretende hacer ver el fondo demandado, para trasladarle, sin razón, toda la responsabilidad al empleador.

El criterio anterior fue ratificado por la Corporación en las sentencias SL17566-2014, SL14236-2015, SL 6035-2015, SL6066-2016 y SL196-2019.

Posterior a esta decisión, el tema fue ratificado en la CSJ SL4871-2020 así:

[...] pues, tal como lo tiene adoctrinado esta Sala, cuando la entidad administradora de pensiones guarda silencio frente a deficiencias en la afiliación del trabajador y recibe las cotizaciones sin reproche alguno, tal como sucedió en el presente asunto, se configura una “aceptación tácita de la afiliación”, tal como esta Sala lo sostuvo en las sentencias SL14236-2015 y CSJ SL, 19 jun. 2011, rad. 40531, de modo tal que la observación que tienen las semanas en comento no conduce a invalidarlas a efectos de obtener la prestación por invalidez.

Dicha figura no resulta aplicable al *sub-lite*, en tanto si existe una afiliación al Régimen de Ahorro Individual, y los pagos reposan en COLPENSIONES debido a una decisión de un Comité de Multivinculación, mas en manera alguna, a la existencia de cotizaciones sin mediar afiliación alguna al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Ahora bien, el error que aquí se presentó fue porque pese a que la demandante renunció a su empleador COMPUAULAS LTDA., el 21 de noviembre de 1995 (Fl. 17), esta realizó una cotización a COLPENSIONES para el periodo de marzo de 1999, lo que generó que su caso fuera analizado en el Comité de Multivinculación en el cual se determina que la afiliación válida es la realizada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y por ello, la AFP procede a informarle sobre la decisión (Fl. 28) y a trasladar las cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (Fl. 36).

Dimana de lo enunciado en líneas precedentes que en el caso que hoy nos ocupa, la demandante se trasladó válidamente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 24 de agosto de 1994, sin que exista prueba alguna de su voluntad

inequívoca de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en marzo de 1999, pues lo cierto es que la demandante no diligenció formulario de afiliación o solicitud de traslado, sino que fue su empleador quien por error realizó una cotización por un ciclo al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pese a que de hecho para dicha data la actora ya no se encontraba laborando y estaba domiciliada en Ecuador.

Así las cosas, salta de bulto que el yerro en el cual incurrió el empleador no puede servir de sustento jurídico, para afectar la afiliación válidamente realizada por la promotora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, quien no solo diligenció el respectivo formulario de afiliación, sino que realizó diversas actividades en aras de refrendar su clara e inequívoca decisión de traslado de régimen, por cuanto realizó cotizaciones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acompañó el trámite de expedición del bono pensional y manifestó en diversas comunicaciones a las hoy demandadas, su firme determinación de estar afiliada a al régimen. Luego es patente, que bajo los parámetros del artículo 2° del Decreto 3995 del 2008, la última afiliación realizada por la demandante fue la realizada a COLFONDOS S.A y, por tanto, esta es la que goza de validez, máxime cuando se *itera*, la promotora ha manifestado reiteradamente su intención de trasladarse de régimen y mantenerse en la AFP elegida.

De otra parte, insiste la Corporación que, en materia pensional, el principio de la libre escogencia del régimen es el que debe regir y primar a la hora de definir la afiliación, más aún cuando el afiliado no desconoce el libre consentimiento que lo llevó a adoptar su decisión.

Implica lo expresado en líneas precedentes que le asiste la razón al *a-quo*, al determinar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por tanto habrá de ser confirmada la decisión apelada.

d. Prescripción:

Frente a este punto, basta recabar en que existe un criterio pacífico y uniforme en torno a la imprescriptibilidad del derecho pensional. Regla que resulta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aplicable incluso al acto jurídico mismo de la afiliación al régimen pensional y sus traslados, en la medida en que estos son el fundamento para la consolidación del derecho pensional, por manera que afectan directamente el derecho protegido.

Criterio que ha sido analizado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al abordar el estudio de la prescripción de la ineficacia de los traslados de régimen, tal como se expone en sentencia en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera. Ahora bien, aunque el caso *sub-examine* no comporta propiamente una ineficacia de traslado, si la validez de una afiliación y, por ende, *mutatis mutandi*, dicho racero resulta aplicable al caso que hoy se analiza por parte de la Corporación.

De manera tal, que comparte la Sala la decisión del fallador de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

e. Costas:

Frente a este último tópico, recuerda la Sala que la imposición del pago de costas es una obligación de carácter objetivo que emerge de lo dispuesto por el legislador, en forma particular en el artículo 365 del C.G.P, acorde al cual, las mismas deben ser asumidas por la parte vencida en juicio. Esto es, para el presente caso a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

Destacando en lo que respecta al monto de las mismas que esta no es la oportunidad legal correspondiente para definir ese asunto, según se desprende de lo expuesto en el artículo 366 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Luego, comporta ineludible la confirmación de la decisión emitida en primera instancia respecto a este punto.

De cara a lo indicado, se confirmará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

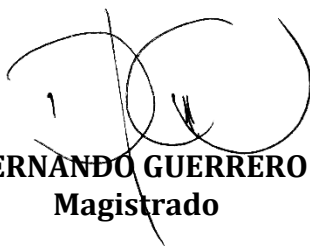
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

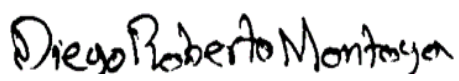
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

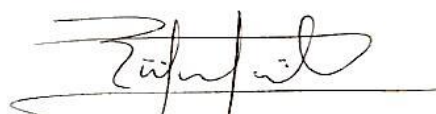
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTAYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Laboral

Ordinario Laboral 11001310 50 20 2015 00909 01
Demandante: MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN
Demandado: COLPENSIONES Y MARÍA NELLY PARRA BERNAL
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá, D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Sharon Catalina Cesar Buchar*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.764.340 y T.P. 263.505 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación elevado por COLPENSIONES, así como a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad accionada, respecto de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES:

1. DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES a fin que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante ALFREDO GUZMÁN CASTAÑEDA; en

consecuencia, se condene a COLPENSIONES a su reconocimiento y pago debidamente indexada más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como sustento de sus pretensiones, indicó que el señor ALFREDO GUZMÁN CASTAÑEDA falleció el 2 de febrero de 2006, ostentando la accionante la calidad de cónyuge supérstite, unión de la cual procrearon a sus hijos, actualmente mayores de edad, JAIRO ALFREDO GUZMÁN JARAMILLO y ANGÉLICA GUZMÁN JARAMILLO.

Refiere que convivió con el causante desde el 28 de junio de 1969, no obstante, en el año 1984 al abandonó el hogar a efectos de convivir con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, con quien mantenía una relación sentimental desde 1978, aproximadamente; relata que solicitó el reconocimiento pensional, frente a lo cual COLPENSIONES emitió la Resolución No. 10611 del 20 de marzo de 2007, mediante la cual negó la prestación económica, en consideración a que la pensión se reconoció a favor de la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, frente a la cual interpuso recurso de reposición, siendo la decisión confirmada en Resolución No. 030812 del 22 de julio de 2008.

Finalmente señala que el 15 de enero de 2014 solicitó nuevamente el reconocimiento pensional frente a la posibilidad de acceder a la misma de manera proporcional, lo cual fue denegado mediante la Resolución No. GNR332519 del 24 de septiembre de 2014.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio* señalando en su escrito de contestación que no se acreditó el cumplimiento del requisito de la convivencia con el causante, esto es, dentro de los cinco (5) años anteriores al deceso.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

Mediante auto del 19 de mayo de 2016 se dispuso la vinculación en calidad de litisconsorte necesario a la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, quien contestó la demanda señalando que ostentó la calidad de compañera permanente del causante entre el 25 de enero de 1978 y el 2 de febrero de 2006, fecha del deceso del señor ALFREDO GUZMÁN CASTAÑEDA, procreando a sus hijos de nombres JUAN GUZMÁN PARRA, CAROLINA GUZMÁN PARRA Y DIANA GUZMÁN PARRA, quienes en la actualidad son mayores de edad, por lo cual no es cierto que haya existido una convivencia simultánea.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción, sobre cualquier derecho reclamado por la demandante y buena fe.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 4 de septiembre de 2020 declaró que tanto la señora MARIA ELSA JARAMILLO como la señora MARIA NELLY PARRA BERNAL son beneficiarias de pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor ALFREDO GUZMAN CASTAÑEDA; condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora MARIA ELSA JARAMILLO, en calidad de cónyuge supérstite en un 23.84% de la mesada pensional, a partir del 1º de marzo de 2019 y a reanudar el pago de la sustitución pensional a la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, en calidad de compañera permanente en un 76.16% de la mesada pensional, a partir del 1º de marzo de 2019.

Para tal efecto estimó que en el plenario se acreditó a través de los diversos medios de convicción, la convivencia simultánea del causante con la señora

MARÍA ELSA JARAMILLO en calidad de cónyuge supérstite, como con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, en su condición de compañera permanente. Aduciendo además que la prueba testimonial dio plena cuenta de la convivencia, sin advertir contradicciones que conlleven a no dar credibilidad a los asertos.

Estimó que se aportaron declaraciones extra juicio del causante, en la cual se corrobora que mantuvo una convivencia con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL.

Refirió que la convivencia con la señora MARIA ELSA JARAMILLO perduró durante 8 años, 7 meses, 3 semanas y 6 días, desde la fecha de matrimonio del 28 de junio de 1969, hasta el 24 de febrero de 1978, ello por cuanto en esa data inició la convivencia con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, durante 27 años, 11 meses 1 semana y 1 día.

De otra parte, que la pensión deberá reconocerse desde la fecha de suspensión de la mesada, esto es, desde el 1º de marzo de 2019, estando la MARÍA ELSA JARAMILLO facultada para repetir contra la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL por las mesadas anteriores que fueran devengadas de manera exclusiva por dicha beneficiaria.

Finalmente, señaló que no se configuró la excepción de prescripción, en tanto el reconocimiento se verifica desde el mes de marzo de 2019.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

COLPENSIONES formuló recurso de apelación señalando que en la investigación administrativa que adelantó la entidad, no se encontró acreditada la convivencia en los últimos 5 años de vida del causante por las señoras MARÍA ELSA JARAMILLO y MARÍA NELLY PARRA BERNAL, al no ser claras las fechas exactas

aducidas en la demanda, las cuales no corresponden con las señaladas por los testimonios.

Finalmente refirió que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha referido que la convivencia es factible ser acumulada en tratándose de cónyuge o compañera permanente, no obstante, no debe ser inferior a 5 años antes al deceso del causante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si a las señoras MARÍA ELSA JARAMILLO y MARÍA NELLY PARRA BERNAL les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, y en caso afirmativo el porcentaje correspondiente.

b. De la calidad de pensionado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor ALFREDO GUZMÁN CASTAÑEDA, le fue reconocida la pensión de vejez mediante Resolución No. 002985 de 2004 (Cd No. 2 expediente administrativo); de igual manera, que

falleció el 2 de febrero de 2006, según da cuenta el Registro Civil de Defunción (Fl. 13).

De igual manera que la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, en calidad de compañera permanente, le fue reconocida la pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. 2877 del 27 de julio de 2006, denegándose además el reconocimiento a la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN, mediante las Resoluciones Nos. 10611 del 20 de marzo de 2007, GNR 332519 del 24 de septiembre de 2014.

De igual manera, COLPENSIONES con ocasión del presente proceso, mediante Resolución No. SUB 46869 del 22 de febrero de 2019, y en cumplimiento al auto del 16 de octubre de 2018, suspendió provisionalmente el pago de la mesada pensional.

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional

Una vez determinado lo anterior y en aras de desatar la litis planteada, lo primero que debe precisar la Sala es que la sustitución pensional debe ser analizada a la luz de la norma vigente para la fecha de fallecimiento del causante. En tal medida, como quiera que el señor ALFREDO GUZMÁN CASTAÑEDA falleció el 2 de febrero de 2006, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003, por medio del cual se modificaron los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993.

Así, el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 establece;

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que

*estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***” (Negrillas fuera de texto)

Normativa aplicable a las accionantes en tanto contaban con más de 30 años de edad y alegan tener derecho a la prestación pensional en calidad de cónyuge supérstite y compañera permanente, respectivamente.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto

en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado.

De otra parte, juzga conveniente esta Sala, reiterar que en tratándose de cónyuge con vínculo matrimonial vigente, esta podrá acreditar los cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, criterio recientemente reiterado en sentencia SL2010-2019, en la cual se indicó:

“En torno a los alcances de dicha disposición, esta Sala de la Corte ha precisado que, en su conjunto, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 le dio una especial relevancia al concepto de unión conyugal y que, en ese sentido, privilegió el derecho del cónyuge a recibir la pensión de sobrevivientes, aun cuando estuviera separado de hecho del causante durante sus últimos años de vida, incluso sin mediar un compañero o compañera permanente que le dispute el derecho, siempre y cuando acredite una convivencia real y efectiva durante el lapso legal de cinco (5) años, pero no necesariamente anteriores al deceso, sino en cualquier tiempo. (Ver CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, reiterada en las sentencias CSJ SL, 31 en. 2012, rad. 40995, CSJ SL704-2013, CSJ SL13276-2014, CSJ SL12218-2015, CSJ SL6519-2017 y CSJ SL1399-2018, entre muchas otras).

No obstante lo anterior, imperioso es recordar que tal interpretación normativa fue acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, fundamentándose en que tal derecho deviene por cuanto el o la cónyuge ayudó a la construcción del derecho pensional, así en sentencia con Radicación 41637 del 31 de enero de 2012, se indicó:

“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.

“Ahora bien, si tal postura se predica cuando existe compañera o compañero permanente al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, no encuentra la Corte proporcionalidad o razón alguna para privar a la (el) esposa (o) del reconocimiento de la pensión, en el evento de no concurrir aquel supuesto, pues de admitirse, la disposición no cumpliría su finalidad, esto es, la protección en tal escenario, más si se evalúa que quien aspira a tal prestación mantiene un lazo indeleble, jurídico, económico, sea que este último se haya originado en un mandato judicial, o en la simple voluntad de los esposos.” (Subrayado fuera de texto)

Finalmente se tiene que, en reciente pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, adoctrinó que aun cuando el matrimonio haya sido disuelto, el o la cónyuge tendría derecho al reconocimiento pensional, cuando quiera que se acredite que la comunidad de vida y apoyo mutuo se extendió, incluso después de la liquidación de la sociedad. Así en sentencia SL-5141 del 2019 puntualizó:

“En torno a la discusión jurídica planteada por la recurrente, conviene precisar que esta Sala ha indicado que a efectos de verificar el cumplimiento del requisito de la convivencia, el juzgador debe, en cada caso, analizar la vigencia del vínculo marital o conyugal y sus particularidades (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018), entendido este, más allá de la mera denominación formal que en el derecho de familia se le otorgue (matrimonial, unión marital, sociedad conyugal, sociedad patrimonial, etc.), o de eventos donde existan separaciones de cuerpos transitorias, «en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares», pues lo que a efectos de la protección del derecho de la seguridad social incumbe, es demostrar si entre la pareja perduraron esos «lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja» (ver Sentencia CSJ SL 1399-2018).

“Por lo indicado, en casos de cónyuges «separados de hecho» o incluso «con sociedad conyugal liquidada» (CSJ SL, 25 abr. 2018, rad. 45779), esta sala ha precisado que no resulta relevante la clasificación o estatus que en el derecho de familia adopte la unión de la pareja, pues se itera, lo que quiso amparar el legislador, de cara a la prestación pensional de sobrevivientes, es la perdurabilidad, de manera patente, de la «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva (...)» (CSJ SL, 2



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605; SL7299-2015; SL1399-2018); además de concederle una protección al cónyuge supérstite que «entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión [y] se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba» (sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637), ello precisamente, en virtud del principio de solidaridad del que es partícipe el derecho a la seguridad social.

“Tal postura toma más fuerza si con posterioridad a la separación o a la liquidación de la sociedad conyugal, además de persistir esa comunidad de vida, no existió una convivencia simultánea con otro compañero permanente, y si quien invoca la concesión de la prestación se ve desprovista de todo sustento ante del fallecimiento pensionado. En sentencia CSJ SL 1399-2018, esta Sala coligió (...)

“(i) el legislador de 2003 tuvo en mente la situación de un grupo social, integrado a más de las veces por mujeres cuyos trabajos históricamente han sido relegados al cuidado del hogar y que, por consiguiente, podían quedar en estado de vulnerabilidad o inminente miseria ante el abandono de su consorte y su posterior deceso; (ii) esta dimensión sociológica debe servir de parámetro interpretativo, a modo de un reconocimiento que la seguridad social hace a la pareja que durante largo periodo contribuyó a la consolidación de la pensión, mediante un trabajo que hasta hace poco no gozaba de valor económico o relevancia social; y (iii) es lógico pensar que si con arreglo al último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los eventos de convivencia no simultánea, el cónyuge separado de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en forma compartida, también debe tener derecho a esa prestación ante la inexistencia de compañero (a) permanente.

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.”

Criterio este que ha mantenido nuestra corporación de cierre en recientes pronunciamientos como las sentencias SL-2862 del 2020 y SL-1869 del 2020, esta última en la cual se indicó:

“En efecto, según jurisprudencia de esta Sala, el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de

hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. Criterio expuesto, entre otras, en sentencia CSJ SL2232-2019, en la que se rememora la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, que adoctrinó:

“El texto del artículo 13, literal b) inciso tercero de Ley 797 de 2003, que la recurrente denuncia como interpretada erróneamente es del siguiente tenor:

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

“Varios supuestos normativos contienen tal preceptiva, diferenciando la existencia de una convivencia simultánea, bajo el supuesto de que exista, en todo caso un tercero en la disputa pensional, sea este, compañera (o) permanente o la (el) cónyuge.

“En efecto, bajo el entendimiento que le otorgó la sentencia C-1035 de 2008, que declaró la exequibilidad condicionada de la primera frase, si en los últimos 5 años antes del fallecimiento, la compañera (o) la (el) cónyuge mantuvieron una comunidad de vida, la pensión debe ser dividida entre aquellos, en proporción al tiempo de convivencia con el causante.

“Asimismo, cuando no se halla presente la pluricitada convivencia simultánea, pero el causante mantuvo una unión conyugal, precedida de una separación de hecho, la disposición expresamente consagra que es viable la reclamación de una cuota parte de la pensión por parte de la compañera (o) permanente, siempre que hubiere convivido con el causante por un lapso superior a 5 años, antes de su deceso, pero deja a salvo la cuota parte restante al cónyuge con quien existía una sociedad vigente.

“Ciertamente es que el literal a) de la aludida disposición es inequívoco en la exigencia de que tanto el cónyuge como la o el compañero permanente superviviente acredite que hizo una vida marital por lo menos 5 años continuos con anterioridad a la muerte y, justamente, bajo esa hermenéutica, esta Sala de la Corte ha señalado sobre la imposibilidad de acceder al reconocimiento

de esta prestación a quien no haya demostrado que, en efecto, existió una verdadera comunidad de vida.

“Tal interpretación que ha desarrollado la Sala, sin embargo, debe ser ampliada, en tanto no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado o afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

“Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

*“No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, **pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época.***

e. Del caso en concreto:

En el *sub-lite*, se tiene como primera medida que la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN, aduce ostentar la calidad de cónyuge supérstite, y haber convivido con el causante desde el 28 de junio de 1969 hasta el año 1984, cuando abandonó el hogar.

Sobre tal aspecto, se tiene que al plenario se allegó el Registro Civil de Matrimonio, el cual da cuenta que en efecto contrajeron nupcias el 28 de junio de

1969, (Fl. 12); de igual manera se aportó la declaración extra juicio rendida por la señora MARTHA CECILIA ARCINIEGAS RONDÓN, quien manifestó constarle que la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN convivió con el causante desde el 28 de junio de 1969 hasta el 5 de febrero de 1983 (Cd. 1 Expediente Administrativo); lo cual también fue aducido por la señora LILIA LEÓN CARDOZO (Cd. 1 Expediente Administrativo).

De igual manera, en lo que respecta a la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, quien aduce ostentar la calidad de compañera permanente, se aportaron las declaraciones extra juicio rendidas PEDRO CASTRO y LIBARDO FANDIÑO MARTÍNEZ, quienes aseveran que convivió con el causante en unión marital de hecho desde el 25 de enero de 1978 hasta el 2 de febrero de 2006 (Fl. 184).

Así mismo, se aportaron declaraciones extra juicio del causante señor ALDREDO GUZMÁN CASTAÑEDA, quien refirió que convive con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL desde hace 26 años, declaración rendida el 18 de junio de 2004 (Fl. 185); de igual manera de fecha 25 de enero de 1993, en la cual aduce que convive desde hace 15 años.

Ahora bien, la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL al absolver el interrogatorio de parte señaló que el causante convivió con ella desde el 25 de enero de 1978; de igual manera, la hija de la demandante, señora CAROLINA GUZMÁN PARRA, quien aseveró que convivió con el causante, lo cual le consta desde que tiene uso de razón.

De otra parte, el testigo IVÁN GUZMÁN dio cuenta de la convivencia inicial del causante con la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN, y que posteriormente convivió con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, por espacio superior a 20 años. Por su parte, el señor ROSENDO CHÁVEZ, aseveró que le consta la convivencia con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL desde el año 1986.

Se debe señalar además que, si bien la prueba testimonial fue tachada de sospecha, lo cierto es que sus dichos guardan relación con los que fuera manifestado por el mismo causante frente a la convivencia, esto es, que la misma inició el 25 de enero de 1978.

De igual manera la demandante MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN absolvió interrogatorio de parte, en el cual aduce que el causante convivió con ella desde la fecha en que contrajeron nupcias, 28 de junio de 1969, y durante 16 años, esto es hasta el año 1984, data desde la cual dejaron de convivir, no obstante mantuvieron contacto, aseverando que la convivencia culminó por cuanto inició una convivencia con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL.

De igual manera la señora LILIA LEON CARDOZO dio cuenta de dicha convivencia, corroborando que inició desde la fecha del matrimonio, señalando que mantenía otra relación marital; asertos que coinciden con lo relatado por los testigos MARTHA CECILIA ARCONIEGAS RONDÓN, JAIRO ALFREDO GUZMÁN JARAMILLO, hijo de la accionante, quien aclaró que sus padres nunca se divorciaron, y convivieron hasta octubre o noviembre de 1984, y con posterioridad convivió con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL. En igual sentido la señora ANGÉLICA MARÍA GUZMÁN JARAMILLO, hija de la causante, aseveró que la convivencia de sus padres culminó en el año 1984.

Ahora bien, tal como adujo el *a-quo*, si bien se presentan contracciones en la prueba testimonial frente a la fecha de terminación de la convivencia con la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN y el inicio de la misma con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, en tanto se hizo mención a los años 1978 y 1984, lo cierto es que logra formar el convencimiento el dicho del causante, quien situó la fecha de inicio de la convivencia con la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL desde el 25 de enero de 1978.

En ese orden de ideas, se acreditó que la cónyuge supérstite convivió por espacio superior a cinco (5) años, sin que se haya culminado el mismo por divorcio, manteniéndose la sociedad conyugal vigente; de igual manera que convivió por espacio superior a cinco (5) años con quien fuera su compañera permanente, lo cual perduró hasta la fecha del deceso.

De tal manera que se acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder como beneficiarias, a la pensión de sobrevivientes, para lo cual además se mantendrá incólume los porcentajes establecidos en primera instancia, en tanto quienes tendrían interés para recurrir tal aspecto, esto es, las señoras MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN y MARÍA NELLY PARRA BERNAL no formularon recurso de alzada, ello en tanto, independientemente de dicha distribución, COLPENSIONES debe sufragar el 100% de la mesada.

En igual sentido se debe confirmar lo dispuesto por el *a-quo*, en cuanto a disponer que el reconocimiento pensional acaece desde el 1º de marzo de 2019, en virtud de la suspensión dispuesta en el curso del proceso, por lo cual la señora MARÍA ELSA JARAMILLO DE GUZMÁN estará facultada para repetir contra la señora MARÍA NELLY PARRA BERNAL, por las mesadas anteriores que fueran devengadas de manera exclusiva por dicha beneficiaria, lo cual además tampoco fue objeto de reproche por las beneficiarias.

Finalmente, se adicionará la sentencia a fin facultar a COLPENSIONES para descontar del retroactivo pensional, los respectivos aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. **SIN COSTAS** en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

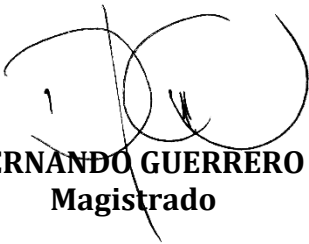
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de facultar a COLPENSIONES que del retroactivo reconocido a las accionante, se efectuó el correspondiente descuento en salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, descuento que además deberá aplicarse a las mesadas pensionales que se causen a futuro.

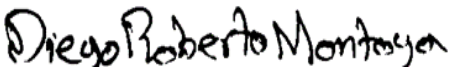
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 23 2019 00219 01
Demandante: ADRIANA XIMENA MONCAYO VELASCO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, para actuar en representación de PORVENIR S.A., en los términos y fines del memorial poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos interpuestos por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de noviembre de 2020.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ADRIANA XIMENA MONCAYO VELÁSICO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado efectuada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a través de PROTECCIÓN S.A. acaecida el 1º de marzo de 1998. Por consiguiente, se ordene a PROTECCIÓN S.A. que retorne con destino a COLPENSIONES por concepto de bono pensional debidamente indexado, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que tal bono fue recibido hasta su entrega definitiva, junto con los respectivos intereses moratorios y demás sumas que resulten probadas en el transcurrir del trámite procesal, así como al pago de costas procesales.

De manera subsidiaria, se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la ya referida PROTECCIÓN S.A., para que se le retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES con su respectivo bono pensional, indexación e intereses moratorios.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 20 de julio de 1964. Que inicialmente se afilió a COLPENSIONES y con posterioridad se trasladó a PROTECCIÓN S.A.

En virtud de lo anterior, sostuvo que al momento de la afiliación ante PROTECCIÓN S.A., esta no cumplió con la obligación legal de informarle de manera fehaciente las implicaciones del cambio de régimen pensional ni los efectos en que incurriría.

Que PROTECCIÓN S.A. jamás ha acreditado la existencia de la libertad informada sobre la autorización del cambio de régimen, nunca le presentó el plan de pensiones que ofrecía de manera que se pudiera distinguir las ventajas y desventajas de ambos regímenes ni se realizó algún cuadro comparativo, lo que evidencia un ocultamiento de la información, entre otros aspectos.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez en tanto obra como

soporte de la misma las cotizaciones efectuadas al régimen privado de manera libre, espontánea y voluntaria, además que dentro del expediente no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado.

Formuló las excepciones denominadas validez de la filiación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica.

PROTECCIÓN S.A. igualmente se opuso al *petitum*, argumentando que la afiliación de la demandante ante sus dependencias es totalmente válida y produjo efectos jurídicos, como quiera que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de la voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento ni se le ocultó información antes del momento de la firma ni mucho menos en la afiliación.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, e innominada o genérica.

En el transcurrir del trámite procesal, el Despacho mediante proveído de calenda 13 de noviembre de 2019 (Fl. 107), integró el contrario con PORVENIR S.A. bajo el entendido que la actora había estado afiliada ante esta.

Por ello, PORVENIR S.A. contestó la demanda aduciendo que la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es válida, máxime si realizó su traslado de régimen pensional de manera libre, espontánea y voluntaria, aspecto que se prueba con el formulario de afiliación suscrito por la demandante.

Interpuso como medios exceptivos el de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, ausencia de causas, inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación que efectuara la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Por ende, ordenó a las AFP demandadas, devolver con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declarándola válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Para arribar a dicha conclusión, expuso que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados que por demás tiene que ser relevante en lo que atañe a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de éstas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PORVENIR S.A. inconforme con la decisión la apeló. Refirió que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, de ahí que efectivamente tuviese conocimiento de las condiciones, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad conforme lo manifestó en el interrogatorio de parte que se practicó, más aún si al momento del traslado únicamente era requisito legal el formulario de afiliación.

Que igualmente, la demandante contaba con plena capacidad de conformidad con lo establecido 1503 del Código Civil, por lo que no es posible establecer un vicio en el consentimiento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, solicitó que en caso de confirmarse la condena, se debe absolver en lo atinente a los gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, no solo por cuanto la actora va a recibir los rendimientos que correspondieron a la efectiva administración de sus rubros, sino que los mismos tuvieron una destinación específica por mandato legal que fue plenamente cumplida.

PROTECCIÓN S.A. expuso en su recurso, que debe tenerse en cuenta que desde que la demandante estuvo afiliada ante sus dependencias, los recursos fueron administrados con la mayor diligencia y cuidado, sumado a que, como consecuencia de dicha gestión se han generado algunos rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual, por lo que al haberse declarado la ineficacia del traslado, únicamente lo que procede es la devolución de los aportes y los rendimientos financieros, pero no la devolución por comisión de administración.

Que, al ordenársele la devolución de los gastos de administración, se constituye la figura del enriquecimiento sin causa a favor de la actora ya que no se le estaría reconociendo ningún concepto como consecuencia de la gestión realizada, lo que afecta a su vez el derecho a la igualdad.

Por su parte, COLPENSIONES resaltó en su alzada que dentro del presente asunto no se configuraron elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no existe una expectativa legítima, como quiera para la fecha del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, sumado al hecho que no era beneficiaria del régimen de transición para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo.

Por último, que debe tenerse en cuenta que la única inconformidad que manifestó la demandante en el interrogatorio de parte es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendría una mesada pensional más baja a la posiblemente reconocida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que tal aspecto no constituye un engaño al momento del traslado, como tampoco una equivocada información por parte del fondo privado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 28 de enero de 1998 a la AFP PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información y que, si bien algo relató en sus dichos sobre un mejor rendimiento en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su momento le asesoró una persona en su entonces, este aspecto no ratifica una asesoría adecuada sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, como lo pretenden las demandadas en sus apelaciones.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto tanto por PORVENIR S.A. como por PROTECCIÓN S.A., última a la que en la actualidad se encuentra afiliada la demandante según se corrobora del respectivo formulario de afiliación y la respectiva certificación del sistema SIAFP (Fls. 92 a 93), respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En virtud de lo anterior, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual; circunstancia por la cual, no existe un enriquecimiento sin causa como lo aduce la AFP PROTECCIÓN S.A. en el recurso de alzada.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, “la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

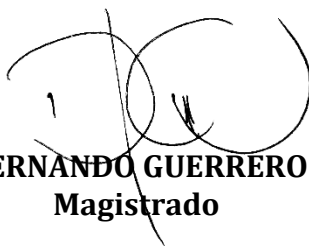
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

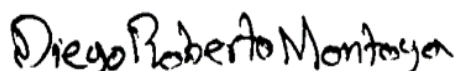
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

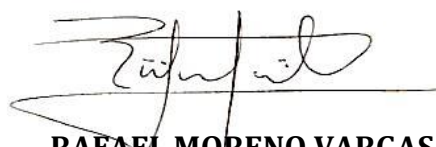
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTAYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 312019**00204 01**
Demandante: BAUDELIO OTALORA SANCHEZ
Demandados: ARMOTEC COLOMBIA S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación que formularon las demandadas ARMOTEC DE COLOMBIA S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá. Así como a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la misma providencia.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor BAUDELINO OTÁLORA SANCHEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de ARMOTEC COLOMBIA S.A. y COLPENSIONES, con el objeto que se declare



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que el demandante laboró para la empresa ARMOTEC COLOMBIA S.A del 26 de junio de 1999 al 30 de junio del 2000, precisando que esta última no lo afilió ni pagó los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

En consecuencia, se condene a la sociedad accionada a pagar los aportes con destino a COLPENSIONES, previo el respectivo cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 26 de octubre de 1999 y el 30 de junio del 2000; se ordene a COLPENSIONES que una vez se paguen las cotizaciones, estas sean incluidas en la historia laboral y se le ordene reconozca y pagar las mesadas pensionales comprendidas desde el 31 de diciembre del 2014, las mesadas adicionales, los intereses moratorios y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

Subsidiariamente, pretende se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la indemnización sustitutiva de la pensión a partir del 7 de octubre del 2015, data en la que se realizó la última cotización, junto con los intereses moratorios correspondientes.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que laboró para la sociedad ARMOTEC COLOMBIA S.A mediante cuatro contratos por duración de la obra o labor contratada, no obstante, se omitió realizar la afiliación y pago de los aportes por el periodo comprendido del 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000. Señala que el 7 de octubre del 2015, solicitó a COLPENSIONES el cálculo actuarial por el periodo dejado de cotizar, entidad que, mediante comunicación del 17 de enero del 2018, le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

informó al demandante que la sociedad no le suministró a la información requerida para efectuar el cálculo actuarial.

Asevera que mediante Resolución GNR 160908 del 29 de junio del 2013, se negó la pensión de vejez, argumentando que el actor no cumple con la densidad de semanas exigidas por la ley, decisión que se reitera en la Resolución No SUB 173347 del 28 de agosto del 2017.

Así mismo, con la Resolución No. SUB 309866 del 28 de noviembre del 2018 se negó el derecho al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, acto administrativo que recurrió, siendo confirmado con la Resolución No. SUB 309866 del 28 de noviembre del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad ARMOTEC COLOMBIA S.A en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que el demandante no estuvo vinculado bajo ninguna relación laboral durante el periodo que se indica, y si bien laboró para la compañía, lo cierto es que durante los periodos en que estuvo vigente la relación laboral se cancelaron los aportes al Sistema General de Seguridad Social.

Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de una relación laboral o un contrato de obra o labor entre el demandante y la demandada, en el periodo anotado en la demanda, presentación de la demanda para admisión a trámite de reorganización empresarial de la demandada y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo la égida que todos y cada uno de los actos administrativos proferidos se encuentran ajustados a derecho.

Formula como excepciones de mérito o de fondo las que denominó prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación contractual, inexistencia de cobro prejubilatorio y cálculo actuarial presuntivo, inexistencia del derecho reclamado por falta de los requisitos legales, no procedencia al pago de costas, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre del 2020 declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y ARMOTEC COLOMBIA S.A. por el periodo comprendido entre el 26 de octubre de 1999 y el 30 de junio del 2000; condenó a ARMOTEC COLOMBIA S.A. a realizar el pago del cálculo actuarial a COLPENSIONES por el mismo periodo; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante el retroactivo pensional, los intereses moratorios, junto con las costas y agencias en derecho.

Como sustento de su decisión adujo en lo tocante a la existencia de la relación laboral que la misma se encuentra acreditada con la certificación laboral visible a folio 18 en concordancia con lo indicado por los testigos LUÍS MARTÍNEZ y PABLO VARGAS ALARCÓN, pruebas de las cuales se extrae con claridad que el demandante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

laboró para la pasiva inicialmente en Ecuador para el año 1996, y posteriormente en Barranquilla de noviembre de 1999 hasta junio del 2000, con una remuneración de \$236.000 mensuales, por lo que condenó a dicha sociedad a realizar el reconocimiento y pago de los aportes pensionales.

En lo tocante al derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez solicitada, se establece que el demandante es beneficiario del régimen de transición y reúne los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990, y a partir del 30 de septiembre del 2015, con ocasión a la figura del retiro tácito, en cuantía igual al salario mínimo.

Frente a los intereses moratorios, estima que debido a que la solicitud pensional fue radicada el 7 de octubre del 2015, se adeuda a partir del 7 de febrero del 2016; data en la cual culminaron los cuatro (4) meses con que cuenta la entidad para resolver la solicitud pensional.

Con auto del 25 de octubre del 2019 se dispone la vinculación de ARMOTEC S.A EN LIQUIDACIÓN y KA FER IMC S.A.S, entidades a quienes se les nombra Curador Ad Litem, pero se les tiene por no contestada la demanda con auto del 23 de octubre del 2020.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, ARMOTEC COLOMBIA S.A., presenta recurso de apelación y en el curso del mismo indica que en manera alguna se pretendía hacer



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

incurrir en error en lo atinente al NIT de la empresa, y por ello se convocó al plenario a otras sociedades, a fin de esclarecer dicha situación.

De otra parte, que no es dable otorgar valor probatorio al contrato de trabajo aportado por el demandante, al no aparecer constancia de quienes lo suscriben; aunado a ello, destaca que la certificación laboral a la que alude el Juez como sustento de su decisión, solo indica que el actor se desempeña como contratista, mas no como empleado.

En ese mismo orden de ideas, que la prueba testimonial relata que el actor era quien les solucionaba sus retribuciones, lo que permite establecer su condición de contratista independiente.

A su turno COLPENSIONES recurre la decisión de la falladora de primera instancia, expresando que no hay lugar al pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, pues estos se generan cuando el incumplimiento opera de manera injustificada, circunstancia que no se presenta en autos, como quiera que el demandante en su historia laboral acredita 975,29 semanas, las cuales fueron tenidas en cuenta en las resoluciones emitidas por la entidad al momento de negar el derecho pensional.

Posteriormente, frente a la indemnización sustitutiva, en la Resolución No. 26795 del 2019, lo cierto es que para dicha data no existía certeza de la relación laboral con la empresa ARMOTEC DE COLOMBIA S.A., por lo que solicita ser absuelta del pago de los intereses moratorios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre el demandante y la empresa ARMOTEC DE COLOMBIA S.A. existió una relación laboral entre el 26 de octubre de 1999 y el 30 de junio del año 2000, siendo del resorte de la entidad proceder a cancelar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de cancelar durante dicho interregno.

Así mismo, en caso de prosperar los dos supuestos aludidos, determinar si teniendo en cuenta estas cotizaciones el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada, así como al pago de intereses moratorios.

c. Del contrato de trabajo

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el Tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia 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 (Subrayas fuera del texto)."

d. Del Caso en concreto

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrojado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

En tal sentir, se aportó al plenario la documental denominada “*Acuerdo laboral para la ejecución de obra o labor contratada*”, del cual se desprende que la demandada contrató al actor, sin embargo, le asiste la razón a la pasiva en cuanto a que este documento por sí mismo no demuestra la existencia de un contrato de trabajo, en tanto no aparece el registro de quien lo suscribe no contiene rúbrica alguna, ni mucho menos la data en que se inicia la actividad (Fl 17).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Igualmente, se aprecia una certificación del 30 de junio del 2000 en la que en efecto se indica que el demandante se desempeñó como contratista de la pasiva durante el periodo comprendido del 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000. Implica lo anterior, que le asiste la razón al recurrente al afirmar que en la mentada certificación jamás se menciona que durante dicho interregno de tiempo el actor fungiera como trabajador de la pasiva vinculado mediante contrato de trabajo, pues es patente que realmente se consignó *“SE DESEMPEÑÓ SATISFACTORIAMENTE EN NUESTRA EMPRESA COMO CONTRATISTA”* (Fl 18).

Siendo ello así, en la medida en que no existe otra prueba documental que, de cuenta de la existencia del vínculo laboral por el interregno de tiempo aludido, queda por determinar si con los testimonios practicados es dable determinar la existencia del vínculo laboral y que, pese a que en la certificación se indique que el promotor del juicio fungió como contratista, bajo la primacía de la realidad sobre las formas, es dable colegir que realmente lo fue en calidad de trabajador.

De esta manera tenemos por un lado la declaración del señor LUÍS MARTÍNEZ FUENTES, quien refiere conocer al demandante por haber laborado para la sociedad accionada en Ecuador durante el año 1996, posteriormente en un proyecto en Barranquilla desde noviembre de 1999 hasta finales del mes de junio del año 2000. Relata que en ese último contrato hacían la labor de vaciado de concreto. Sostiene que al demandante le solucionaba la sociedad una suma mensual de \$236.000, actividad que desarrollaba bajo las órdenes del Ingeniero adscrito a la sociedad; adicionalmente que tenía que cumplir un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 4:30 p.m.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

o 5:00 p.m. y los sábados era de 7:00 a.m. a 12:00 a.m., igualmente que al actor le solucionaban la retribución y además le entregaban la suma a cancelar al personal restante.

De otra parte, el testigo PABLO JESÚS VARGAS relata que conoce al demandante por haber sido compañeros de trabajo en Ecuador y en la ciudad de Barranquilla, lugar en el que el demandante laboró haciendo concreto lanzado, percibiendo una remuneración de \$236.000 mensuales, entre el 15 de noviembre de 1999 al 30 de junio del 2000; relatan que para ello firmaban un contrato por duración de la obra o labor. Precisa que el demandante recibía órdenes del Ingeniero JUAN CARLOS GÓMEZ, que debía cumplir un horario fijado por este y si necesitaban retirarse debían pedir permiso. Sostiene también, que el actor tenía un grupo de trabajo a su cargo, a quienes les cancelaba el salario la sociedad, aclarando que la empresa les pagaba por conducto del actor.

De lo expuesto, colige la Sala que no solo se encuentra plenamente acreditada la prestación personal del servicio desarrollado por el demandante para ARMOTEC COLOMBIA S.A., por el periodo comprendido del 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000, lapso durante el cual se desempeñó como lanzador de concreto en la ciudad de Barranquilla para la pasiva. Sino que, adicionalmente la encargada no logró derruir la presunción legal prevista en el artículo 24 del C.S.T.; *a contrario sensu*, pese a que en la certificación de folio 18 se indica que tal actividad fue desarrollada en calidad de contratista, lo cierto fue que los testigos fueron claros, contundentes y congruentes al afirmar que la actividad fue desarrollada en atención a las ordenes impartidas por el Ingeniero JUAN CARLOS GÓMEZ, quien era la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

persona que fijaba los horarios y a quien debían pedir permiso para poder ausentarse. Supuestos de facto que nos llevan a colegir que la actividad ejecutada se dio bajo una clara continua subordinación.

Ahora, no pasa por alto la Sala que los testigos, igualmente aluden que el demandante tenía personal a cargo y que la pasiva le pagaba al demandante, para que este a su vez les cancelara el salario a las personas a su cargo. Tal hecho *per se* en modo alguno comporta que las actividades desarrolladas por el actor fueran realizadas libre de apremio, de forma libre y voluntaria. Menos aún, cuando se *itera* los testigos concuerdan en que el demandante recibía órdenes y debía cumplir un horario, a más que los pagos realmente los hacía directamente la demandada.

Bajo estas premisas de orden fáctico y jurídico, es patente que en el plenario sí se encuentra suficientemente acreditado el contrato de trabajo que unió a las partes por el periodo de tiempo comprendido entre el 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000, como acertadamente lo determinó la falladora de primera instancia.

Siguiendo esta misma línea, tenemos que en efecto según el reporte de semanas cotizadas (Fls 24-26), es dable inferir que la pasiva no realizó el pago de los aportes a seguridad social durante el interregno de tiempo comprendido del 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000, obligación que le incumbía bajo la calidad de empleador acorde lo disponen los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993. Por manera que también habrá de confirmarse la condena impuesta, en el sentido que proceda a realizar el correspondiente pago del cálculo actuarial a COLPENSIONES por dicho interregno de tiempo, teniendo en cuenta para el efecto un IBC igual al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salario mínimo, en tanto para el año 1999 ascendía a \$236.438 y para el 2000 a \$260.100. Lo anterior en la medida en que los testigos fueron contestes al afirmar que el salario del promotor ascendía a \$236.000 mensuales, sin que sea dable devengar un monto inferior al mínimo legal mensual vigente.

De lo expuesto se sigue la confirmación de la decisión de primera instancia en lo que a este aspecto concierne.

e. De la pensión de Vejez

Una vez se ha dejado por sentado la existencia de la relación laboral existente entre el demandante y la sociedad accionada, por el periodo comprendido del 26 de octubre de 1999 al 30 de junio del 2000 y la obligación del pago de aportes que pende en cabeza de la pasiva, resta por establecer si teniendo en cuenta estas semanas adicionales, el libelista tendría derecho a la pensión de vejez anhelada.

Para dichos fines, desde ya habrá que indicarse que se tener en cuenta que acorde el resumen de semanas cotizadas visible a folios 24 a 27, el actor tiene registradas un total de 966,29 semanas, sumadas a las cuales, se tendrán en cuenta las derivadas de la relación laboral previamente enunciada que corresponden a 34,28 semanas, para un total de 1000,57 semanas.

Así pues, el primer punto a abordar frente a este aspecto es sí el demandante es beneficiario del régimen de transición, destacando sobre este aspecto que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consagra como requisitos que el afiliado acredite 40 años



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el caso de los hombres o 15 años de servicios o aportes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Sumado a ello, encontramos que el Acto Legislativo 01 de 2005 en su Parágrafo Transitorio 4º, consagró que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen tuviesen cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir para el 29 de julio de 2005, a los cuales se les mantendría la transitoriedad hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así las cosas, es palmario que las personas que quisieran ostentar el régimen de transición con el fin de acceder a prerrogativas anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el caso del Decreto 758 de 1990, era menester que acreditaran los requisitos hasta el 31 de julio de 2010, o para el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando en ese evento tuviesen 750 semanas de cotización al 29 de julio de 2005.

En el caso del demandante, se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía que la fecha de su natalicio lo fue el 14 de septiembre de 1945, lo cual reposa a folio 16, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 48 años de edad, de ahí que en principio es beneficiario del régimen de transición, y al cumplir la edad pensional de 60 años el 14 de septiembre de 2005, debía acreditar las 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, requisito que cumplió toda vez que al 29 de julio de 2005 ya tenía cotizadas 1000 semanas, de ahí que su derecho pueda analizarse a la luz de Decreto 758 de 1990.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tal disposición en su artículo 12, prevé la pensión de vejez, para el caso de los hombres, cuando cumplan 60 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo. De forma tal que al acreditar el demandante un total de 1000,37 semanas es patente que cumple con las exigencias normativas previstas por el legislador para ser beneficiario de la pensión de vejez rogada. En igual sentir, en la medida en que arribó a los 60 años de edad el 14 de septiembre del 2005, lógico resulta colegir que se encuentra consolidado el derecho pensional reclamado.

En lo atinente a la fecha de disfrute, recuerda esta Corporación que para efectos pensionales se tendrá en cuenta hasta la última cotización realizada y será necesario que se haga la desafiliación del sistema, acorde lo dispone el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. En tal sentir dado que la última cotización aparece registrada fue realizada el 30 de septiembre del 2015 y se registra la respectiva novedad de retiro, se concluye que la prestación debe ser otorgada desde el 1° de octubre del 2015, como lo determinó el fallador de primera instancia.

f. De los intereses moratorios

Frente a los intereses moratorios se debe señalar que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, refirió que *“En caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por lo anterior, debe recordarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL787 del 6 de noviembre de 2013, morigeró el criterio frente a su imposición, al considerar que existe justificación cuando la negativa de la entidad se funda en un *“respaldo normativo, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales”*, pues su conducta estaría regida por el estricto cumplimiento de las normas que gobiernan la materia. Imposición que, en todo caso, debe respetar el término de gracia de 4 meses previsto en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 tratándose de la pensión de vejez.

Al descender al caso bajo estudio se tiene que el derecho pensional tan solo fue dable concederlo en la medida en que se logró probar en juicio la existencia de un vínculo laboral con la sociedad accionada del 26 de junio de 1999 al 30 de junio del 2000 y la falta de afiliación por parte de dicha entidad al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, durante dicho interregno de tiempo, el cual resultaba necesario para que el demandante cumpliera con el caudal de semanas exigidas por el legislador para que fuera dable conceder el derecho pensional anhelado. Implica lo anterior que COLPENSIONES no podía bajo ninguna perspectiva conceder previo a este juicio el derecho pensional hoy reclamado, pues al no existir si quiera una afiliación, tampoco emergía la obligación en el cobro de los aportes a pensión y las consecuencias jurídicas que de este deber se derivan.

Bajo esta óptica, es menester de la Sala afirmar que existían argumentos de peso para que COLPENSIONES, denegara previo a este litigio el derecho pensional anhelado y corolario de ello, no le asiste la obligación de realizar el pago de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

intereses moratorios, cuya condena se fulminó en primera instancia y que deberá ser revocada en esta instancia, para en su lugar absolver a dicha entidad del pago de los mismos.

g. De la prescripción

Como quiera que la sentencia también se analizar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, resulta imperioso entrar a abordar lo tocante a la excepción de prescripción, evidenciando que al haber solicitado el actor el reconocimiento y pago de la pensión el 7 de octubre del 2015 (Fl 19), aunque se suspendió la prescripción hasta el momento en que quedó definida su solicitud mediante la Resolución No SUB 127218 del 17 de julio del 2017, confirmada mediante las Resoluciones SUB173347 del 28 de agosto del 2017, DIR 15217 del 11 de septiembre del 2017 y SUB 309866 del 28 de noviembre del 2018 (Fl 37) y quedar radicada la presente demanda el 21 de marzo del 2019 (fl45), no alcanzó a prescribir ninguna de las mesada pensionales de libelista acorde lo disponen los artículos 488 y 489 del C.S.T, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo hasta aquí consignado, revocar parcialmente la sentencia apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 ordinal quinto de la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2020, para en su lugar absolver a la pasiva del pago de los intereses moratorios.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 22 2019 00393 01
Demandante: LUIS HERNANDO BERMUDEZ
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Amanda Lucia Zamudio Vela*, identificada con cédula de ciudadanía 51.713.048 y T.P. 67.612 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia emitida el 10 de marzo del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor LUIS HERNANDO BERMÚDEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el objeto que se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% sobre la pensión mínima legal de su cónyuge, en forma retroactiva desde el 1° de octubre del 2007, por 14 mensualidades al año; la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución No. 047510 del 27 de septiembre del 2007, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición.

Señala que contrajo matrimonio con la señora ANA ROSA RAMÍREZ el 16 de julio de 1966 y convive actualmente con ella, quien además depende económicamente del actor, ello en tanto no percibe pensión ni ingreso alguno.

Finalmente relata que solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, petición que le fue negada mediante oficio BZ2018-875071-0226350 del 25 de enero del 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a los pedimentos bajo el argumento que el incremento desapareció de la vida jurídica a partir del 1° de abril de 1994, por no hacer parte de las nuevas prestaciones previstas con la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones denominadas carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago del I.P.C, no procedencia al pago de costas y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de marzo del 2021, absolvió a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación y condenó en costas al demandante.

Para arribar a dicha conclusión expresó que los incrementos se encontraban consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

758 del mismo año, en el que señalaba que las pensiones de invalidez y vejez se incrementarían en un 14% sobre la pensión mínima legal por cónyuge, compañero, compañera del beneficiario que dependa económicamente de este y no disfrute de una pensión.

No obstante, en aplicación de la sentencia SU-140 de 2019, los incrementos sufrieron una derogatoria orgánica con la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 1º de abril de 1994 y a ellos solo pueden acceder quienes para dicha data hubiesen adquirido el derecho a la pensión de vejez, lo cual no acontece en el plenario.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a-quo* el actor presentó recurso de apelación en el que en suma indica que el incremento pensional se mantiene vigente para quienes accedieron al derecho pensional en virtud del régimen de transición, como es el caso del demandante. Luego, si bien el incremento no está consagrado en la Ley 100 de 1993, ello no quiere decir que los hubiere derogado, por tanto, conservan su vigor, como en diferentes pronunciamientos lo ha indicado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al igual que la Corte Constitucional en la sentencia SU-310 de 2017.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de transición que contempla la Ley 100 de 1993, es un tema que ha sido ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyendo en múltiples pronunciamientos que los mismos se encuentran vigentes.

Así puede colegirse que los aludidos incrementos mantienen su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, por el contrario, por no estar expresamente regulados debe entenderse que conservan su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se ha mantenido en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

Con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se aparta de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018.

d. Del incremento del 14% previsto en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990.

Conforme con lo manifestado en la demanda, por medio de la Resolución No. 00342513 del 19 de septiembre del 2008 se reconoció pensión de vejez al demandante y acorde lo estableció el fallador de primera instancia, se corrobora que el demandante es beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1299 semanas cotizadas.

Ahora, el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990, consagró los incrementos de las pensiones de invalidez por riesgo común y vejez, así:

“b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.”

En tal sentido se aprecia, que son tres los requisitos que se debe acreditar para efecto del reconocimiento del incremento por cónyuge a cargo: (i) la calidad de cónyuge, compañero o compañera permanente, (ii) la dependencia económica



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respecto del pensionado y, (iii) que el cónyuge, compañero o compañera permanente dependiente no disfrute de pensión, ello en la medida en que la filosofía de los referidos incrementos fue la de alivianar la carga que pesa sobre el pensionado que tiene bajo su responsabilidad la manutención, en este caso, de su cónyuge.

Ahora, en lo que respecta a la calidad de cónyuge de la señora ANA ROSA RAMIREZ se aportó el Registro Civil de Matrimonio, del cual se desprende que contrajeron nupcias el 16 de julio de 1966.

En lo que respecta a la dependencia económica, fue evacuado el testimonio de las señoras RAQUEL BUITRAGO RAMIREZ y GRACIELA BUITRAGO RAMIREZ, a quienes les consta que el actor convive con su cónyuge, quien depende económicamente de él, en la medida en que no recibe pensión o ingreso alguno, a más que ninguno de sus hijos les puede colaborar económicamente.

En ese orden de ideas, en principio le asistiría derecho al incremento pensional no obstante, respecto a la prescripción, propuesta como excepción en la contestación de la demanda, encuentra la Sala que se probó dentro del presente proceso, dado que a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha sentenciado que, es razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa transcurrió un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., y ello por cuanto los incrementos a que aluden los artículos precedentes, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que pueden prescribir si no se reclaman en tiempo.

Tal postura ha sido sostenida invariablemente por dicha Corporación desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En esta última, se rememoró lo dicho en la sentencia con radicación 27.923, en la que, respecto a la prescripción del derecho a reclamar los incrementos por personas a cargo, puntualizando que:

“(…) No puede negarse que los incrementos nacen del reconocimiento de la pensión de vejez, pero ello no quiere decir que formen parte integrante de la prestación, ni mucho menos del estado jurídico del pensionado, no sólo por la expresa disposición normativa, como ya se apuntó, sino porque se trata de una prerrogativa cuyo surgimiento no es automático frente a dicho estado, pues está condicionado al cumplimiento de unos requisitos, que pueden presentarse o no.

“La alusión normativa atinente a que el derecho a los incrementos ‘subsiste mientras perduren las causas que le dieron origen’, antes que favorecer la imprescriptibilidad, obran en su contra por cuanto implícitamente parte de la hipótesis de que se trata de un derecho que no es vitalicio en tanto su persistencia requiere que se sigan dando las causas que le dieron origen, de modo que aunque, parezca redundante, la desaparición de estas provoca su extinción.

“De ahí que a juicio de esta Sala bien puede aplicarse para efectos de estos incrementos la tesis de que los mismos prescriben si no se reclaman dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, debiendo entenderse que son exigibles desde el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión de vejez o de invalidez”.

Aunado a lo anterior, en la sentencia con radicado 40.919 antes citada, señaló que por el acaecimiento de la prescripción se extingue el derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, por personas a cargo, al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante.

Dicha posición se ha mantenido, incluso en la sentencia SL 2711 del 17 de julio de 2019. Con fundamento en lo anterior, esta Sala se acoge al precedente unificado y permanente que ha mantenido nuestro máximo órgano de cierre, que además constituye doctrina probable.

En tal sentir, como quiera que al demandante le fue concedida su pensión de vejez mediante la Resolución No 047510 del 27 de septiembre del 2007, data para la cual



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ya se encontraba casado con su cónyuge y esta dependía económicamente de él, no cabe duda alguna que al haberse radicado la reclamación administrativa hasta el 25 de enero del 2018 y quedar radicada la presente demanda el 15 de junio del 2018, operó el fenómeno jurídico de la prescripción respecto de los incrementos pensionales hoy reclamados.

De cara lo indicado, se confirmará la sentencia absolutoria objeto de consulta, pero con fundamento en los argumentos que fueren expuestos por esta Sala en la presente providencia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

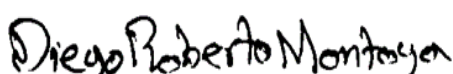
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, pero con fundamento en los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

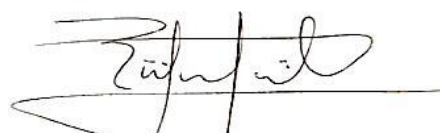
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 17 2019 00346 01
Demandante: MARIA TERESA CUERVO DELGADO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVERNIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz*, identificada con cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. 303.924 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 9 de febrero del 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARIA TERESA CUERVO DELGADO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; subsidiariamente se declare la ineficacia del traslado, se declare como afiliación válida la surtida en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se condene a COLPENSIONES a contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 13 de octubre de 1961, se afilió el 31 de octubre de 1986 con CAJANAL; en 1996 se afilió a al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el 1° de mayo de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de PORVENIR S.A.

Refiere que al momento de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no fue asesorado ni informado por parte de la AFP, de forma completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias en uno y otro régimen pensional, así como de las prestaciones en cada uno.

Indica que a la fecha cuenta con 1373 semanas cotizadas y se encuentra afiliada a la AFP PORVENIR S.A.; el 15 de marzo del 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de la afiliación y con escrito del 11 de marzo del 2019 a PORVENIR S.A., quienes denegaron su solicitud.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, alegando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

PORVENIR S.A. por su parte, se opuso a las pretensiones, en la medida en que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad y/o ineficacia de la afiliación.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de febrero del 2021, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción; declaró que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin que se autorice a PORVENIR S.A. a ejecutar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a recibir ese traslado de fondos que efectúe Porvenir S.A. y a convalidarlos en la historia laboral del demandante.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como

así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por la AFP encartada.

Que si bien el sustento de las pretensiones de la demandante corresponde a deprecar la nulidad de la afiliación, lo que se constituye es una ineficacia conforme lo regula la Ley 100 de 1993, a lo cual accedió al no acreditarse en debida forma el cumplimiento del deber de información, lo cual además implica la devolución de lo consignado en la cuenta de ahorro individual como los gastos de administración y demás emolumentos causados con ocasión de la afiliación a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La AFP PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación en el que resalta que la afiliación fue libre y voluntaria acorde se indicó en el interrogatorio de parte. Por otra parte, que no es cierto que debiera realizar una comparación entre los Regímenes Pensionales, toda vez que al momento del traslado se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, acorde al cual solo debían explicar las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De otra parte, que la accionante como consumidora financiera, también debía cumplir con obligaciones, además la inconformidad radica en el monto de la pensión, factor insuficiente para que se declare la ineficacia.

Además, la parte actora tuvo oportunidades para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de hecho, se acercó a preguntar por su bono pensional, siendo esta una oportunidad para evacuar cualquier duda.

Con todo indica que en caso de confirmar la decisión en lo atinente a la ineficacia, se debe revocar la condena frente a los descuentos por gastos de administración, pues estas sumas fueron trasladadas a la demandada con el fin de que los ahorros de la demandada generaran rendimientos, lo que demuestra una efectiva y consciente utilización de los dineros, además que los dineros de seguros previsionales se trasladaron a una compañía aseguradora y no se puede retrotraer en el tiempo dichos pagos.

De otra parte, COLPENSIONES indica que no evidencia que exista una particularidad frente a la demandante por la densidad de semanas cotizadas a la fecha del traslado, pues solo contaba con 100 semanas, por lo cual no existe normativa ni jurisprudencia en torno a que no se pudiera admitir su traslado acorde el artículo 112 de la Ley 100 de 1993.

Tampoco considera que no se haya dado cumplimiento a los requisitos legales y jurisprudenciales existentes para la fecha. Igualmente resalta que en el interrogatorio aceptó que ese acercó para indagar sobre su bono pensional y no tuvo la diligencia de hacerlo respecto de información otorgada frente a la decisión adoptada, ello con el fin de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aunado a que tenía obligaciones como consumidora financiera, por manera que no se cumple con los requisitos para declarar la ineficacia, máxime que la oposición a las pretensiones tiene origen en una prohibición legal y por ende la condena incluso en costas es desacertada.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de*

traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 27 de abril de 1999 a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 48), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, manifestó que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año 1999 en atención a una visita que recibió de asesores de la AFP, en el que les anunciaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar; de otra parte, que la empleadora le señaló que debía puntualizar la administradora a la que se iba a afiliarse, presentándose PORVENIR S.A., a la que afiliaron a todos los trabajadores; aseveró además que el formulario lo entregaron diligenciado, sin tener la posibilidad de leer su contenido, en tanto en ese momento se encontraba atendiendo un usuario. De otra parte, refiere que en efecto adelantó gestiones en torno a conocer lo atinente al bono pensional.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión por activa, aunado a ello que el hecho de haber obtenido o solicitado información sobre el eventual bono pensional no convalida en manera alguna la omisión al deber de información para la fecha de traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por la AFP, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Por último, COLPENSIONES alega que resulta improcedente la condena en costas, pese a ello el criterio a efectos de imponer la condena en costas resulta



ser objetivo en los términos regulados en el C.G.P., máxime que se COLPENSIONES se opuso a las pretensiones demandatorias, siendo vencida en juicio.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

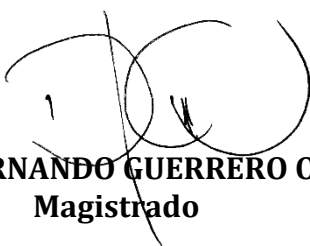
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

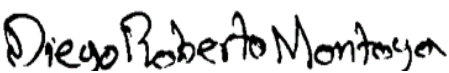
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero del 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

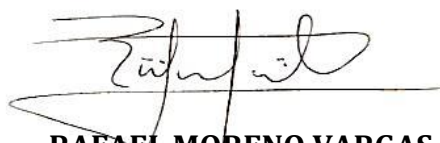
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 16 2018 00384 01
Demandante: MARGARITA ROSA MUNEVAR BECERRA
Demandado: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y
 PROTECCION S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta misma entidad, la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARGARITA ROSA MUNEVAR BECERRA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A con el objeto de que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante, se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a retornar a COLPENSIONES todos los

valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, se ordene a COLPENSIONES recibir los dineros del traslado y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 17 de enero de 1962; posteriormente, se afilió a COLPENSIONES el 2 de junio de 1981; el 1° de septiembre de 1995 se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A y a partir de junio de 2006 a PROTECCIÓN S.A.

Precisando que a la fecha del traslado de régimen no recibió la información necesaria respecto a las consecuencias de su determinación, por lo que el 31 de mayo del 2018 solicitó a la administradora la proyección de su pensión, no obstante, ninguna de las entidades le informó que existían dos fechas para su pensión, una para la redención del bono y otra para la edad reglamentaria, ni que la misma dependía de su estado civil al momento del reconocimiento.

Ante lo enunciado el 6 de junio del 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen, sin obtener respuesta favorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación, se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que no existe obligación alguna por parte de dicha entidad, por cuanto el traslado se generó de forma voluntaria.

Propone como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A a su turno, se opuso a las pretensiones, alegando que fue una decisión libre, espontánea e informada, sin haber viciado el consentimiento de la accionante.

Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación con COLFONDOS S.A., inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., buena fe, prescripción y la genérica.

PROTECCIÓN S.A a su turno, se opuso a las pretensiones expresando que el contrato celebrado por las partes es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los requisitos para su existencia y validez.

Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación a protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre del 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, condenó a PROECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES los recursos de la cuenta de ahorro individual, condenó a COLPENSIONES a recibir los fondos que reposan en la cuenta de ahorro individual, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión indicó que luego de analizar las pruebas aportadas al proceso, conforme lo indicado por la jurisprudencia y las normas que regulan la temática, el extremo demandado no logró demostrar que haya cumplido a cabalidad con el deber de información para cuando operó el traslado de régimen pensional, ni que posteriormente PROTECCIÓN S.A. hubiese subsanado tal situación, siendo que la carga probatoria recaía en las AFP accionadas.

De igual manera, que ante la ineficacia del traslado, se debía verificar la devolución de lo depositado en la cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en el que en suma indica que el formulario de afiliación efectuado por la demandante con COLFONDOS S.A. en el año 1995, y posteriormente el realizado con PROTECCIÓN S.A. en el año 2006, tiene plena validez y demuestra la voluntariedad de la afiliada de trasladarse a dichos fondos, e implica que entre el afiliado y la AFP se celebró un contrato, para lo cual se debe tener en cuenta que en la teoría de los negocios jurídicos y de la autonomía de la voluntad, corresponde únicamente a las partes decidir, modificar o dejar sin efecto el acto, por lo cual para el momento que la demandante solicitó el traslado de régimen, fundamentado en la nulidad de traslado, no era COLPENSIONES la entidad competente para dejar sin efecto un negocio del cual no hizo parte.

En este sentido, solicita absolver a COLPENSIONES de la condena en costas procesales, ya que esta no se puede ver afectada por un acto que carece de ineficacia y del cual además no hizo parte; de otra parte, que la sentencia debe adicionarse en virtud del principio de sostenibilidad financiera del régimen de prima media, contemplado en el artículo 48 Superior, a efectos de ordenar a las AFP la devolución de todos los valores que se le han entregado, sin verificar descuentos por gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. del 2 de agosto de 1995 (Fl. 108), junto con el formulario de afiliación a Santander hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl 143);



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el demandante tampoco admite haber recibido información suficiente, por el contrario, aduce que se trasladó por primera vez, en atención a una reunión en la cual se le indicó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar; de igual manera que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. al ofertarle una mayor rentabilidad, sin haberle explicitado las características del régimen, ni de los factores que influían en el monto pensional.

Por ende, no se demostró que la actora recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que al no acreditarse por parte de las AFP., que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, por manera que atendiendo a la solicitud elevada por COLPENSIONES en la alzada frente a este puntual aspecto, se realizará la adición del fallo en tal sentir.

En otro giro por estudiar la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que respecto de la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, en lo tocante a la inconformidad planteada por COLPENSIONES respecto a la condena en costas, basta enunciar que las mismas operan de forma objetiva y corresponde al juzgador, imponerlas a la parte vencida en juicio acorde lo dispone el artículo 365 del C.G.P. Por manera que al resultar vencido en juicio COLPENSIONES resulta inexorable su condena al pago de las mismas.



De cara a lo indicado, se adicionará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

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

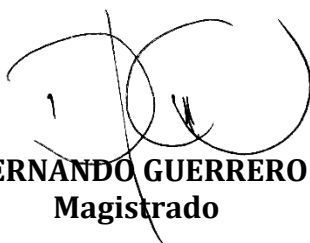
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de noviembre del 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de condenar a COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A. a efectuar la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros recibidos fruto de la afiliación de la demandante incluyendo los montos deducidos por concepto de gastos de administración, sin que sea factible realizar descuento alguno por ningún concepto.

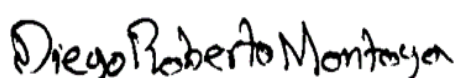
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

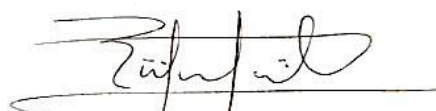
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOKA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **13 2019 00572 02**
Demandante: EDGAR ALFREDO VALDERRAMA JARAMILLO
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Porvenir S.A*, a la abogada *Daniela Palacio Varona*, identificada con cédula de ciudadanía 1.019.132.452 y T.P. 353.307 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

Así mismo, se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., así como estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida el 29 de enero del 2021 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDGAR ALFREDO VALDERRAMA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A., a efectos que se declare la ineficacia del traslado de régimen del actor; se ordene a las AFP a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual; realizar todas las gestiones tendientes para anular el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene a COLPENSIONES a recibir al demandante, se condene en costas a las demandadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 7 de mayo de 1957, se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 1° de abril de 1993; refiere que el 1° de mayo del 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A.

Precisa que el traslado de régimen se generó por la indebida y nula información recibida; que previo a su traslado cotizó un total de 307,86 semanas y cotizó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 833,43 semanas.

El 7 de mayo del 2009 PROTECCIÓN S.A. le informó sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen; el 31 de julio del 2019 solicitó la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y elevó un derecho de petición a COLPENSIONES en el mismo sentido, el 29 de julio del 2019.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso como medios exceptivos de mérito los que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento del traslado a la AFP,

buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A. a su turno, se opuso a las pretensiones expresando que la afiliación del demandante fue válida, en la medida en que no aporta prueba alguna que permita concluir que su traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento.

Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formula como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de enero del 2021, declaró la ineficacia que hiciere el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; condenó a las AFP a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada al actor.

Como fundamento de su decisión indicó que de conformidad con lo expuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, a la AFP PORVENIR S.A. le asistía o tenía la carga de demostrar en el presente asunto, que le brindó a la aquí demandante información suficiente y acorde a la legislación vigente en la época

del traslado, lo cual no se cumplió, máxime que no fue confesado ello por parte de la promotora de la litis.

De igual manera consideró que si bien el demandante se trasladó horizontalmente a Santander ING hoy PROTECCIÓN S.A., dicha situación no subsana la ineficacia por la falta al deber de información.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, PROTECCIÓN S.A presentó recurso de apelación en el que en suma indica que no es de recibo disponer la devolución de los gastos de administración, cuya causación y destinación se consagró en la Ley 100 de 1993, aunado a ello que implica un enriquecimiento sin causa del actor, quien se va a beneficiar además de los rendimientos.

De igual manera, que las cuotas de los seguros provisionales fueron solucionadas de manera oportuna, con el fin que se garanticen las eventualidades que generarán una prestación de invalidez o muerte.

A su turno PORVENIR S.A. propuso recurso de apelación, en el que refirió que es claro el incumplimiento de la parte actora de su deber de diligencia y cuidado, deber que es intrínseco al afiliado como consumidor financiero, lo cual conlleva a que no deba ser beneficiario de su propia culpa o negligencia en su actuar; máxime que la inconformidad solo se vino a consolidar por la diferencia entre los montos pensionales entre los dos regímenes pensionales, las cuales no deben ser objeto de comparación, al ostentar características diferentes

Finalmente, que de confirmarse la ineficacia, debe ser absuelta de la condena de los gastos de administración y seguros previsionales durante el tiempo que estuvo vinculada, por cuanto los mismos tienen un mandato legal y en todo caso fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación del 29 de marzo del 2000 a PORVENIR S.A. (CD Fl. 206); y a Santander hoy PROTECCIÓN S.A del 24 de junio del 2003 (Fl. 101) formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el demandante tampoco admite haber recibido información suficiente, por el contrario, aduce que se trasladó por cuanto el asesor le indicó que se podría pensionar a una edad inferior, que la mesada sería superior y que era recomendable el traslado en tanto el INSTITUTO SE SEGUROS SOCIALES no ostentaba una buena situación económica.

Por ende, no se demostró que el actor recibiera al momento del traslado ilustración sobre aspectos como las características de cada régimen, la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar su derecho, rentabilidad del capital, incidencia en el monto

pensional de la edad de los posibles beneficiarios, las diversas modalidades de pensión de vejez y sus características; y conforme el artículo 1604 del Código Civil la diligencia en el cumplimiento de dicha obligación corresponde a las AFP, así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema en sus sentencias, entre ellas la SL1689-2019:

“Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

Cabe señalar que, al no acreditarse por parte de las AFP, que suministrara la información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica al incumplimiento de ese deber es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, así lo expresó la CSJ en sentencia SL3464-2019:

“En sentencia CSJ SL1688-2019 la Corte precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

“En la citada providencia, la Corte recordó que la ineficacia se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, es decir, este instituto excluye o le niega toda consecuencia jurídica. Según este concepto, la sentencia que declara la ineficacia de un acto no hace más que comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.”

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la demandada no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En otro giro por estudiar la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta, se tiene que respecto de la prescripción, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual se predica también respecto de la devolución de los gastos de administración, al ser una consecuencia directa de la declaración de la ineficacia, y ser parte de los dineros que el Sistema debe tener en su poder a efectos de financiar la pensión con la destinación específica que se regula en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De cara a lo indicado, confirmará la decisión que fuere adoptada en primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

VI.- DECISIÓN:

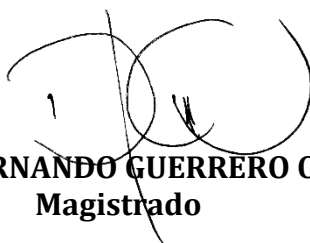
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

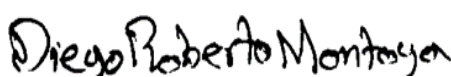
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero del 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

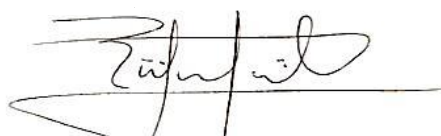
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

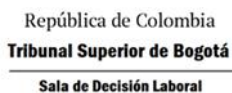


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se declare que la pasiva lo desmejoró salarialmente en un 50%, luego del accidente de trabajo y, en consecuencia, debe solucionar la suma de \$35.000.000 por concepto de reajuste salarial.

Se ordene el pago del reajuste de seguridad social, durante los 22 meses de incapacidad, hasta que se profiera el fallo, así como la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones con el monto del salario que debió devengar, más la indexación monetaria.

Finalmente, se declare que la pasiva está incurriendo en acoso laboral frente al demandante, y en consecuencia, conforme las recomendaciones de la ARL, sea reubicado, más la indexación y las costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 9 de diciembre del 2014, celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la pasiva, el cual consistía en manejar un camión Doble Troque Mixer de propiedad de la demandada, con mezcladora de cemento para cubrir los diferentes clientes de la demandada, con un salario básico de \$877.800, más un monto variable en función de la productividad por metro cuadrado y horas extras, para un salario promedio de \$2.600.000.

Indica que el 2 de febrero del 2015, sufrió un accidente de trabajo en la obra descargando el concreto de camión de Doble Troque Mixer, ocasionándole una ruptura de ligamento cruzado, ante un movimiento que debió realizar ante la caída de escombros. Posteriormente, el 9 de febrero del mismo año es despedido bajo el argumento de no haber superado el periodo de prueba. Razón por la cual inició acción de tutela y fue reintegrado en el cargo.

A consecuencia del accidente permaneció seis (6) meses incapacitado; el 20 de agosto del 2015 fue intervenido quirúrgicamente por parte de la ARL, acaeciéndose una trombosis de vena profunda por complicación quirúrgica.

Precisa que la demandada no tiene ayudas mecánicas, palancas o grúas que ayuden al manejo de la mezcladora, la cual debía accionar sin ayuda de otra persona.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, la empresa no implementó procedimientos de seguridad industrial, no le brindó un curso de introducción para el manejo de la mezcladora, ni tampoco implementó procedimientos y protocolos para evitar el accidente de trabajo, así como programas para evitar accidentes.

Refiere que fue reintegrado a un puesto de trabajo ubicado en un lugar abierto en inmediaciones a un caño de aguas negras y terreno escabroso, sin atender las recomendaciones médicas de la ARL, atinentes a que no debía laborar en superficies irregulares e inclinadas, así como que debía utilizar calzado liviano. El 10 de agosto del 2016 se le informó sobre un traslado a otra ciudad, en donde no cumplía un horario, sufriendo un accidente el 17 de agosto del 2016, por la que recibió atención de la ARL. En lo que atañe al salario agrega que tras su reintegro el mismo no superó el monto del \$1.400.000.

Aduce que ha solicitado varios traslados de cargo acordes a las recomendaciones médicas sin que se haya accedido a ello, de igual manera que la empleadora ha emprendido en su contra actuaciones como citarlo a descargos de manera injustificada, y aunque intentaron conciliar el retiro del trabajador por \$160.000.000, la empresa solo ofreció la suma de \$50.000.000, situaciones por las cuales radicó una queja de Acoso Laboral ante el Comité de Convivencia Laboral el 7 de diciembre del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva CEMEX COLOMBIA S.A. en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones alegando que entre las partes jamás ha existido una relación laboral o contractual. Alude que conforme las pruebas arrimadas por el demandante la relación laboral se mantuvo con la empresa CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A., siendo ambas personas jurídicas totalmente distintas.

Propuso como medios exceptivos previos los que denominó inexistencia de la relación laboral o de cualquier índole entre las partes, falta de legitimación en la causa por pasiva y como de fondo los de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido por ausencia de causa y título para pedir, buena fe y prescripción.

En audiencia surtida el 16 de agosto de 2018, se decide llamar a integrar el contradictorio a la empresa CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A., la que en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que no se encuentran reunidos los presupuestos fácticos requeridos para que se declare la culpa en cabeza de la demandada por el accidente que acaeció el 2 de febrero del 2015. De igual forma, precisa que el salario del demandante no ha sido disminuido en ningún momento, toda vez se encuentra constituido por una parte variable, el cual se causa y calcula acorde lo dispuesto en el contrato.

A su vez, procede a formular como medio exceptivo previo el de inepta demanda por la indebida acumulación de las pretensiones y como de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, inexistencia de culpa patronal, improcedencia de la declaración de acoso, buena fe, prescripción, compensación y subrogación de riesgos en el Sistema de Seguridad Social.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 9 de febrero del 2021 declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por CEMEX COLOMBIA S.A. y las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A., declaró que entre el demandante y la empresa CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. existe una relación laboral desde el 9 de diciembre del 2014, misma que se mantiene vigente; absolvió a CEMEX COLOMBIA S.A. y a CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión refirió el fallador de primera instancia que acorde con el material probatorio arrojado el proceso, se logra constatar que el accidente que sufrió el promotor se dio en virtud de un reflejo instintivo que lo llevó a saltar y golpearse la pierna, en lo cual no medió una culpa imputable a la empleadora.

Adicionalmente, indica que en la historia clínica y en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se puede constatar que la pérdida de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

capacidad laboral no se deriva exclusivamente del accidente que padeció el demandante en la empresa, sino por razón de una patología en la rodilla que había presentado previamente.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante interpuso recurso de apelación en el que en suma indica que se debe analizar que, si bien presenta una patología en su rodilla, lo cierto es que en el dictamen médico se indica que acaeció un accidente de trabajo que concurrió e incluso generó la pérdida de capacidad laboral.

De otra parte que, si bien el daño se produjo por un movimiento reflejo, aquel se derivó del riesgo por la caída de escombros, teniendo en cuenta que se encontraba trabajando solo, sin contar con ayuda para maniobrar la máquina, ni había sido capacitado para desarrollar las labores encomendadas, por lo cual si existe un nexo causal. Finalmente, que se causó un lucro cesante, en tanto con posterioridad a la ocurrencia del hecho, su salario fue disminuido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si existió culpa patronal en el acaecimiento del accidente de trabajo que padeció el demandante el 2 de febrero del 2015, dando lugar al pago de la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T.

c. Del Vínculo Laboral:

No es objeto de debate que entre el actor y CEMEX PREMEZCLADOS COLOMBIA S.A. existe una relación laboral desde el 2 de febrero del 2015, vigente a la fecha, en tanto así lo encontró acreditado el fallador de primera instancia y no fue objeto de controversia por el recurrente.

d. Culpa Patronal:

De conformidad con el artículo 216 del C.S.T. *“Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios”*, por lo tanto, le corresponde al accionante demostrar el advenimiento de un accidente de trabajo, así como el daño proveniente del mismo, la culpa del empleador en su ocurrencia y el nexo de causalidad.

Ahora bien, es preciso acotar que el máximo órgano de cierre sobre este punto, en sentencia del 6 de mayo de 2015, SL16792-2015, radicado 45750, precisó:

*“La Sala comienza por precisar que en materia de riesgos profesionales -hoy riesgos laborales-, **surgen dos clases de responsabilidad: (i) una objetiva -por el riesgo creado- que obliga a las administradoras de riesgos laborales «ARL» a reconocer al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones asistenciales y económicas que contempla el Sistema, que se generan a partir de la ocurrencia del siniestro y para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador y, (ii) otra subjetiva derivada de la «culpa suficientemente comprobada del empleador»**, por la que se le impone la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados a consecuencia de los riesgos profesionales que sufra su trabajador, que es la consagrada en el art. 216 del C.S.T...*

“Así lo enseñado esta Sala entre otras, en la Sentencia CSJ SL, 14 ago. 2012, rad. 39446, en la que al efecto dijo:

“Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjetiva] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional”, que le impone al empleador la obligación de resarcir de manera plena e integral los perjuicios ocasionados al trabajador como consecuencia de los riesgos profesionales que sufra, siempre que en este último caso medie culpa suya debidamente probada en punto de su ocurrencia...”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“...En ese contexto, se equivoca la censura al sugerir que la indemnización plena de perjuicios consagrada en el art. 216 del C.S.T., emana de la responsabilidad objetiva -riesgo creado-, en tanto como se ha explicado, es la culpa suficientemente comprobada del empleador, en la ocurrencia del riesgo laboral, la que origina la responsabilidad subjetiva de aquél...” (Negrillas de la Sala).

De igual manera, esa H. Corporación en sentencia del 30 de junio de 2005, Rad: 22.656. ha referido:

“Ahora bien, la viabilidad de la pretensión indemnizatoria ordinaria y total de perjuicios, como atrás se dijo, exige el acreditarse no solo la ocurrencia del siniestro o daño por causa del accidente de trabajo o enfermedad profesional, sino también, la concurrencia en esta clase de infortunio de ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador.

“Esa ‘culpa suficiente comprobada’ del empleador o, dicho, en otros términos, prueba suficiente de la culpa del empleador, corresponde asumirla al trabajador demandante, en acatamiento de la regla general de la carga de la prueba de que trata el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Es decir, a éste compete ‘probar el supuesto de hecho’ de la ‘culpa’, causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley ‘culpa leve’ que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ en la administración de sus negocios.

“De suerte que, la prueba del mero incumplimiento en la ‘diligencia o cuidado ordinario o mediano’ que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador.

“La abstención en el cumplimiento de la ‘diligencia y cuidado’ debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

“No puede olvidarse, además, que ‘la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo’, tal y como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquélla, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al *sub-examine*, se tiene plena certeza de que el demandante sufrió un accidente de trabajo el día 2 de febrero del 2015. Supuesto de facto en torno al cual no gira el presente debate, por cuanto la pasiva jamás ha debatido el origen del mismo, ni mucho menos la ARL que desde el inició de la contingencia viene asumiendo la prestación asistencial requerida por el demandante.

Siendo así, partiendo de la base que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 2 de febrero del 2015, resta por establecer si el mismo se ocasionó por culpa imputable al empleador, esto es, por no cumplir con la obligación de diligencia y cuidado que le asiste frente a sus trabajadores, acorde con lo reglado en el artículo 57 del C.S.T.

Para cumplir este objetivo, resulta necesario recabar en las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se dio el accidente de trabajo, el cual fue relatado en los siguientes términos en la demanda:

“[...] mi patrocinado se encontraba en los mandos de la parte de atrás en el descargue del concreto, la mixer era un mixer [...] muy vieja y en mal estado que habían traído de la costa, cuando este se disponía a descargar el concreto, inició el procedimiento momento en el cual le cayó (sic) escombros de concreto en el casco que llevaba puesto.

“Acaecida esta situación, el señor GUSTAVO GÓMEZ saltó hacia el lado derecho donde había una placa baja y se le fue la rodilla de lado, ocasionándole una ruptura de ligamento cruzado anterior, con trauma en rodilla derecha”.

Ahora, en el caudal probatorio arrojado milita la historia clínica del demandante (Fls 41-87) de la cual se puede establecer con claridad que el accidente se generó debido a que al caer escombros el demandante realiza un movimiento que le genera un trauma rotacional en la rodilla. Sumado a ello, encontramos el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual se corrobora que el actor fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 13,90%, originado en el accidente de trabajo (Fls 384 a 386).

No obstante, constata esta Corporación que le asiste la razón al *a-quo* al indicar que se encuentra probado que el actor había sufrido una preexistencia médica, por cuanto en el año 2001 se le había practicado una cirugía en la rodilla derecha.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por esta misma senda, en lo que atañe a las obligaciones del empleador, el mismo acredita que la empresa contaba con un Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial (Fls 62 a 76), había implementado la política de salud y seguridad (Fls 77 a 78), previo al accidente se le efectuó al demandante una evaluación de maniobras (Fls 83 a 84), se realizaron pruebas técnicas para la operación del equipo Mixer (Fl 85), contaba con una plena identificación del puesto de trabajo en la cual se exigía al libelista cumplir con las políticas de seguridad industrial, salud y medio ambiente (Fls 86 a 90), se encontraba debidamente implementado el Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo (CD Fl 356), le suministraba al demandante los elementos de protección personal (Fls 357 a 358) y contaba con un Comité Paritario de Seguridad y Salud.

Implica lo aludido que la pasiva logró acreditar con suficiencia que tenía implementados todos los mecanismos de Seguridad y Salud en el Empleo, tendientes a garantizar el debido cuidado de la salud del empleador y mitigar cualquier riesgo derivado de la actividad laboral desempeñada.

De igual forma, se corrobora de los hechos narrados en la demanda y lo indicado en la historia clínica, que tal y como lo asevera el fallador de primera instancia, el accidente laboral se generó en razón a una respuesta instintiva del demandante que al sentir que caían escombros saltó hacia el lado en donde se encontraba una placa, lo que dio lugar a la ruptura del ligamento cruzado. Sin embargo, llama la atención de la Sala que no existe evidencia alguna de un nexo causal que permita corroborar que la caída del escombro se dio por causa o con ocasión al incumplimiento de alguna de las obligaciones del empleador, *a contrario sensu*, este logró acreditar con suficiencia el cabal cumplimiento de sus obligaciones laborales. Aunado a ello, lo cierto es que el accidente realmente se dio por el movimiento realizado por el trabajador, el que, por demás, no se acreditó que fuera de tal magnitud que pudiese generar una perturbación en el estado de salud del demandante, y que se ocasionara además por un hecho imputable a la negligencia del empleador.

Siendo ello así, resulta diáfano colegir que la pretensión encaminada a la declaratoria de la culpa patronal adolece de vocación de prosperidad como lo estableció el fallador de primera instancia, por lo que se releva la Sala del estudio de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

las demás pretensiones que penden de la referida declaratoria, entre estas el pago del lucro cesante al que se alude en el recurso de alzada.

De cara a lo expresado en líneas precedentes, es patente que ninguno de los reparos enrostrados al fallador de primera instancia en el recurso de alzada, tienen la potestad de quebrar la decisión judicial recurrida y por ende es menester de la Sala confirmar la providencia objeto de debate. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

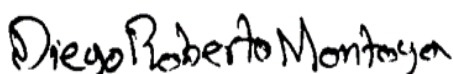
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de febrero del 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

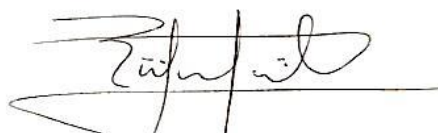
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2019 00121 02**
Demandante: MARÍA LIDIA MORENO VACA
Demandado: LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y
CRÉDITO PÚBLICO, DISTRITO CAPITAL DE
BOGOTÁ - SECRETARÍA DE SALUD,
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA,
BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y la
FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS EN
LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Diana Marcela Mendivelso Valbuena*, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.716.202 y T.P. 129.798 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación del *Ministerio de Hacienda y Crédito Público*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, toda vez que la decisión fue adversa a sus pretensiones, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora MARÍA LIDIA MORENO VACA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ – SECRETARÍA DE SALUD, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA y la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS EN LIQUIDACIÓN, con la finalidad que le sea aplicada la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y el Sindicato SINTRAHOSCLISAS desde el 20 de diciembre de 2006, en lo que atañe al pago de las mesadas pensionales junto con sus intereses desde el momento en que se causó el derecho, más lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, se condene a las demandadas al pago de la sanción por despido sin justa causa e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que laboró bajo la constante subordinación y dependencia de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1986 y el 20 de diciembre de 2006, desempeñando como último cargo el de Servicios Generales con una remuneración salarial mensual de \$408.000 más la suma de \$179.520 por antigüedad.

Que el 20 de diciembre de 2006, la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS le comunicó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, así como que al momento del despido se encontraba afiliada al sindicato SINTRAHOSCLISAS.

Seguidamente, relató que el 21 de febrero de 1996, la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS suscribió con SINTRAHOSCLISAS una Convención Colectiva de Trabajo por el término de dos años, la cual se ha venido prolongando en el tiempo, de ahí que sea beneficiaria de la pensión de jubilación contemplada en el artículo 3º convencional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por último, refirió que su vinculación de trabajadora oficial fue declarada mediante sentencia judicial emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sostuvo en su contestación que, nunca sostuvo relación alguna con la demandante, así como que el HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS y el UNSTITUTO MATERNO INFANTIL son entidades adscritas o vinculadas a sus dependencias.

Propuso las excepciones de indebida acumulación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO no es administrador de pensiones, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la demandada y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, inexistencia de la convención colectiva y por ende de los derechos convencionales reclamados por la demandante y genérica.

El DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el entendido que la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS no perteneció a sus dependencias, sumado al hecho que nunca tuvo contrato laboral con la demandante.

Formuló las excepciones de falta de reclamación administrativa, cosa juzgada, falta de integración de litis consorcio necesario, prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inaplicabilidad de las convenciones colectivas de trabajo, y las excepciones que resulten probadas.

El CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LA EXTINTA FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS Y HOSPITALES: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS E INSTITUTO MATERNO INFANTIL resaltó que a la demandante no le son aplicables las convenciones que en su momento suscribió la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS a la luz de lo dispuesto por la Corte Constitucional en Auto 268 de 2016, ratificado por Auto 382 de 2017.

Interpuso como medios exceptivos los denominados falta de causa, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, prescripción de mesadas pensionales, buena fe y excepción de oficio.

BOGOTÁ D.C. se opuso a las súplicas de la demandante, argumentando que no suscribió convenciones colectivas que otorgara derechos a la demandante, al no haber sido parte en su negociación ni firmante de dichos acuerdos, al igual que los temas convencionales quedaron excluidos por la Corte Constitucional en sentencia SU – 484 de 2008.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, no aplicación de beneficios convencionales, no demostración de la calidad de trabajador oficial de la parte demandante y genérica.

La BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA dijo que a la demandante no le son aplicables las convenciones colectivas que en su momento se suscribieran con la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, a la luz de lo dispuesto en el Auto 268 de 2016, ratificado en Auto 382 de 2017.

Interpuso las excepciones de falta de causa, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y excepción de oficio.

Ahora bien, en el transcurrir del trámite procesal, el *a-quo* en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. llevada a cabo el día 27 de julio de 2020, declaró no probadas las excepciones previas denominadas falta de agotamiento de la reclamación administrativa y falta de integración de litis consorte necesario, al igual de difirió el estudio de las excepciones previas de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del sujeto procesal, prescripción y cosa juzgada para el momento de la sentencia que pusiera fin a la instancia.

Como consecuencia de lo anterior, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMRCA interpuso recurso de apelación en el que en suma indica que la reclamación administrativa elevada por la demandante lo fue ante la UNIDAD



ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES el 5 de octubre de 2018, ente descentralizado que cuenta con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa de acuerdo al Decreto 251 de 2016. Igualmente, recurrió sobre la falta de integración de litisconsorcio necesario, toda vez que el Decreto 306 de 2017, establece que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES es la encargada de la representación judicial en materia de pensiones.

Por su parte, el PATRIMONIO AUTÓNOMO coadyuvó el recurso, y frente a la excepción de cosa juzgada, solicitó el estudio de los escritos de demanda de los procesos presentados por la aquí demandante con radicaciones No. 2007-00848 y 2008-00946 en los que se había debatido el reconocimiento de la pensión de jubilación.

En razón de ello, esta Sala en decisión del 30 de octubre de 2020, dispuso revocar el auto de primer grado proferido el 27 de julio de 2020, en lo que concierne a la excepción previa de cosa juzgada, para en su lugar, declararla parcialmente probada con relación a los pedimentos encaminados al reconocimiento y pago de la pensión convencional reclamada.

Tal decisión se llevó a cabo con el argumento que en lo que concierne a la excepción de cosa juzgada, y evidenciado el caudal probatorio, se logró colegir que en el proceso 04-2007-00848-00, la aquí demandante junto con otros promotores había presentado demanda ordinaria laboral en contra de la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA (DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA), a efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión convencional establecida en el artículo 30 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y SINTRAHOSCLISAS, la indexación de las mesadas atrasadas y los intereses moratorios, proceso que fue fallado el 30 de abril por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual decidió absolver a la demandada por cuanto no acreditó la calidad de trabajadora oficial y que fuese confirmada por esta Corporación con sentencia del 30 de noviembre de 2010.

Frente al proceso 10-2008-00946-00, se concluyó que la promotora había promovido demanda ordinaria laboral en contra de la BENEFICENCIA DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUNDINAMARCA, a efectos de que se declarara que laboró para el HOSPITAL MATERNO INFANTIL y teniendo en cuenta la liquidación del HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS, se ordenara la reincorporación de la demandante sin solución de continuidad.

Por tal razón, fue que se determinó que el proceso 04-2007-00848-00, comparte con el presente asunto identidad de partes (*María Lidia Moreno Vaca contra la Beneficencia de Cundinamarca, Bogotá D.C, Departamento de Cundinamarca y la Fundación San Juan de Dios en Liquidación*) y parcialmente la *causa petendi*, habida consideración que en ambos la demandante persigue el reconocimiento y pago de la pensión convencional contemplada en la Convención Colectiva suscrita entre la FUNDACIÓN HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS y SINTRAHOSCLISAS, ambas solicitudes teniendo en cuenta el tiempo que alega haber laborado para el HOSPITAL MATERNO INFANTIL.

No sucedió lo mismo con el proceso 10-2008-00946-00, como quiera que no guarda identidad de pedimentos con los aquí perseguidos, elemento indispensable para que se declare la cosa juzgada.

Seguidamente, se puntualizó que la excepción de cosa juzgada procedía, pero de manera parcial, en tanto en ninguno de los procesos referidos, se solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa debidamente indexada y que se reclamó de manera subsidiaria dentro del presente asunto, de ahí que debía continuarse con el debate únicamente en lo atinente a la misma.

Frente a la excepción de falta de agotamiento de la reclamación administrativa presentada por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, no se accedió a su prosperidad toda vez que se concluyó que se había elevado en legal forma.

Sobre la excepción de falta de integración del litisconsorcio necesario elevada igualmente por el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, en la que se solicita la vinculación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE PENSIONES, se estableció su falta de vocación por cuanto se declaró la cosa juzgada sobre la pensión de jubilación, de ahí que no fuese menester la vinculación del ente perseguido.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó en primer lugar que no fue objeto de discusión que entre la demandante y la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1986 y el 20 de diciembre de 2006, en virtud del cual la actora desempeñó como último cargo el de Ayudante de Servicios Generales y una asignación básica mensual de \$408.000, \$179.520 que correspondió al 44% de prima de antigüedad, \$53.400 atinentes a auxilio de transporte y \$20.160 por prima de navidad.

Que en razón a que este Tribunal declaró en este asunto de manera parcial en la excepción de cosa juzgada en lo que respecta al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación de carácter convencional, fue enfático en resaltar que lo único que se analizaría sería la sanción por despido sin justa causa estimada en el *petitum*.

Por ende, sostuvo que frente a la naturaleza jurídica de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS, el Consejo de Estado en providencia del año 2005 declaró la nulidad de los Decretos 2090 de 1979, 13 de 1974 y 371 de 1998, en la que se dispuso que tal ente nunca ostentó la calidad de Fundación, sino que se trató de una Institución de Salud de carácter Departamental adscrita al Departamento de Cundinamarca, razón por la que se declararon ineficaces las relaciones jurídicas que envolvían a esta entidad con sus trabajadores, determinándose entonces que las personas allí vinculadas eran empleados públicos y excepcionalmente trabajadores oficiales en el caso de que hubiese personal que laborara en la construcción o mantenimiento de obras públicas.

De ahí que la indemnización por despido sin justa causa no pudiera ser aplicada a los empleados públicos, sino que la misma únicamente se regula para trabajadores particulares en los términos de que trata el artículo 64 del C.S.T., y en tratándose de trabajadores oficiales lo regulado en el Decreto 2127 de 1945 en lo que atañe al plazo presuntivo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en tal sentido, no es cierto que la demandante haya sido trabajadora oficial, pues incluso en atención de la sentencia aludida por la demandante y que proferiera la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de noviembre de 2010, se determinó una decisión totalmente contraria, esto es, se concluyó que la actora como consecuencia de su cargo que fue el de Ayudante de Servicios Generales no desempeñó funciones inherentes al mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales de la entidad accionada.

Por otra parte, adujo que la pretensión del despido sin justa causa tampoco estaría llamada a prosperar como consecuencia del paso del tiempo, ya que al haber culminado la relación laboral en el año 2006, la demandante tenía un tiempo de tres años para perseguir la pretensión de conformidad con lo establecido en el artículo 151 de C.P.T. y de la S.S. en tratándose de trabajadores oficiales, por lo que al haberse presentado la demanda después de doce años, era notoria la operancia del fenómeno prescriptivo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

En virtud a que la demandante no interpuso recurso alguno sobre la decisión proferida en primera instancia, esta Colegiatura analizará el proceso en el grado jurisdiccional de consulta a su favor de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala entrará a establecer si a la demandante señora MARÍA LIDIA MORENO VACA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche la demandante prestó servicios a la extinta FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS por el periodo comprendido entre el 15 de octubre de 1986 y el 20 de diciembre de 2006, en virtud de la cual desempeñó como último cargo el de Ayudante de Servicios Generales Diurna, con una asignación básica mensual de \$408.000, más \$179.520 que correspondió al 44% de prima de antigüedad, \$53.400 atinentes a auxilio de transporte y \$20.160 por prima de navidad, prueba de ello lo es la certificación emanada por la Seccional de Nóminas del INSTITUTO MATERNO INFANTIL LIQUIDADO el 16 de julio de 2007 (Fl. 13).

Tampoco el hecho que esta Sala en proveído de fecha 30 de octubre de 2020, declaró probada parcialmente la excepción previa de cosa juzgada en lo que respecta a la pretensión elevada por la demandante atinente al reconocimiento y pago de la pensión convencional establecida en la Convención Colectiva de Trabajo que suscribiera la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS y el Sindicato SINTRAOCLISAS (Fls. 512 a 517), de ahí que el problema jurídico tan solo se circunscribiera a la pretensión de carácter subsidiario por la sanción por despido sin justa causa.

Así las cosas, vale la pena destacar que, la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 8 de marzo de 2005, declaró la nulidad de los Decretos 290 de 1979, 1374 de 1979 y 371 de 1998, los cuales consagraban la naturaleza jurídica privada de la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS. Por lo tanto, una vez declarados nulos, su propiedad retornó a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, establecimiento público del orden departamental, lo que determinó que sus servidores recuperaran la condición de servidores públicos y eventualmente como trabajadores oficiales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Tal decisión tiene efectos jurídicos *erga omnes* conforme al artículo 175 del Código Contencioso Administrativo. Por ello, la propiedad de la FUNDACIÓN retornó a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, establecimiento público del orden Departamental, naturaleza jurídica relevante, en tanto que a partir de esta se determina la calidad del vínculo laboral la actora. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL208-2021, Radicación No. 58133 del 2 febrero de 2021, señaló:

De conformidad con el criterio jurisprudencial fijado por la Sala, entre otras, en las sentencias CSJ SL17428-2016, SL5170-2017 y SL13275-2017, que ha establecido de manera uniforme y pacífica que la sentencia del Consejo de Estado pronunciada el 8 de marzo de 2005, mediante la cual se declaró la nulidad de los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, los cuales dieron origen a la Fundación San Juan de Dios, tiene efectos ex tunc (desde siempre), no ex nunc (desde ahora); por ende, la nulidad decretada por el Consejo de Estado, afecta desde la calenda de expedición de los decretos anulados.

La Sala ha sostenido, al resolver casos similares seguidos contra las mismas demandadas, especialmente la Fundación San Juan de Dios, que (SL17428-2016, reiterada en las SL5170-2017 y SL13743-2017):

“Tampoco es de recibo el argumento que los servidores de la Fundación San Juan de Dios solo serían empleados públicos a partir de la declaratoria de nulidad de los decretos de creación del Centro Hospitalario, es decir, desde el año de 2005, en tanto por sabido se tiene, que las sentencias de nulidad del Consejo Estado producen efectos ex tunc, esto es, desde la expedición de los actos administrativos anulados, luego ello significa que la naturaleza jurídica del vínculo laboral de la actora siempre ha sido la de empleada pública.

En ese orden de ideas, no se puede desconocer que, a pesar de ello, se deben reconocer las situaciones jurídicas que se hubieren consolidado con anterioridad a la decisión que anuló tales actos administrativos, tal como lo tiene sentado el Consejo de Estado¹, que al efecto ha precisado:

“Ahora, la nulidad de un acto administrativo general si bien es cierto que la jurisprudencia tiene determinado que produce efectos ex tunc (‘desde entonces’), esto es, desde el momento en que se profirió el acto anulado por lo que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto, no es menos cierto que la jurisprudencia también tiene establecido que ello en modo alguno significa que dicha declaratoria afecte situaciones concretas e individuales que se hayan producido en vigencia del mismo. En otras

¹ Sentencia con radicado 25000-23-26-000-1999-00482-01 (21051) del 5 de julio de 2006 C.P. Doctora RUTH STELLA CORRREA PALACIO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

palabras, sólo las situaciones no definidas son afectadas por la decisión anulatoria, bien porque se encontraban en discusión o eran susceptibles de discusión en sede administrativa, ya porque estuvieren demandadas o eran susceptibles de debatirse ante la jurisdicción administrativa entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria. Se excluyen, entonces, aquellas situaciones consolidadas en aras de la seguridad jurídica y de la cosa juzgada, habida cuenta de que “la ley (...) ha querido que las situaciones particulares no queden indefinidamente sometidas a la controversia jurídica y para ello ha establecido plazos dentro de los cuales se puede solicitar la revisión de las actuaciones administrativas y de encontrarse violatorias de normas superiores, para excluirlas del ámbito jurídico y restablecer el derecho del afectado”... (Subraya la Sala).

Sin embargo, esas “situaciones consolidadas” respecto de la demandante no cubrió la terminación de su vínculo laboral, el que feneció el 20 de diciembre de 2006, pues, antes de esta fecha ya se había proferido la sentencia del Consejo de Estado, es decir, para la calenda en que finalizó ese vínculo ya se había producido los efectos legales de esa sentencia, por lo que al retornar la propiedad a la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA, establecimiento público del orden departamental, implicó cambiar la naturaleza o calidad de los servidores de la misma, tornándose en empleados públicos. Eso sí, preservándose los derechos que como trabajadores particulares hubieran adquirido. Por ello, se torna necesario establecer si por razón del cargo desempeñado por la actora, adquirió la calidad de empleada pública o trabajadora oficial a la terminación de su vinculación laboral.

Para el efecto, es preciso indicar que la demandante prestó sus servicios a la FUNDACIÓN SAN JUAN DE DIOS – INSTITUTO MATERNO INFANTIL, en el cargo de “Ayudante de Servicios Generales”.

Las reglas contenidas en el capítulo IV de la Ley 10 de 1990 mediante la cual se organiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones, reza en el parágrafo del artículo 26: “Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”, disposición que permite calificar a la demandante como trabajadora oficial.

En este punto, la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial, máxime si se tiene en cuenta que en la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2010



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

proferida por este Tribunal, se señaló también en sus consideraciones en señalar en sus consideraciones tal calidad, como se desprende de la página 30 de dicha decisión donde se sostuvo:

*“De otra parte, como ya se había advertido, sólo un grupo de accionantes lograron acreditar su calidad de trabajadores oficiales, teniendo en cuenta la denominación de su cargo: MARIA GRACIELA AGUDELO que desempeñó el cargo de Ayudante de Servicios Nocturna, ANA BELISA CHAVEZ BLANCO que laboró como Ayudante Servicios Generales Nocturna, **MARIA LIDIA MORENO VACA que desempeñó el cargo de Ayudante de Servicios Generales**, AURA MARIA PARRA quien estuvo al servicio de la demandada en el cargo de Ayudante de Servicios Generales Diurna, FLOR ISMENIA PATIÑO PATIÑO que estuvo laborando como Ayudante de Servicios Generales, y MARIA DIOSELINA VARILA que desempeñó el cargo de Auxiliar de Archivo Nocturno.”*

Situación que reafirma los argumentos expuestos.

A pesar de lo anterior, advierte la Sala que como lo sostuvo el *a-quo*, resulta improcedente el pago de la sanción por despido sin justa causa, pues como quedó consagrado en la sentencia SU-484 de 2008, la trabajadora prestó sus servicios al servicio del INSTITUTO MATERNO INFANTIL, de ahí que las obligaciones laborales derivadas de este surgieron a partir del 15 de junio de 2005 por intermedio de la BENEFICENCIA DE CUNDINAMARCA; circunstancia por la cual, al presentarse la demanda el 15 de febrero de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto (Fl. 104), y haber culminado la relación laboral el 20 de diciembre de 2006, es palmario que el término prescriptivo trienal operó a la luz de establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. lo anterior teniendo en cuenta además que la reclamación administrativa data del 8 de octubre de 2018 (Fls. 100 a 101).

De tal manera, que tal como lo señaló la *a-quo* desde la terminación del vínculo laboral, transcurrió un término superior a tres (3) años, motivo por el cual se confirmará la decisión de primer grado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

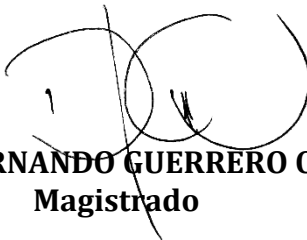
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

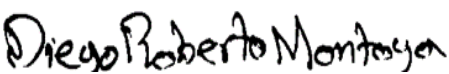
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

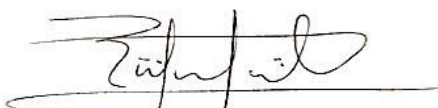
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



salarial devengada como trabajadora en misión en relación con los empleados de planta de la entidad por el tiempo de la vigencia del contrato de trabajo, más el pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión desde el 16 de julio de 2009 hasta la fecha del pago de la sentencia, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, vacaciones, sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria, indexación de las condenas, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que prestó personalmente sus servicios remunerados y bajo subordinación del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2009 y el 30 de noviembre de 2014 en el cargo denominado Crédito VI.

Que las funciones desempeñadas para la entidad encartada correspondieron a funciones misionales y permanentes, pese a que existe personal de planta desempeñando las mismas actividades, vinculación que se mantuvo a través de contratos de trabajo suscritos con TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. por los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 2009 y el 23 de marzo de 2010, entre el 26 de marzo y el 24 de octubre de 2010, entre el 13 de abril de 2011 y el 13 de marzo de 2012, entre el 14 de marzo de 2012 y el 30 de enero de 2013, entre el 1º de febrero de 2013 y el 21 de enero de 2014, entre el 22 de enero y el 16 de octubre de 2014, y entre el 28 de octubre y el 30 de noviembre de 2014.

Seguidamente, relató que realizó sus laborales bajo la constante subordinación y dependencia del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, cumpliendo órdenes, así como el horario de trabajo impuesto, percibiendo una remuneración inferior a la ostentada por los trabajadores de planta.

Por último, indicó que mediante escrito del 25 de noviembre de 2014 expedido por la División de Gestión Humana del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, se le comunicó que al culminar la jornada laboral del 30 de noviembre de 2014 su contrato finalizaría.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que como entidad nunca suscribió contrato alguno con la demandante, y en tal medida carece de facultad para terminar cualquier vínculo en el que no sea parte.

Adujo que el verdadero empleador de la demandante fue TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S., empresa usuaria de los servicios prestados por la demandante como trabajadora en misión. Que por lo demás, no existe ninguna obligación, en tanto a la actora se le pagó lo que correspondía como remuneración, así como los beneficios adicionales que establece la ley, aunado a que la Empresa de Servicios Temporales realizó los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensión por los tiempos reclamados.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleada de la demandante, buena fe, compensación y prescripción.

TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. argumentó en su contestación que la demandante fue vinculada mediante distintos contratos por duración de la obra o labor contratada, dentro de los cuales y en virtud de la modalidad contractual, la actividad fue prestada por la Empresa de Servicios Temporales a la empresa usuaria FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ello de conformidad con lo establecido en la Ley 50 de 1990, contrataciones en las que por demás a la actora siempre le fueron canceladas sus acreencias laborales.

Propuso las excepciones de prescripción, existencia de vinculación legal, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de derecho al reconocimiento de salario igual al devengado por los trabajadores del sector público, inexistencia de despido sin justa causa y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la



demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 2009 y el 30 de noviembre de 2014, con una interrupción desde el 25 de octubre de 2010 hasta el 13 de abril de 2011.

Por consiguiente, condenó al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador único y como deudor solidario por actuar como simple intermediario a TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. en la suma de \$41.249.850.77 por la diferencia salarial entre el 18 de noviembre de 2013 y el 30 de noviembre de 2014, diferencia de cesantías en \$10.969.521.92, diferencia de prima de navidad en \$3.428.859.87, diferencia de prima de servicios en \$3.615.901.38 y diferencia por concepto de vacaciones por valor de \$1.728.388.98, suma que dispuso cancelar debidamente indexadas.

Asimismo, absolvió a las demandadas de las demás súplicas, declaró probada la excepción de prescripción respecto de toda acreencia causada entre el 16 de julio de 2009 y el 24 de octubre de 2010, y parcialmente respecto de acreencias causadas entre el 13 de abril de 2011 y el 18 de noviembre de 2013, a excepción de las cesantías, así como que condenó en costas procesales a ambas demandadas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que dentro del proceso se demostró que TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. certificó la existencia de diferentes contratos de trabajo desde el 16 de julio de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, presentándose una solución de continuidad entre el 24 de octubre de 2010 y el 13 de abril de 2011, de ahí que hubiese declarado la prescripción de lo perseguido por la demandante con anterioridad de la calenda ya referida, esto es, 13 de abril de 2011, por cuanto existió una suspensión superior a un mes, tiempo que atendiendo los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no puede entenderse como una única relación laboral.

Que de los contratos de trabajo suscritos entre TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. y la demandante, lo fueron conforme a lo regulado en el numeral 3º del artículo 6º Decreto 4369 de 2009, que eran el apoyo a las actividades misionales para la entidad FONDO NACIONAL DEL AHORRO, sin embargo, se demostró que el término en la contratación entre la entidad y la empresa



usuaria superó el término de seis (6) meses como quedó consignado en los extremos decretados, por lo que atendiendo los postulados jurisprudenciales, estableció que quien fungió como verdadero empleador fue la entidad y la Empresa de Servicios Temporales resulta en ese escenario, solidariamente responsable.

Frente a la reliquidación salarial, sostuvo que, de conformidad con el caudal probatorio, se logró demostrar que la demandante desempeñó las mismas funciones de los trabajadores de planta del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en el cargo de Profesional I, de ahí que hubiese ordenado las condenas impuestas como consecuencia de la reliquidación.

No condenó por concepto de intereses a las cesantías, con el argumento que no operan para trabajadores oficiales, criterio aplicable frente a la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T.

Frente a la indemnización moratoria, señaló que lo procedente para trabajadores oficiales es lo regulado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y no en el artículo 65 del C.S.T., indemnización que no se causa de manera automática, sino que se deben analizar las condiciones del empleador para sustraerse al pago, situación que no ocurrió dentro del presente asunto como quiera que fue por vía judicial que se declaró como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y por consiguiente se ordenaron las condenas por concepto de reliquidación, aspecto que conllevó a la absolución de esta súplica.

Por último, en lo que respecta a la reliquidación de pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, decidió que era procedente lo atinente a la cancelación de aportes en pensión teniendo en cuenta los salarios que la actora causó como Profesional I al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la parte demandante la apeló. Adujo que debe reconocerse lo referente a las primas legales y extralegales, ya que en la declaración juramentada realizada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se



manifestó que los trabajadores oficiales perciben unas bonificaciones y unas primas extralegales que no eran percibidos por los trabajadores misionales, como lo fue la prima de vacaciones, bonificación por recreación, subsidio de alimentación y otros factores más que se aluden en el informe juramentado.

Que debe proceder la sanción por despido sin justa causa, pues a pesar que se manifestó que era trabajadora oficial, no se hizo un sustento al momento de retirarla de sus funciones de la entidad. En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, dijo ser evidente la mala fe del FONDO NACIONAL DEL AHORRO pues desde el año 2004 viene contratando personal en misión para hacer funciones del giro ordinario de la entidad, desconociendo lo permitido por la Ley 50 de 1990, máxime si se tiene en cuenta que su labor bajo este escenario se dio por un interregno de seis años.

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO argumentó en su alzada que, existe una seria inconsistencia entre lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte y los testimonios practicados, ya que sus dichos en nada demuestran lo decidido por el fallador de instancia en lo que respecta a que como entidad sea el verdadero empleador de la señora FLOR ALBA PEDREROS HUERTAS.

De otra parte, expuso que la reclamación administrativa fue presentada el 18 de noviembre de 2016, por lo que desde esa fecha y hacia atrás se debieron tomar los últimos tres años y como tal, desde el 18 de noviembre de 2013 fue que debió analizarse el fenómeno prescriptivo.

TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S. encontró inconformidad en la solidaridad declarada. Indicó que debe tenerse en cuenta lo decantado por el Órgano de cierre, en tanto el único actuar que realizó como temporal fue suministrar un trabajador en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y si la demandante realizó unas funciones propias de la entidad como lo fue el cargo de Profesional, esa situación no fue de su conocimiento ya que nunca se le informó, por lo que solo el hecho que se hubiese sobrepasado el año en la contratación de conformidad con lo establecido en el Decreto 4369 de 2009, no es un apremiante para la declaratoria solidaria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa, y atendiendo los recursos de apelación interpuestos por las partes, auscultará en primer lugar si las relaciones laborales declaradas por el fallador de instancia respecto de la actora para con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO deben confirmarse, o si por el contrario, no puede declararse a la primera como trabajadora directa de la encartada.

En caso de prosperar el primer planteamiento jurídico, deberá analizarse si es próspera la solidaridad endilgada a TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S.

Por último, se determinará si proceden pagos de carácter convencional a favor de la demandante, así como el pago a la sanción por despido sin justa causa e indemnización moratoria, aunado a que deberá analizarse la prescripción decidida por el *a-quo*, en virtud a que fue clara la inconformidad de este punto por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre la demandante y TEMPORALES UNO - A BOGOTÁ S.A.S., se suscribieron diferentes contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, en virtud de los cuales la actora se desempeñó como trabajadora en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en el cargo denominado Crédito IV, contratos que tuvieron los siguientes extremos temporales y salarios:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

INICIO	FINAL	SALARIO
16/07/2009	23/03/2010	\$ 1.680.000
26/03/2010	24/10/2010	\$ 1.680.000
13/04/2011	13/03/2012	\$ 1.680.000
14/03/2012	30/01/2013	\$ 1.680.000
1/02/2013	21/01/2014	\$ 1.680.000
22/01/2014	16/10/2014	\$ 1.680.000
28/10/2014	30/11/2014	\$ 1.680.000

Lo anterior, se demuestra con la certificación laboral expedida por la Empresa de Servicios Temporales demandada de fecha 13 de junio de 2019 (F. 272).

Bajo esta óptica, y como lo sostuvo el fallador de instancia, lo cual no se refutó por las partes, se estatuyeron dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 2009 y el 24 de octubre de 2010 y entre el 13 de abril de 2011 y el 30 de noviembre de 2014. Ello en razón a que, es evidente que existió un interregno desde el 24 de octubre de 2010 hasta el 13 de abril de 2011, por lo que, atendiendo los presupuestos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal extralimitación de tiempo no se puede atender en favor del trabajador para la declaratoria de una única relación laboral, así se ha sostenido en algunas sentencias tales como la SL347-2021, Radicación No. 76243 del 1 de febrero de 2021, SL149-2021, Radicación No. 78083 del 25 de enero de 2021, SL095-2021, Radicación No. 74219 del 20 de enero de 2021; circunstancia por la cual, los contratos declarados en primera instancia se mantendrán incólumes.

Ahora bien, en lo que atañe a la contratación de las Empresas de Servicios Temporales, es menester indicar que estas verifican el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de actividades. Las mismas están reguladas por la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

En el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, que para lo que interesa en el presente caso se trae a colación lo expuesto en su numeral tercero:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.”

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

Si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios y se supera el plazo estipulado en el numeral 3º el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y en este caso la presunción de la modalidad contractual para el trabajador oficial.

Asimismo, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio de parte de la demandante, quien manifestó que en la actualidad se dedica al hogar, así como que trabajó para TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. desde el 16 de julio de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2014, vínculo que finiquitó de manera unilateral y sin justa causa por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Que sus acreencias laborales eran canceladas por la Empresa de Servicios Temporales y en las instalaciones de la entidad.

Puntualizó que los contratos que suscribió eran por obra o labor determinada en el cargo de Crédito VI, y sus funciones siempre se prestaron al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, que eran las mismas de los empleados de planta en el cargo de Profesional I. Que entre uno y otro contrato existieron interregnos de aproximadamente una semana, sin que nunca hubiese suscrito un contrato directamente con la entidad accionada.

Expuso que TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. le canceló todas sus acreencias laborales, así como que las funciones desarrolladas eran en el Área de Función de Crédito del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, consistían en la elaboración de los poderes para los abogados externos a nivel nacional, manejando un promedio de 140 profesionales del derecho, apoyaba en las



capacitaciones de los abogados externos, tenía control de los desembolsos del Área de Crédito junto con el Director de Crédito para enviarse con posterioridad al Área Comercial, atendía los puntos de atención a nivel nacional como consecuencia de las quejas y reclamos y los derechos de petición que se presentaban en la entidad.

Que en el momento en que el Director de Crédito le remitía los correos que tenía a su cargo, ella era quien elaboraba las respectivas respuestas, atendía créditos especiales del punto de atención de la Oficina de Puente Aranda, tenía la atención a nivel nacional de los afiliados que presentaban reclamos con ocasión a sus desembolsos de crédito, reintegro de los mismos, de las cesantías que no les eran aplicadas, manejaba el pago de honorarios de los abogados trasladándolos al Área de Recursos Humanos, manejaba de manera cronológica el archivo de la documentación que se le suministraba a los abogados externos de la entidad y se encargaba de la parte de Análisis de Crédito de los afiliados.

Refiere finalmente que cuando necesitaba de un permiso se lo comunicaba al Director de Crédito del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y este a su vez se lo comunicaba a la Empresa de Servicios Temporales.

La testigo ERIKA MARGARITA SÁNCHEZ PUERTA, aseveró que conoce a la demandante toda vez que ella como testigo duró tres años trabajando para el FONDO NACIONAL DEL AHORRO desde el 14 de abril de 2011 hasta el 9 de abril de 2014, inicialmente en el Área de División y Cesantías aproximadamente un año, y con posterioridad fue trasladada al punto de atención de Soacha. Que fue contratada a través de TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. por contratos de obra o labor contratada.

Señala que la demandante también tenía como función el manejo de los abogados externos de la entidad, realizar las capacitaciones de los mismos, atender llamadas de los afiliados, quejas y en ocasiones debía comunicarse con los Coordinadores de los diferentes puntos de atención.

Fue clara en indicar que en el área donde laboraba la demandante existía personal de planta que desempeñaba las mismas funciones, específicamente



quienes ocupaban el cargo de Profesionales I, recalcando que los trabajadores de planta devengaban más prestaciones con respecto a los trabajadores en misión. Señala que en ocasiones los trabajadores en misión debían laborar los fines de semana, así como que la actora se encargaba de las subsanaciones de reintegro, desembolso, realizar capacitaciones, y el tema de los honorarios de los abogados externos.

Que los permisos tenían que ser comunicados a los jefes directos de la entidad y a su vez comunicarlos a la Empresa de Servicios Temporales.

La testigo ANA MARLENE DEL ROCÍO SÁNCHEZ dijo ser pensionada, y conoció a la demandante toda vez que ella como testigo laboró en la planta de personal del FONDO NACIONAL DEL AHORRO en el cargo de Auxiliar Administrativo; que la actora laboraba en el Área de Crédito sin recordar el cargo exacto que desempeñaba.

Relató que ella trabajó en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO desde 1997 hasta el año 2015, y compartía con la demandante situaciones laborales como lo eran capacitaciones o en asuntos del Área de Crédito de la entidad. Que la demandante realizaba las mismas funciones que los trabajadores de planta del Área de Crédito que tenían el cargo de Profesionales I, no obstante, las acreencias laborales que recibían los trabajadores en misión eran inferiores a los de planta.

En tal sentido, y en atención al tiempo de contratación que se demostró tanto de la certificación emitida por TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S., los diferentes contratos de trabajo suscritos bajo la modalidad de obra o labor contratada, y los testimonios surtidos por las señoras ERIKA MARGARITA SÁNCHEZ PUERTA y ANA MARLENE DEL ROCÍO SÁNCHEZ, concluye la Sala que la contratación realizada a la demandante a través de la Empresa de Servicios Temporales como trabajadora en misión al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO extralimitó la contratación de seis meses, prorrogables por un periodo igual conforme a los lineamientos establecidos para la contratación de esta figura, y que como se dijo, se encuentran claramente definidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y que por demás la actividad desempeñada siempre fue sobre el giro ordinario de la entidad.



Ello conlleva, a que sea claro para la Sala que dentro del presente asunto se constituyó una indebidamente contratación que conlleva a que sea el FONDO NACIONAL DEL AHORRO el verdadero empleador de la demandante, y por consiguiente TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. la responsable solidaria de las acreencias laborales que se lleguen a causar, como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones, siendo una sentencia relevante en la materia la de Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, que expuso:

“En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

“Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

“Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T.; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Es este entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

“Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos.

“Demuestra entonces la acusación que el juzgador de segundo grado se equivocó al considerar que en este caso la contravención del plazo y la prórroga a que se refiere el ordinal 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no determina que a la demandante se aplique el régimen propio de los trabajadores oficiales. Próspera en consecuencia la acusación. Por tanto, se casará la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión absolutoria de primer grado.”

Tal criterio doctrinal se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo es en sentencias SL2037-2020, Radicación No. 47881 del 15 de mayo de 2020, SL178-2020, Radicación No. 66976 del 28 de enero de 2020, SL2710-2019, Radicación No. 58141 del 17 de julio de 2019, entre otras, lo que conduce a que la sentencia de primera instancia sea confirmada sobre este puntualísimo aspecto.



Por tal razón, no resulta de asidero para la Sala el argumento de alzada sostenido por TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S., en el sentido de manifestar que no es procedente la solidaridad surgida de la declaración del contrato de trabajo con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO como verdadero empleador, en tanto no tuvo conocimiento de las actividades desempeñadas por la demandante en las dependencias de la entidad. Esto en atención a que es claro que, como Empresa de Servicios Temporales fue en inicio el protagonista de la contratación realizada para con la demandante, era evidente el conocimiento de la indebida contratación que estaba efectuando en lo atinente a la extralimitación del periodo regulado en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, aspecto del que no puede escudarse por el simple hecho de que fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO quien realizó la ejecución de las labores de la demandante, máxime que la solidaridad se encuentra legalmente consagrada para los eventos en que se acredite el actuar como simple intermediario.

De las condenas de carácter convencional:

Para desatar esta controversia, debe señalarse que las condenas impuestas por el fallador primigenio se circunscribieron al pago de diferencia por concepto de salarios, cesantías, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensión de los trabajadores de planta en el cargo de Profesional I, al considerarse probado que la demandante en efecto había realizado las mismas funciones que las personas que ocupaban dicho cargo, aspecto que no será analizado en esta instancia como quiera que ninguna de las partes lo refutó.

Por activa gravita la alzada en el hecho que en la declaración juramentada realizada por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se manifestó que los trabajadores oficiales perciben unas bonificaciones y unas primas extralegales que no eran devengadas por los trabajadores misionales, como lo fue la prima de vacaciones, bonificación por recreación, subsidio de alimentación y otros factores que se aluden en el informe juramentado.

De entrada advierte la Sala que si bien el informe juramentado rendido por el Representante Legal de la entidad encartada, relacionó los conceptos



indicados por la demandante en su apelación, lo cierto es que los mismos son de orden convencional; circunstancia por la cual, atendiendo la carga dinámica de la prueba y los postulados jurisprudenciales, correspondía a la accionante haber allegado copia de la Convención Colectiva de Trabajo que pretendía efectivizar junto con el respectivo depósito en los términos del artículo 469 del C.S.T., sumado al hecho que en el *petitum* de la demanda tan solo hizo énfasis de manera genérica a conceptos extralegales, sin determinar en forma específica a cuáles se refería, motivo por el cual se confirmará la absolución.

De la sanción por despido sin justa causa.

El *a-quo* incurrió en error sobre este puntualísimo aspecto, por cuanto no analizó la pretensión bajo el entendido que el demandante la solicitó en los términos del artículo 64 del C.S.T.

A pesar de ello, es claro para la Sala que el demandante demostró la calidad de trabajador oficial del FONDO NACIONAL DEL AHORRO como se expuso en anteriores consideraciones, por lo que el análisis de la súplica debió abordarse al tenor de lo contemplado en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945 que determina este plazo presuntivo.

Nótese que esta regulación normativa establece:

“Artículo 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.”

Esto también se encuentra avalado por el Órgano de cierre en reiterativas sentencias, siendo algunas de ellas las SL4701-2020, Radicación No. 78520 del 29 de septiembre de 2020, SL1262-2020, Radicación No. 76257 del 17 de marzo de 2020, entre otras.

Así las cosas, debe advertirse que a folio 7 obra carta emitida por TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S. con destino a la actora, donde se le comunicó a ésta última que la obra o labor por la que se le había contratado como trabajadora en misión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO había culminado según la necesidad del servicio, por lo que el vínculo terminaría el 30 de noviembre de 2014, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 5º del Literal a) de la Ley 50 de 1990.

Así las cosas, es claro que el argumento del finiquito si quiera es aplicable a los trabajadores oficiales en tratándose de justas causas para la culminación del contrato de trabajo, de lo que es evidente que tal terminación no se ajustó a derecho según las disposiciones del artículo 48 del Decreto 2127 de 1945.

Por tal motivo, atendiendo el plazo presuntivo de los seis meses, el último contrato objeto de análisis fue el comprendido entre el 13 de abril de 2011 y el 30 de noviembre de 2014, lo que significa que el último plazo presuntivo operaba entre el 13 de octubre de 2014 y el 12 de abril de 2015.

Por tal razón, al haber culminado el contrato de trabajo el día 30 de noviembre de 2014, la condena se calcula sobre 160 días con una base salarial mensual de \$5.025.269 por el último devengado por la actora, lo que arroja un total a pagar de \$26.801.435; circunstancia por la cual, la sentencia de primer grado de revocará parcialmente por este aspecto.

Indemnización moratoria de que trata el artículo 1º de la Decreto 797 de 1949.

En primer lugar, precisa la Sala, que la condena por esta indemnización no se produce automáticamente, pues está sujeta al análisis que haga el juez respecto de la conducta del empleador al momento en que termina la relación laboral, de tal manera que si se encuentra que la conducta fue de mala fe al no pagarle las prestaciones que le correspondían hay lugar a su imposición; en el caso contrario, se absolverá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el estudio de esa conducta debe recordarse que la entidad cuenta con 90 días calendario según lo indicado en la sentencia SL981 de 2019, posteriores a la finalización del vínculo, para pagar las acreencias laborales acorde a lo establecido en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, pues de lo contrario se haría acreedora al pago de la misma a partir del día 91, y hasta tanto solucione lo adeudado por concepto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, tal como se precisó en sentencia SL 2764 de 2017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, la Sala considera que no existieron razones atendibles para que la entidad hubiera desconocido la naturaleza de la relación laboral, por lo que su renuencia a reconocer la verdadera naturaleza contractual subordinada es indicativa de la mala fe en su actuar que justifican la imposición de esta condena.

En sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 del 21 de octubre de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia analizó en un asunto en contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO esta indemnización, concluyendo que la pasiva al considerar que las actividades ejercidas por el trabajador lejos de ser ocasionales, tenían vocación de permanentes, aspecto que sucedió dentro del presente asunto al haberse pretendido suplir ilegalmente las actividades de la actora como trabajadora en misión, lo que conlleva a que se fulmine condena por este concepto.

Al respecto, debe señalar que como lo indicó el fallador de instancia y según lo acreditó el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, el último salario de la demandante en el cargo de Profesional I ascendía a la suma de \$5.025.269; circunstancia por la cual, al haber finalizado el contrato de trabajo el día 30 de noviembre de 2014, los 90 días calendario vencieron el 28 de febrero de 2015, lo que conlleva a concluir que a la actora se le deberá cancelar por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$167.508 a partir del 1º de marzo de 2015 y hasta cuando se haga efectivo el correspondiente pago.

Por tal razón, la absolución por esta pretensión habrá de revocarse, dejándose de presente además que, las prestaciones sociales aquí reconocidas no serán pagadas de manera indexada a excepción de las vacaciones.

De la excepción de prescripción.

Alega el FONDO NACIONAL DEL AHORRO que las condenas impuestas únicamente debieron tomarse desde el 18 de noviembre de 2013 y en adelante ya que la reclamación administrativa fue elevada por la demandante el día 18 de noviembre de 2016.

Sobre este punto, nuevamente debe advertirse que el *a-quo* declaró la existencia de dos contratos de trabajo por los periodos comprendidos entre el 16 de julio de 2009 y el 24 de octubre de 2010 y, entre el 13 de abril de 2011 y el 30 de noviembre de 2014, analizando únicamente la segunda relación declarada.

Lo anterior se encuentra ajustado a derecho debido a que, conforme al postulado jurisprudencial por el Órgano de cierre, tan solo debe analizarse la última relación laboral declarada, así lo sostuvo en las sentencias con radicación No. 27371 del 19 de octubre de 2006, SL5165-2017, Radicación No. 45183 del 15 de marzo de 2017 y SL13444-2017, Radicación No. 50565 del 30 de agosto de 2017, última que sostuvo:

“Sobre el tema en cuestión, esta colegiatura ha sido enfática en señalar que cuando las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar para examinar las condenas el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes (...).”

Las circunstancias expuestas conducen a que estos aspectos se mantengan incólumes.

De otra parte, y revisadas de manera minuciosa las condenas impuestas, no existirá modificación alguna toda vez que el fallador de instancia aplicó de manera adecuada el fenómeno prescriptivo de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Nótese que en efecto la reclamación administrativa fue presentada el 18 de noviembre de 2016 (Fls. 128 a 131), presentándose la demanda el 9 de agosto de 2018, por lo que al haberse culminado la relación laboral el día 30 de noviembre de 2014, se puede colegir que como lo decidió el fallador de instancia, las condenas proceden a partir del 18 de noviembre de 2013 y en adelante.

A pesar de ello, decidió que la única acreencia laboral que se impartiría en su totalidad sería la de las cesantías, tópico que se encuentra ajustado a derecho pues así lo ha sostenido el Órgano de cierre en el entendido que se hacen exigibles a la fecha de la finalización del vínculo, sentencias SL1084-2021, radicación 71595 del 17 de marzo de 2021, SL800-2021.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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 TERCERO de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S., al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1945, a razón de una suma diaria de \$167.508 a partir del 1º de marzo de 2015 y hasta cuando se haga efectivo el correspondiente pago, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

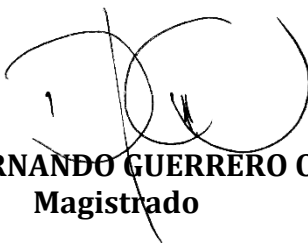
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a las demandadas del pago de indexación por concepto de prestaciones sociales, a excepción de las vacaciones.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral TERCERO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a TEMPORALES UNO-A BOGOTÁ S.A.S., al reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa en los términos regulados en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945, en la suma de \$26.801.345, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

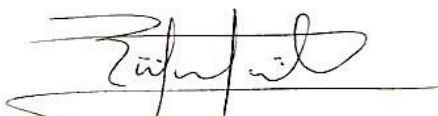
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 12 2019 00359 01
Demandante: GLORIA MARIA GUERRERO CAMERO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte actora, la sentencia proferida el 1º de febrero del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora GLORIA MARIA GUERRERO CAMERO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición, le asiste el derecho a la pensión de vejez en los términos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y en consecuencia se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que cuenta con 65 años de edad y en el sistema de información de COLPENSIONES reporta 1020 semanas; señala que mediante Resolución No. GNR 3053 del 6 de enero del 2016 la accionada le negó la pensión de vejez, acto administrativo que recurrió, lo que fue desatado de forma desfavorable mediante la Resolución No. VPB 13368 del 6 de enero del 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante no cumple con la densidad de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 y por ello, no se pudo conceder el derecho pensional bajo esta normativa.

Formuló las excepciones denominadas prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1° de febrero del 2021 absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Como sustento de su decisión indicó que, dado que la demandante nació el 3 de diciembre de 1950, por esa sola circunstancia se tiene por sentado que la actora es beneficiaria del régimen de transición establecida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, que la demandante reportó un total de 581 semanas, lo cual se acompasa con los distintos actos administrativos que ha expedido COLPENSIONES, y si bien en la demanda se afirma que existen tiempos de

servicios para personas naturales y jurídicas, aquellos no se acreditan mediante los testimonios rendidos, luego no hay una prueba efectiva de la existencia de los referidos contratos.

En tal sentir, con el caudal de semanas que se acreditan la demandante no reúne los requisitos necesarios para ser beneficiaria de la pensión de vejez, en los términos pretendidos.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida en que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del libelista, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T y la S.S, resulta procedente su estudio en consulta.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si a la aquí demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En caso afirmativo, se determinará si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

c. Del caso en concreto:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Conforme a la copia de la cédula de ciudadanía de la actora (Expediente Administrativo CD Fl 29), la demandante al 1° de abril de 1994 tenía 43 años de edad, por lo que en principio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, sujeto del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, dicho régimen no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, por virtud del parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, excepto para quienes estando en dicho régimen hubieran cotizado al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, en cuyo caso se extiende hasta el año 2014.

A su turno, el artículo 12 del referido Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, prevé la pensión de vejez, para el caso de las mujeres, cuando cumplan 55 años de edad y acrediten 500 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo.

Ahora bien, en el *sub-lite* al revisar el expediente administrativo de la libelista, constata la Corporación que, en el resumen de semanas cotizadas de la demandante, únicamente aparece el registro de 581 semanas cotizadas.

Sin embargo, la actora en su demanda aduce que deberían aparecer reflejadas 1020 semanas, pues estima que no se están teniendo en cuenta la totalidad de tiempos laborados con ERNESTO FORERO LUQUE de octubre de 1967 a marzo de 1970, ROSS CADENA ALEJANDRO de febrero de 1972 a mayo de 1975, CEFAP de las Caracas de marzo de 1977 a abril de 1985 y THYSEEN COMERCIAL de octubre de 1987 a octubre de 1989. En efecto, al revisar el resumen de semanas cotizadas se constata que en la documental aportada por COLPENSIONES no aparece el registro de la totalidad de tiempos enunciados por la actora en la demanda.

Bajo tales premisas, resulta imperioso recordar que de tiempo atrás tiene sentado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral que las administradoras de pensiones deben cumplir puntualmente sus obligaciones legales, dentro de las cuales está la de cobrar a los empleadores aquellas cotizaciones que no han

sido satisfechas, pues aunque en principio dicha obligación es del empleador, antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, se debe examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el deber que a ellas les concierne en cuanto a llevar a cabo las acciones de cobro, pues si no lo hacen, corren con la obligación de asumir las consecuencias de la omisión en el pago de los aportes.

Posición que fue reiterada en reciente sentencia SL984-2019, Radicación No. 72468 del 13 de marzo de 2019, en la que indicó:

“[...] Así entonces, tal y como acertadamente lo sostuvo el Tribunal, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno. Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas.

“Es por lo anterior que esta Sala de la Corte ha reiterado que al concurrir las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado quien cumplió con su trabajo y el aporte al sistema de pensiones previamente descontado del pago mensual de su salario”.

De igual manera, para que se active la obligación de la administradora pensional de cobrar los periodos en mora, debe existir una afiliación por parte del empleador, y de no ser así, este debe realizar el pago de un cálculo actuarial para subrogar su obligación en cabeza de Colpensiones. Al respecto, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4103-2017:

“[...] sin convalidación de tiempos ni subrogación del riesgo, ante la comprobada falta de afiliación [...] al Instituto de Seguros Sociales, la sociedad demandada debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes, como se ha definido en sentencias como las CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211; CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40575; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587.

“Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SLSL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

“No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones”.

En esa medida, al encontrarse acreditada la fecha de afiliación y de retiro por parte del empleador, y no existir evidencia que COLPENSIONES adelantó en debida forma el proceso de cobro de los aportes a seguridad social en pensiones, dichas semanas cotizadas deben ser tenidas en cuenta para efectos pensionales.

Con todo, al analizar con detenimiento el caso hoy puesto a consideración de la Sala y las pruebas de las que este se sirve, constata la Corporación que en el resumen de la historia laboral aportada no aparece constancia de que existan aportes en mora por parte de los empleadores que no se hayan tenido en cuenta, logrando apreciar que para el empleador ERNESTO FORERO LUQUE aparecen únicamente registradas las cotizaciones del 5 de octubre de 1967 al 22 de abril de 1968, con ROSS CANDELA ALEJANDRO del 12 de febrero de 1972 al 30 de mayo de 1974, con CEFAP DE LA CARACAS del 1° de marzo de 1977 al 4 de agosto de 1983 y con THYSEN COMERCIAL del 16 de octubre de 1987 al 30 de agosto de 1989.

De otra parte, se tiene que la demandante en aras de acreditar que las relaciones laborales previamente enunciadas, se extendieron por un periodo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

superior al que aparece registrado en el resumen de semanas cotizadas, el único medio probatorio que allegó fue el testimonio de ROSA INES GUERRERO y MARÍA DOLORES GUERRERO CAMERO, hermanas de la demandante, quienes adujeron tener conocimiento de que las relaciones laborales de la demandante con sus empleadores se extendió por los periodos de tiempo enunciados en el libelo genitor y no durante los registrados en el resumen de semanas cotizadas.

Siendo ello así, justo resulta acotar que si bien para acreditar un vínculo laboral y sus extremos, no existe tarifa legal alguna y, por ende, las partes pueden servirse de cualquier medio probatorio a su alcance, lo cierto es que, conforme las reglas de la sana crítica y la experiencia el testimonio rendido por las hermanas de la demandante, resultan insuficientes para dar por sentado que los vínculo laborales mantenidos por la promotora del juicio con sus empleadores, realmente lo fueron por los periodos de tiempo aseverados en la demanda, por cuanto estas realmente no pueden dar cuenta con certeza de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales la actora prestó el servicio, en tanto tal como lo aducen en sus declaraciones, el convencimiento que tienen sobre la historia laboral de la demandante, deviene de su vínculo de consanguinidad, lo que no permite corroborar que hayan presenciado directamente las relaciones laborales enunciadas.

Derroteros, acorde a los cuales, no existe certeza alguna en que los vínculos laborales enunciados por la demandante en el libelo genitor se extendieran por los periodos de tiempo enunciados en este y, por lo tanto, no se puede pregonar que exista mora por parte del empleador y que esta diera lugar a la aplicación del criterio jurisprudencial enunciado, para dar por probado que la actora cuenta con un total de 1020 semanas como se sostiene en la demanda.

De cara a lo indicado, como quiera que la promotora solo probó que contaba con 581 semanas, las mismas resultan insuficientes para acceder al *petitum* de la demanda, por cuanto perdió el régimen de transición con el Acto Legislativo 01 del 2005, teniendo en cuenta que no contaba con las 750 exigidas a la entrada en vigencia del mismo; sin que además sea dable pregonar que el derecho pudo quedar causado con anterioridad a dicha data, en la medida en

que la promotora nació el 3 de diciembre de 1950, lo que de entrada nos permite colegir que cumplió los 55 años de edad exigidos para entonces para acceder al derecho pensional hasta el 3 de diciembre del 2005, calenda para la cual ya había entrado en vigencia el precitado acto legislativo.

Presupuestos de orden fáctico y jurídico que nos llevan a colegir sin miramientos que la demandante en efecto no cumple con los requisitos necesarios para acceder al derecho pensional anhelado, por manera que resulta lógico confirmar la providencia analizada en el grado jurisdiccional de consulta.

SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

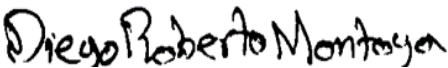
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1º de febrero de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12201800185 02**
Demandante: JAIME AGUSTO MALOOF ALONSO
Demandado: CAXDAC Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 10 de marzo del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JAIME AUGUSTO MALOOF ALONSO presentó demanda ordinaria laboral, en contra de la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES – CAXDAC y la SOCIEDAD ADMINISTRADORES DE FONDOS DE PENSIONES PROVENIR S.A. a efectos que se declare que prestó sus servicios en INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A. INTER EN LIQUIDACIÓN OBLIGATORIA durante el periodo comprendido entre el 3 de mayo de 1993 al 6 de mayo del 2001, tiempo durante el cual estuvo afiliado y cotizó a CAXDAC; se declare que se afilió a PORVENIR S.A. desde el 1º de diciembre del 2001 y tiene derecho a la expedición de un bono pensional por el tiempo que cotizó en CAXDAC.

En consecuencia, solicita se condene a la CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES – CAXDAC a expedir el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bono Pensional por el tiempo de servicio que laboró en la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A. con destino a PORVENIR S.A.; se condene a la AFP a reliquidar la pensión de vejez del demandante incluyendo el valor del Bono Pensional, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 11 de abril de 1952, por tanto, cumplió los 62 años el mismo día y mes del año 2014; señala que laboró para la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A. entre el 3 de mayo de 1983 y el 6 de mayo del 2001, periodo durante el cual realizó cotizaciones a CAXDAC; de igual manera que el 1º de diciembre del 2001 se trasladó a PORVENIR S.A.

El 31 de octubre del 2012 la CAJA DE AUXILIO Y DE PRESTACIONES SOCIALES CAXDAC entregó un reporte de la hoja de vida del demandante que reposa en el Departamento de Afiliados que contiene información sobre el traslado.

Con oficio del 13 de noviembre del 2012 el actor solicitó a PORVENIR S.A. adelantar los trámites necesarios para obtener el Bono Pensional por el tiempo de trabajó con la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A., ante lo cual, PORVENIR S.A. el 6 de diciembre de 2012 le manifestó que estaba adelantando las gestiones tendientes y se procede a efectuar el trámite con el diligenciamiento de los formularios correspondientes.

Relata que solicitó le fuera reconocida la pensión, la que fue concedida mediante oficio del 5 de diciembre del 2014, en cuantía igual a \$917.160, sin tener en cuenta el tiempo cotizado en CAXDAC, por lo cual solicitó se realizaran las gestiones tendientes a obtener el Bono Pensional, sin que a la fecha se haya accedido a las reiteradas solicitudes radicadas en tal sentido.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva CAXDAC en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones aduciendo que en dicha entidad no reposan todas las cotizaciones por los

periodos reportados, por cuanto no obran aportes durante el periodo del 3 de mayo de 1993 al 31 de marzo de 1994, por lo cual no es dable expedir el Bono Pensional hasta tanto se cumpla con el respectivo trámite ante la oficina de Bonos Pensionales.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, carencia de respaldo normativo, buena fe y diligencia, destinación específica de los recursos parafiscales que administrativa CAXDAC, responsabilidad del estado en el pasivo pensional a cargo de las empresas respecto del cual no solicitó o exigió la garantía y la genérica.

Por su parte PORVENIR S.A. en su escrito de contestación manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones. Con todo precisó que, si bien la empresa empleadora emitió un certificado de información laboral del 23 de septiembre del 2015, indicando que el demandante estuvo vinculado con dicha entidad entre el 3 de mayo de 1993 y el 6 de mayo del 2001, también certificó que durante dicho periodo realizó los aportes a CAXDAC.

Formuló como medio exceptivo previo el que denominó falta de integración del litisconsorcio necesario y como de mérito las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., compensación, prescripción y la genérica.

Con auto del 28 de mayo del 2019, se dispuso la vinculación de SATENA S.A., entidad que en su escrito de contestación manifestó no oponerse a las pretensiones, habida consideración que las mismas no están dirigidas en su contra y desconoce la relación laboral que mantuvo el libelista con INTERNACIONAL DE AVIACIÓN S.A.

Propuso como medio exceptivo previo la falta de legitimación en la causa por pasiva y de fondo la inexistencia de las obligaciones demandadas.

Con auto del 5 de abril del 2019 vinculó como litisconsorte necesario a INTERNACIONAL DE AVIACIÓN S.A. Sin embargo, como quiera que se logró

determinar que dicha entidad se encuentra liquidada, se dispuso su desvinculación con auto del 5 de julio del 2019.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida del 10 de marzo del 2021, declaró que la CAJA DE AUXILIO Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES – CAXDAC, tiene la obligación de reconocimiento y pago del título pensional a favor del demandante, teniendo en cuenta el tiempo correspondiente a 8 años y 3 días de servicio; declaró que a PORVENIR S.A. le asiste la obligación legal de realizar los trámites pertinentes a fin de recibir el reconocimiento y pago del título pensional a que tiene derecho el demandante ante CAXDAC; en consecuencia, una vez reconocido el respectivo título por parte de CAXDAC, se reliquidará la pensión de vejez; y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Como sustento de su decisión indicó que conforme los criterios imperantes en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional, en armonía con las obligaciones dispuestas en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1282 de 1994, CAXDAC es la entidad responsable del reconocimiento y pago del Bono Pensional o del cálculo actuarial respectivo.

Destaca frente a los periodos en mora por parte del empleador, que CAXDAC está en la obligación de realizar las gestiones de cobro, con todo, de no hacerlo debe responder por dichos emolumentos. De tal manera, que al estar plenamente acreditado que el demandante se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es obligación de CAXDAC realizar el pago del Bono Pensional y de PORVENIR S.A., realizar la reliquidación de la pensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* CAXDAC presentó recurso de apelación en el que en suma indica que, si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia ha establecido la obligación a cargo de la entidad, también lo es que se debe procurar la equidad y sostenibilidad financiera de la misma. Ello en tanto los recursos se

destinan para financiar las pensiones, sin embargo, no se encuentran previstos para financiar un título o Bono Pensional, máxime que solo hasta el año 1994 se le otorgaron las herramientas para el recobro de los aportes.

De otra parte, que frente al interregno comprendido entre el 3 de mayo de 1993 y el 31 de marzo de 1994, no se tuvo en cuenta el Decreto 1269 de 2009, el que consagra que las empresas de aviación deben concurrir para el pago, máxime que la AFP debió hacerse parte en el proceso de liquidación de la empleadora.

Por su parte PORVENIR S.A. formula recurso de apelación únicamente en lo tocante a la reliquidación pensional, en tanto para tal efecto, es indispensable conocer el monto del respectivo Bono Pensional, razón por la cual solicita se revoque el fallo en este aspecto y en su lugar se establezca una obligación de hacer, en el sentido que una vez se haga efectivo el Bono Pensional, se realicen los cálculos aritméticos para determinar si hay lugar a una reliquidación pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si CAXDAC está llamado a responder por el reconocimiento y pago del Bono Pensional del demandante y si PORVENIR S.A. debe reliquidar la pensión de vejez.

c. Del Vínculo Laboral y la calidad de pensionado:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre el demandante y la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A. LIQUIDADA, existió una relación laboral

del 3 de mayo de 1993 al 6 de mayo del 2001; así mismo que durante dicho periodo estuvo afiliado a CAXDAC, en tanto tal suceso no fue controvertido por las partes y encuentra pleno soporte probatorio en los certificados de información laboral que militan a folios 10 a 13.

Así mismo, no existe debate en torno a que el libelista se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de diciembre del 2001, mediante afiliación a PORVENIR S.A., y que dicha entidad le reconoció su pensión de vejez en cuantía de \$917.160, tal como se establece en el oficio del 5 de diciembre del 2014.

d. De los bonos pensionales

De esta forma con el fin de desatar el punto del debate que nos concierne, resulta necesario efectuar un análisis en torno a la naturaleza jurídica de los Bonos Pensionales, su origen y finalidad, dentro del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

Así pues, tenemos que tras la expedición de la Ley 100 de 1993 en materia de Seguridad Social en Pensiones, surgieron dos regímenes pensionales, el de Prima Media con Prestación Definida, en cabeza de Colpensiones, y el de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, cuyo origen se cimienta en la misma normativa.

Ahora, el legislador consciente de los problemas de financiación de las pensiones, en especial de quienes se trasladaran al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, concibió una figura legal que permitiera efectuar el traslado de los recursos por las cotizaciones realizadas hasta dicha data por el afiliado, la cual denominó Bono Pensional. De esta forma el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 2º del Decreto 1299 de 1999, cuando una persona se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tiene derecho al reconocimiento del bono pensional, cuando haya efectuado aportes o cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, a cajas, fondos o entidades del sector público, cuente con tiempos de servicio público, o trabaje en empresas del sector privado que tienen a su exclusivo cargo las pensiones de sus

trabajadores. Siendo única limitante, que al momento del traslado haya cotizado por lo menos 150 semanas de forma continua o discontinua, según lo erige el parágrafo del artículo 2º del Decreto 1299 de 1994.

Ahora, en el caso particular de las personas cuya primera vinculación laboral haya sido efectuada antes del 1º de julio de 1992, tienen derecho a la emisión y expedición de los Bonos Pensionales Tipo A Modalidad 2, acorde lo indica el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, los cuales fueron inicialmente regulados por el Decreto 1299 de 1994.

Con todo, justo resulta recabar que la redención del bono pensional normalmente se hará cuando quiera que se dé alguna de las fechas de referencia a las que alude el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, esto es, cuanto el afiliado cumple 62 años, o luego de haber cumplido 500 semanas después del traslado de régimen si a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones tenía 55 o más años de edad de ser hombre o 50 o más si es mujer, o en la fecha en que completaría las 1000 semanas de vinculación laboral válida, suponiendo que trabajara ininterrumpidamente desde la fecha del traslado. Sin embargo, hay lugar a la redención anticipada del bono, acorde lo prevé el artículo 16 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 5º del Decreto 1513 de 1998, en el caso de fallecimiento o declaratoria de invalidez del beneficiario del bono o cuando se den los presupuestos previstos en los artículos 72 y 78 de la ley 100 de 1993, para la devolución de saldos.

Ahora, recordemos que los bonos pensionales según el Decreto 1299 de 1994, artículo 1º, constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y este mismo Decreto define quienes son los emisores y contribuyentes, además de las obligaciones de las entidades pagadoras de pensiones a las cuales estuvo afiliado el beneficiario del bono de contribuir con la cuota parte correspondiente al valor de la redención, que corresponde al tiempo aportado en cada entidad:

“Artículo 14º.- Emisor y contribuyentes. Los bonos pensionales serán emitidos:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“a) Por la Nación en los casos de que trata el artículo 16 del presente Decreto;

“b) Por el Instituto de Seguros Sociales en los casos de que trata el artículo 17 del presente Decreto;

“c) Por las cajas, fondos o entidades del sector público que no sean sustituidas por el fondo de pensiones públicas del nivel nacional;

“d) Por empresas privadas o públicas, o por cajas o fondos de previsión del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, y

“e) Por las cajas, fondos y entidades territoriales que tengan a su cargo el pago y reconocimiento de pensiones.

“Los bonos pensionales serán expedidos por la última entidad pagadora de pensiones a la cual haya pertenecido el afiliado antes de la selección o traslado al régimen de ahorro individual, siempre y cuando el tiempo de cotización o de servicios, continuo o discontinuo, haya sido igual o mayor a cinco (5) años.

“Cuando el tiempo de cotización o de servicios en la última entidad pagadora de pensiones, sea inferior a cinco (5) años, el bono pensional será expedido por la entidad pagadora de pensiones en la cual el afiliado haya efectuado el mayor número de aportes o haya cumplido el mayor tiempo de servicio.

“Cuando el tiempo de cotización o de servicios en dos o más entidades fuere igual, el bono pensional será expedido por la última entidad de éstas a la cual se prestó servicios.” (Negritas fuera de texto)

En el *sub-lite*, es patente que la última entidad a la cual estuvo afiliado el demandante antes de realizar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, lo fue CAXDAC (Fl. 10), para quien estuvo afiliado entre el periodo comprendido del 3 de mayo de 1993 al 6 de mayo del 2001, acorde se desprende del Certificado de Información Laboral de la Oficina de Bonos Pensionales. Luego, ello implica que conforme las reglas trazadas en precedencia, es la entidad que está llamada a expedir el respectivo Bono Pensional.

Ahora, CAXDAC argumenta en su defensa que el Decreto 1269 de 2009, estableció que las empresas del sector privado deben elaborar el cálculo actuarial en favor de los aviadores y que por ello no son responsables del pago, sino que la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN LIQUIDADA debe realizar dicho cálculo porque no cumplió con la obligación de sufragar los aportes.

Argumento que no comparte esta Sala y que, por el contrario, concluye que la norma aplicar debe ser el Decreto 1282 de 1994, por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles y no el Decreto que trae a colación que es posterior y no estaba vigente a la fecha del traslado del libelista. Pues puntualmente el artículo 13 del precitado Decreto reza:

“ARTICULO 13. BONOS PENSIONALES. Cuando un aviador civil decida trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá derecho al reconocimiento de bonos pensionales.

“Si el aviador es beneficiario del régimen de transición, el bono estará a cargo de Caxdac conforme a las normas generales sobre la materia. Caxdac tendrá derecho al repetir el valor total o parcial del bono contra la empresa empleadora, si esta no ha cumplido sus obligaciones en relación con la integración del cálculo actuarial.

“Si el aviador civil es beneficiario de las pensiones especiales transitorias, el bono pensional será emitido por la empresa empleadora, para reconocer el tiempo de servicios anterior al 1º de abril de 1994. Respecto del tiempo de servicios cotizado a Caxdac, esta emitirá el bono pensional en las mismas condiciones en que el ISS lo hará respecto de nuevos afiliados. (...)”

Máxime si tenemos en cuenta que en otros pronunciamientos con similares aristas al presente la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha reconocido que esta es la norma llamada a regir este tipo de casos y en la cual reposa la responsabilidad de CAXDAC en la emisión y pago del bono pensional. De esta forma en sentencia SL – 1419 del 2019, expresó:

“Luego entonces, conforme a lo anteriormente descrito, observa la Sala que respecto del artículo 13 del Decreto 1282 de 1994, que contiene el derecho de los aviadores civiles al reconocimiento de bonos pensionales, el tribunal no cometió el yerro jurídico que se le endilga, en cuanto ese precepto efectivamente regula los eventos en que los pilotos decidan trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, situación que acaeció en el presente caso en el mes de junio del año de 1996 (f.l47), aspecto que se mantiene incólume en este asunto dada la vía escogida para el ataque, por lo que la decisión de dicho juzgador de llamar a producir efectos a la referida norma, no es desacertada, y por el contrario se encuentra acorde con el criterio de la Sala, sostenido entre otras, en sentencia CSJ SL 8172-2017, en la que se reiteró lo dicho en providencia CSJ SL 28 ago. 2013 rad. 43104, donde refiriéndose al tema de la financiación de pensiones a cargo de CAXDAC, expuso:

“Ahora bien, como quiera que la censura también edifica su acusación en la vulneración del artículo 13 del Decreto 1282 de 1994, ha de señalarse que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

esa disposición solo aplica cuando un aviador civil, que pertenece al régimen especial de transición propio del de prima media con prestación definida, decide trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso tendrá derecho al reconocimiento del bono pensional, a cargo de Caxdac (...)."

De otra parte, tenemos que otro de los puntos de inconformidad de CAXDAC radica en que el empleador del demandante se encuentra liquidado y que no realizó el pago de los aportes durante el periodo comprendido del 3 de mayo de 1993 al 31 de marzo de 1994 y que la entidad tan solo contó con las herramientas legales para efectuar el cobro de los aportes a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993. Punto de debate que ya se decantó por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en varios pronunciamientos judiciales, en los que ha hecho hincapié en la obligación de recobro de aportes que se encuentra en cabeza de la entidad, y como, al no agotar dicha obligación, se ve conminada a responder directamente por estos tiempos. Es así, entre otras, en la sentencia SL-401 del 2020, señaló con voz de autoridad:

"El problema jurídico consiste en determinar si la decisión del tribunal, dirigida a señalar la responsabilidad de Caxdac por el pago del título pensional correspondiente al periodo laborado en Aires SA, y por el bono pensional A1 atinente al servicio prestado a Aero Expreso Bogotá SA, pese que las referidas empleadoras no realizaron el pago de los aportes obrero patronales, en razón que la caja de previsión recurrente tenía las herramientas legales para exigir coercitivamente esos recaudos. (...)"

"Al margen de lo anterior, es dable afirmar que no le asiste razón a la censura. En un asunto de contornos similares, en la sentencia SL1419-2019, la sala adoctrinó:

"Como puede observarse, no se equivocó el tribunal en su razonamiento, pues es viable en el sub examine, que la financiación de la pensión se dé a través de la expedición de bonos pensionales, por ser en principio un evento de traslado al régimen de ahorro individual, y ser la prestación del régimen de transición especial.

"Por esa misma razón, es aplicable el literal d) del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, porque este contempla el derecho a bono pensional, para afiliados a cajas previsionales del sector privado que vayan a ingresar al régimen de ahorro individual, lo que en efecto ocurrió en este caso, se insiste, para el año de 1996, (...)"

"En efecto, frente a la responsabilidad de las empresas y la facultad de repetición de CAXDAC, en los eventos de incumplimiento en el pago del cálculo actuarial, lo cierto es que el tribunal se apoyó en el artículo 8º del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Decreto 1283 de 1994, que gobierna la controversia, y que regula lo siguiente:

“Art. 8º.- Responsabilidad de las empresas. La responsabilidad de las empresas aportantes a CAXDAC cesará con la entrega íntegra del valor del cálculo actuarial de cada aviador, conforme a los artículos anteriores. En caso de incumplimiento de la empresa, CAXDAC podrá repetir contra ella por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas.

“Es por lo anterior, que el tribunal indicó que si bien los empleadores tenían la obligación de pagar el cálculo actuarial por el tiempo durante el cual el trabajador laboró en su favor y no efectuó cotización alguna a la caja administradora, también era cierto que CAXDC, era la obligada de emitir el «bono o título», afirmación que resulta acertada en razón a lo previsto por el artículo 3º del Decreto 1283 de 1994, que dispone que dicha entidad era la encargada de administrar las reservas destinadas al pago de las pensiones del régimen de transición, como lo era la del actor, y por cuanto de acuerdo con su literal b) ibidem, las referidas reservas están integradas entre otros, por el monto de las reservas «por pagar de las empresas o empleadores, o déficit actuarial».[...]

“[...] en armonía con el pronunciamiento de la Corte Constitucional, efectuado en sentencia C-179/97, ha señalado que es deber de CAXDAC, cobrar a las empresas de aviación civil los aportes no cancelados oportunamente, pues la omisión en ese sentido, trae como consecuencia que deba responder por la prestación, o como en este caso, por el respectivo título pensional para contribuir en la financiación de la pensión a cargo del Instituto, pues como se expuso en la jurisprudencia constitucional reseñada, no es jurídicamente admisible «que las consecuencias de la desatención de las obligaciones, correspondientes a las empresas o a la Caja sean trasladadas al trabajador que ha cumplido y acreditado los requisitos para obtener su pensión». (Subrayas al margen).

“Además, conforme se dejó dicho en providencia SL8172-2017, donde se reiteró lo precisado en sentencia CSJ SL, 16 may. 2006, rad. 23295:

“[...] con la expedición de la Ley 100 de 1993 y los decretos de armonización del régimen de los aviadores civiles con el sistema integral de seguridad social, CAXDAC pasó de simple caja pagadora a ser un ente administrador de pensiones del régimen de prima media con prestación definida», con todas las obligaciones que de ello se deriva, como gestora de un servicio público que involucra derechos fundamentales irrenunciables.

“Dentro del marco de sus deberes, está el de velar por la adecuada integración del capital destinado a financiar las pensiones de jubilación o de vejez de sus afiliados, en los eventos de incumplimiento de los empleadores, para lo cual debe hacer uso de todos los mecanismos legales a su disposición, porque de lo contrario debe responder por esos recursos o por las prestaciones que se generen en favor de los aviadores y sus beneficiarios.

“En todo caso, debe resaltarse, queda a salvo de CAXDAC, el derecho de repetir contra las empresas incumplidas para la recuperación de los recursos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de acuerdo con la ley, pues de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 824 de 2001, hasta que las empresas de aviación no trasladen la totalidad del cálculo actuarial, son responsables del pasivo pensional en los términos de ley. (Subrayas adicionales).

Ante lo aludido, si bien es cierto que la obligación de realizar el cobro de los aportes surgió con la expedición de la ley 100 de 1993, este argumento no es válido para que se dejen de tener en cuenta los aportes no realizados por el empleador respecto al periodo comprendido del 3 de mayo de 1993 al 31 de marzo de 1994, en primera medida porque parte de estos se dio luego de expedida la Ley 100 de 1993 y en todo caso desde la expedición de dicha normativa la entidad ha contado con un término prudencial suficiente para adelantar las respectivas gestiones de cobro.

En otro giro, encontramos que CAXDAC argumenta que realizó todas las gestiones tendientes a obtener el pago de los aportes, pues se hizo parte dentro del proceso de liquidación de la empresa INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A. señalando que además era necesario que se hiciera parte la AFP hoy demanda. Frente a este particular argumento tenemos que, conforme a las reglas ya enunciadas, no es dable imputar a la AFP responsabilidad alguna por no hacerse parte en el proceso de liquidación, pues de las disposiciones normativas en estudio se desprende que la obligación de cobro en este caso puntual lo era de CAXDAC. Ahora, en torno a que agotó los mecanismos de cobro frente a la encartada, sería necesario analizar si estamos en presencia de una obligación que no se pudo cobrar, pese a que se adelantaron todas las gestiones de cobro y si en ese sentido sería dable aplicar la jurisprudencia que indica que solo en estas eventualidades la entidad administradora no sería responsable del pago de los aportes, a la luz de lo explicado por la Corte en casos similares en que la obligación de cobro recae en Colpensiones por convertirse en una deuda incobrable, pero que bien podría aplicarse a estos asuntos *mutatis mutandi*. Así en sentencia SL-502 del 2021, explicó:

“Incluso, vale la pena mencionar, que ni siquiera a la luz de lo expuesto en el Decreto 2665 de 1988, podrían desestimarse esos periodos en mora en la contabilización de las semanas para acceder a la pensión, en tanto ello solo es posible cuando, de manera previa a la causación del derecho, se ha declarado las cotizaciones como incobrables, lo cual no aparece evidenciado en el asunto que nos ocupa.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Al efecto, el artículo 75 de esa normativa dice:

“EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

“Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar”.

Aunque se itera la norma transcrita estaba concebida para el ISS, para la Sala nada impediría que esta regla se aplicara a casos como el presente. Sin embargo, aun trayendo a colación este criterio al presente asunto, no se darían los presupuestos necesarios pues no existe en el plenario documento alguno que nos permita establecer que la entidad declaró como incobrable la deuda INTERCONTINENTAL DE AVIACIÓN S.A., frente a las cotizaciones del demandante echadas de menos, pues si bien insiste la pasiva en la alzada en que se hizo parte en el proceso de liquidación, en el plenario no existe ninguna prueba de ello, ni forma si quiera de establecer que al momento de hacerse parte en la liquidación solicitó el pago de los aportes del demandante, incluso indica que en la liquidación de dicha entidad se le reconoció parte de la deuda por los afiliados, pero no hay certeza probatoria respecto de quienes fue y por cuales periodos. Por manera que este argumento tampoco puede tenerse en cuenta para desatender la obligación de CAXDAC.

Concluye la Sala que ninguno de los argumentos expuestos por CAXDAC en la alzada, tienen vocación de prosperidad.

Finalmente, en lo que respecta al punto de la inconformidad planteada por la AFP PORVENIR S.A., consistente en que la reliquidación de la pensión se difiera hasta el momento en que se expida y pague el bono pensional al demandante, pues solo hasta este momento se pueden hacer los cálculos de rigor, estima la Sala en efecto las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dependen del capital reunido y el valor del bono pensional, por manera que la Administradora no podría realizar cálculo alguno frente al monto de la mesada hasta tanto se conozca con certeza el monto del bono pensional.

Con todo, estima la Sala que no hay lugar a modificar la providencia pues en ese sentido el fallador de primer grado fue claro en la orden impartida a la AFP, al disponer que tenía la obligación legal de realizar los trámites pertinentes para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

recibir el reconocimiento y pago del título pensional, y que una vez reconocido el mismo, debía proceder a la reliquidación. En tal sentir, es precisa la orden del fallador de instancia al exhortar a la AFP a surtir la reliquidación una vez se reconozca el bono pensional. De suerte que también se confirmará la providencia en este aspecto.

De cara a lo expresado en líneas precedentes se confirmará la sentencia apelada de forma integral.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

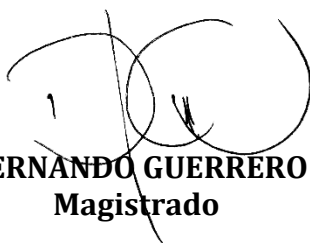
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

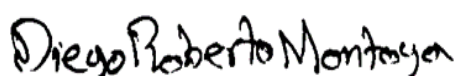
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo del 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

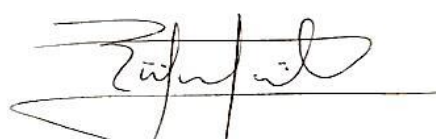
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTAYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **12 2018 00113 01**
Demandante: JOSE ANTONIO HERNANDEZ VARGAS
Demandados: SIZU INGENIEROS S.A.S
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a pronunciarse frente al recurso de apelación que formuló el demandante en contra de la sentencia proferida el 28 de enero del 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSE ANGORNIO HERNÁNDEZ VARGAS, formuló demanda ordinaria laboral en contra de SIZU INGENIEROS S.A.S. a efectos de que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 3



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de febrero del 2017, el que en la actualidad se encuentra vigente, en virtud del cual se desempeñó en el cargo de portero; se declare que su horario de trabajo fue de seis (6) horas diurnas entre el 3 de febrero y el 3 mayo del 2017; ocho (8) horas nocturnas del 3 de febrero al 3 de febrero del 2017; y quince (15) horas diurnas del 3 de mayo del 2017 a la fecha.

En consecuencia, se condene a la pasiva a pagar al demandante las sumas adeudadas por los salarios que se dejaron de cancelar con ocasión del trabajo suplementario; así como la reliquidación de las prestaciones sociales, la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que fue contratado por la pasiva el 3 de febrero del 2017, para desempeñarse en el cargo de portero del lote ubicado en la calle 140 No 21-06, con una asignación salarial del \$1.200.000.

Expone laboró de manera continua si disfrutar del descanso en dominicales y festivos del 3 de febrero al 3 de mayo de 2017 en horario de 5:00 p.m a 7:00 am; señala que el 3 de mayo de 2017 se le ordenó laborar de manera continua para lo cual se debió instalar en la construcción de 9:00 p.m a 6:00 a.m., motivo por el cual se le adeuda el trabajo suplementario.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, relata que los aportes al Sistema General de Seguridad Social se cancelaron hasta el 6 de junio del 2017 y no le fue cancelada la liquidación de prestaciones sociales; finalmente, que citó a la pasiva ante el Ministerio de Trabajo en aras de obtener el pago de las acreencias laborales adeudadas, sin que se haya accedido por parte de la sociedad empleadora.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada operó la *litis contestatio* a través de *curador ad-litem*, quien manifestó estarse a lo probado en el proceso.

Propuso como medios exceptivos de mérito los que denominó prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 28 de enero del 2021 absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, además de abstenerse a fulminar condena en costas.

Como sustento de la decisión refirió que no se aportó al plenario medio de convicción que acreditar la efectiva prestación del servicio, sin que la prueba testimonial haya sido conteste frente a dicha situación, así como respecto de



los extremos laborales y del salario devengado.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* la parte demandante presenta recurso de apelación en el que en suma indica que se acreditó la prestación personal del servicio, teniendo en cuenta que el actor se encuentra actualmente laborando al servicio de la accionada; de otra parte, que se encuentra bajo subordinación cumpliendo un horario de trabajo que excedía la jornada máxima legal; finalmente, que devengaba salario, por lo cual se encuentran reunidos los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Manifiesta que se aportó el certificado de existencia y representación legal de la accionada, así como la afiliación a la EPS CAFESALUD, sin que se haya tachado de falsa tal documental; de otra parte, que la prueba testimonial dio cuenta que el actor reemplazó al anterior empleado desde el 3 de febrero de 2017.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si entre las partes existió una relación laboral.

c. Del contrato de trabajo

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Igualmente, se tiene adoctrinado que aún en el caso de tener acreditada la prestación personal del servicio, tal hecho por sí mismo, no exonera a la parte actora de su deber de acreditar los demás supuestos de hecho alegados como los extremos de la relación laboral. Así, lo recordó la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral entre otras en sentencia SL-102 del 2020, al referir:

“Y para concluir sobre este tópico, cumple 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» como serían los extremos temporales. Así se dejó sentado en la sentencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se trajo a colación lo dicho en la providencia 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 (Subrayas fuera del texto)."

4.4 DEL CASO EN CONCRETO

De cara a lo indicado, con el objeto de desatar el fondo del litigio, le corresponde a la Sala analizar el material probatorio arrimado, con arreglo a las reglas de la sana crítica y la experiencia a fin de determinar si existen suficientes elementos de juicio que permitan corroborar el vínculo laboral alegado por la demandante.

Logrando constatar que como medios probatorios únicamente se incorporaron: (i) el certificado de Cámara y Comercio de la pasiva (Fls. 19-24), un formulario de afiliación a CAFESALUD EPS del 6 de junio del 2017 (Fl. 25), (ii) la constancia de no comparecencia por parte de la pasiva ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Fl. 26); (iii) y el acta de una diligencia de secuestro realizada por el Juzgado Sesenta y Uno Civil Municipal de Bogotá D.C. a la pasiva el día 20 de octubre del 2017, en el que consta que la diligencia fue atendida por JOSÉ HERNÁNDEZ, pero se precisa en el mismo documento que el referido sujeto no presentó ningún documento de identificación (Fls 27 a 28).

Además de los documentos previamente relacionados, se escuchó la declaración rendida por el señor ROQUE PUENTES, quien aduce era la persona que prestaba el servicio de vigilancia antes de que el libelista ocupara dicho empleo. Expone en tal sentido el testigo que conoce al demandante hace aproximadamente 15 o 16 años, por lo que él presentó al demandante para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que fuera contratado en la construcción, constándole que estuvo en el momento de la negociación y cuando se pactó el salario, sin recordar el monto, aseverando que él entregó al actor algunas sumas de dinero, sin tener presente el monto. Precisa que el propietario no continuó solucionando dichas sumas. Además, asevera que la relación laboral inició en febrero de 2017 y que el actor laboró de manera continua en jornada diurna y nocturna.

No obstante, se destaca que, tras indagarse nuevamente sobre los extremos, refiere que él laboró hasta octubre y observó nuevamente al actor en febrero del 2017, aduciendo además que anteriormente el demandante laboró en las obras como electricista y posteriormente por temas de salud como celador, declaración que se debe acotar, resulta contradictoria y no logra formar el convencimiento de la Sala.

De cara a lo eludido, estima la Sala que el material probatorio arrimado resulta insuficiente a fin de acreditar la prestación personal del servicio en los extremos laborales aducidos en la demanda; de igual manera, no es dable establecer los días efectivamente laborados por el demandante, lo que se traduce en que el demandante no logró probar que en realidad existió una prestación personal y continuada del servicio durante el interregno alegado. Lo cierto es que ni siquiera al testigo le consta directamente que el demandante tras la negociación que este refiere hubiese prestado los servicios personales a la demandada.

Afirmación que se sustenta en que el único testigo traído a juicio indica que la relación tuvo como extremo inicial el mes de febrero del 2017, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

posteriormente señala que el actor se venía desempeñando con anterioridad como electricista y posteriormente por motivos de salud como celador. Aunado a lo anterior el formulario de afiliación a la EPS CAFESALUD data del 6 de junio del 2017, luego tampoco existe congruencia entre lo que expresa el testigo y esta prueba.

De otra parte, en lo que respecta a la diligencia de secuestro de folios 27 a 28, sobra indicar que, aunque en la misma se refiere que la diligencia se atendió por parte de una persona de nombre JOSÉ HERNÁNDEZ, no es dable establecer con certeza que se trate del demandante, pues en el acta de la diligencia se describe claramente que dicha persona no exhibió su documento de identidad, ni mucho menos la calidad en la que atendió la misma.

Con todo, vale pena enunciar que si en gracia de discusión se tuviera por sentado que la relación laboral inició en febrero del 2017, es patente que sumado a la falta de acreditación de los días efectivamente laborados, mucho menos se probaron las condiciones de tiempo y modo que se dio, pues se itera el único deponente que se trajo al juicio no le consta directamente que el demandante hubiese laborado de manera permanente en la obra y mucho menos el horario que se hubiese impuesto así como si recibía ordenes de forma continua o si se ejerció el poder disciplinario en su contra.

Finalmente se debe acotar que adicionalmente no existe prueba fehaciente del horario alegado por activa ni de la prestación del servicio en las horas extras reclamadas, supuesto que debe estar plenamente acreditado para que sea dable fulminar una condena por tal conceto. Por cuanto valga recordar que es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

criterio pacífico de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que para que proceda la condena por concepto de horas extras, dominicales o festivos, es necesaria la demostración clara y precisa de los interregnos que asegura haber laborado de forma adicional a la jornada ordinaria, al punto que, *“en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”*, así se precisó en sentencia SL7578 del 17 de junio de 2015, que cita la de radicado 31637 del 15 de julio de 2008.

Dimana de lo enunciado que le asistió razón al *a-quo* al disponer la absolución de la pasiva respecto a las pretensiones incoadas en su contra.

Por lo hasta aquí consignado, es menester de la Corporación confirmar en su integridad el fallo de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia, por cuanto no se causaron.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:

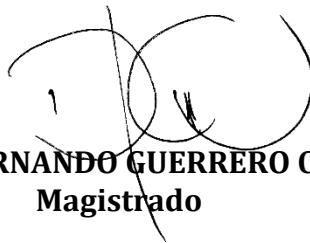


República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

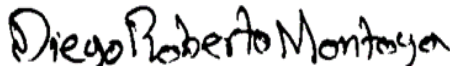
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

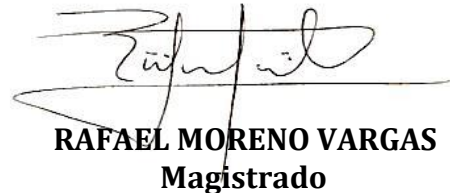
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 05 2018 00558 01
Demandante: HUMBERTO AGUSTÍN MORA ÁLVAREZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Olga Bibiana Hernández Téllez*, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.532.969 y T.P. 228.020 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Porvenir S.A* en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto las pretensiones fueron adversas a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor HUMBERTO AGUSTÍN MORA ÁLVAREZ, promovió demanda Ordinaria en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado el 1º de febrero de 1996 por intermedio de la AFP encartada, al existir error de hecho que vició su consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a PROTECCIÓN S.A. a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación a esa administradora, en razón a la indebida información que se le suministró al momento del traslado, así como devolver con destino a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, títulos pensionales, bonos pensionales, comisiones y demás rubros que se encuentren en su cuenta individual, y que COLPENSIONES active nuevamente la afiliación, procediendo con la actualización de la historia laboral.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 29 de octubre de 1958, afiliándose al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES como trabajador independiente en el mes de julio de 1983.

Que se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de febrero de 1996 por intermedio de la entonces AFP COLMENA, y para el momento de dicho traslado, no se le informó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional y de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las ventajas y desventajas entre ambos regímenes, los distintos escenarios pensionales, entre otros factores.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Refirió que el traslado que realizara el demandante se efectuó de manera libre y voluntaria, aunado a que en caso de declararse la nulidad y/o ineficacia, afectaría sus intereses como entidad, así como la descapitalización, poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que han cotizado al durante toda su vida laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguro social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho a la pensión de vejez, e innominada.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. mencionó que al demandante se le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones y funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al igual que los rasgos diferenciadores del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares, tal y como se procedió con el actor.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica, y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 25 de junio de 2020, declaró la nulidad del traslado que efectuara el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en su caso administrado por PROTECCIÓN S.A., por lo que ordenó a esta última trasladar con destino a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES recibir lo de su cargo. Por tal razón, condenó a ambas demandadas al pago de costas procesales.



Para arribar a dicha conclusión, expuso el *a-quo* que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, es deber de las AFP suministrar la debida información para con los afiliados que por demás tiene que ser relevante en lo que atañe a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, no solamente como consecuencia de la carga dinámica de la prueba que les asiste, sino porque justamente es obligación de estas como así lo dispone el precepto normativo, aspecto que no fue demostrado por PROTECCIÓN S.A., pues el simple formulario de afiliación no se puede constituir como prueba fehaciente de una debida información.

Adicionalmente, sostuvo que a pesar de que el demandante manifestó en su interrogatorio de parte que al momento de la asesoría se le indicó sobre las ventajas de trasladarse, tal información no se puede atender como una asesoría completa como quiera que en nada se la advirtió sobre las desventajas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Argumentó que dentro del proceso no se vislumbraron vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo que condujeran a la determinación de la declaratoria de nulidad, ya que el demandante firmó el formulario, aceptando así las condiciones de dicho régimen. Así mismo, indicó que no se puede contravenir el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y que por demás el demandante en la actualidad se encuentra inmerso en esta previsión legal.

Adujo además que las consecuencias jurídicas relativas a la afiliación del actor solo deben recaer entre las partes y que para el presente asunto debe ser entre PROTECCIÓN S.A. y el señor HUMBERTO AGUSTÍN MORA ÁLVAREZ, de ahí que no pueda recibir al demandante ante sus dependencias como quiera que no tuvo injerencia alguna en la suscripción del acto jurídico objeto de debate dentro del presente asunto.

De otra parte, manifestó que existió negligencia por parte del demandante, en razón a que tan solo se preocupó por su derecho pensional cuando se



encontraba próximo a cumplir la edad requerida para la pensión de vejez, por lo que de aceptarse el traslado se vería vulnerado el artículo 48 de la Constitución Política, ya que una posible pensión se estaría financiando con recursos de los afiliados que sí han efectuado aportes pensionales al sistema, aspecto por el que se incurriría en una descapitalización.

Por último, refiere que no se la debe condenar en costas, ya que no tuvo ninguna injerencia en la situación de traslado de régimen que en su momento realizó el demandante.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Así mismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona



natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir*



del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 1º de febrero de 1996 a la antigua AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. (Fl. 178 – expediente digital), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información adecuada, pues como lo sostuvo el *a-quo*, a pesar de que el actor manifestó haber conocido algunas de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al momento de la información que le fue suministrada, en nada se advierte de sus dichos una asesoría detallada y minuciosa sobre las desventajas que conllevaban el traslado, de lo que se puede concluir que la asesoría que en su entonces se le brindó, no estuvo enmarcada como eficaz, toda vez que la misma no se realizó en su totalidad. En ese orden de ideas, no se avizora una confesión por activa.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión. Esto conlleva a su vez, que atendiendo el recurso que interpusiera COLPENSIONES sobre una presunta descapitalización, esos presupuestos no se constituyan en tanto, es claro que al haber sido ineficaz el traslado el actor al retornar lo hace con todos los rendimientos y demás rubros indicados en precedencia, de ahí que su contingencia en nada afecte los recursos de los demás afiliados que conforman el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Ahora bien, COLPENSIONES alega que resulta improcedente la condena en costas, pese a ello el criterio a efectos de imponer la condena en costas resulta ser objetivo en los términos regulados en el C.G.P., máxime que COLPENSIONES se opuso a las pretensiones demandatorias, siendo vencida en juicio.

Por último, debe advertir la Sala que el fallador de instancia declaró la nulidad de la afiliación, presupuesto que a la luz de lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 resulta inoperante, ya que lo que allí se dispuso es la ineficacia de la afiliación y por consiguiente el retorno de las situaciones a su estado normal, aspecto que también se encuentra soportado con los postulados ya esbozados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado se modificará parcialmente.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

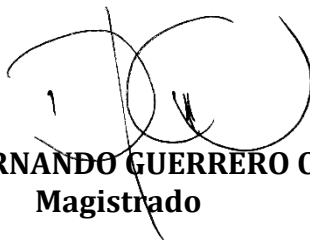
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el numeral primero de la sentencia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar ineficaz la afiliación efectuada por el demandante señor HUMBERTO AGUSTÍN MORA ÁLVAREZ, al tenor de lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

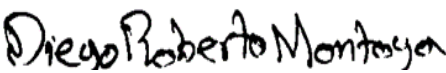
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

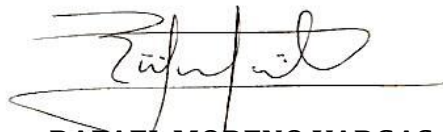
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 08 2018 00290 01
Demandante: LUZ MARLENY MEDINA BASTO
Demandado: BANCO POPULAR S.A. Y COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de *Colpensiones*, a la abogada *Alida del Pilar Mateus Cifuentes*, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008, y T.P. 221.228 del C.S.J., en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ MARLENY MEDINA BASTO, promovió demanda ordinaria en contra del BANCO POPULAR S.A., con la finalidad que se le condene a la accionada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a partir de 7 de agosto de 2004, conforme al régimen de los trabajadores oficiales, junto con la respectiva indexación, costas procesales, y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que ingresó al servicio del BANCO POPULAR S.A. en calidad de trabajadora oficial el 16 de enero de 1974, por cuanto para dicha data, la encartada era una empresa adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Que cumplió veinte años de servicios continuos al servicio de la demandada por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1974 y el 16 de enero de 1994, así como que su vínculo laboral tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2005, siendo su fecha de nacimiento el 7 de agosto de 1949, por lo que cumplió 55 años de edad el mismo día y mes de 2004.

Seguidamente, expuso que, a la fecha de terminación del contrato de trabajo con el BANCO POPULAR S.A., era trabajadora oficial, estatus administrativo laboral que ostentó durante todo el tiempo del vínculo contractual, así como que la demandada a la fecha del finiquito era un ente privado.

Relató que el último cargo desempeñado fue el de Cajera Principal, un último salario de \$1.138.682, devengando en el último año de servicios de primas legales y extralegales en junio y diciembre, prima de antigüedad, y prima de vacaciones que constituyen factor salarial para efectos prestacionales.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El BANCO POPULAR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no está obligado a responder por la prestación perseguida por la actora al no cumplir con los requisitos exigidos por las disposiciones legales vigentes, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica que ostenta como entidad en virtud de su privatización que lo fue a partir del 21 de noviembre de 1996, sumado al hecho que la señora LUZ MARLENY MEDINA BASTO tiene una pensión de vejez reconocida por parte del antiguo ISS mediante Resolución No. 010092 del 28 de mayo de 2003.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

COLPENSIONES tras ser vinculada a la litis mediante proveído de fecha 11 de junio de 2018 (Fl. 61), contestó la demanda, manifestando que no puede reconocer ningún derecho, en razón a que la actora ingresó al servicio del BANCO POPULAR S.A. el 16 de enero de 1974 en calidad de trabajadora oficial, ya que en su momento dicha entidad era una empresa oficial adscrita al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, relación laboral que se mantuvo hasta el 16 de enero de 1994, por lo que dicho Banco es el que debe responder por las pretensiones de la demanda.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, e innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 24 de junio de 2020, absolvió al BANCO POPULAR S.A. y a la vinculada COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de cobro de lo no debido.

Para arribar a dicha conclusión, expuso en primer lugar que no existió discusión de la relación laboral que tuvo la actora con el BANCO POPULAR S.A. por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1974 y el 30 de junio de 2005, de ahí que la demandante hubiese acumulado más de treinta años de servicios.

Que mediante Escritura Pública No. 5901 del 4 de diciembre de 1996, el BANCO POPULAR S.A. pasó de ser una Empresa Industrial y Comercial del Estado a una Sociedad Anónima, contrario a lo señalado por la parte actora, quien a la fecha de la terminación del contrato no fungía como trabajadora oficial, calidad de la cual gozó solo hasta el 21 de noviembre de 1996, acumulando un total de 8.323 días equivalentes a veinte (20) años de servicios,

ello descontando 23 días de interrupción que indicó la demandada se originaron en un cese de actividades.

Por ello, coligió que la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por tener más de quince (15) años de servicios contados al 1º de abril de 1994, destacando además, que como la actora acreditó un lapso superior a veinte (20) años de servicios como trabajadora oficial, no puede ser el posterior cambio de naturaleza jurídica del Banco, un elemento para frustrar su derecho pensional ya que para ese momento tan solo se encontraba pendiente el cumplimiento de la edad, de ahí que la normatividad a aplicar era la Ley 33 de 1985, a pesar que en el transcurso de la relación laboral hubiese sido afiliada al ISS.

Que en tal sentido, la edad de los 55 años enunciada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, los cumplió la actora el día 7 de agosto de 2004, por lo que a partir de dicha calenda fue que acreditó su derecho pensional, sin que tenga incidencia alguna el hecho que el Banco hubiese cambiado la naturaleza jurídica, pues incluso antes de la entrada en vigor del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones había superado los veinte (20) años de servicios como trabajadora oficial.

Asentó que también se acreditó dentro del plenario, que el antiguo ISS mediante Resolución 009873 de 2005, le reconoció una pensión de vejez a la actora a partir del 1º de abril de 2005 en cuantía inicial de \$1.364.650, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, precisamente por ser beneficiaria del régimen de transición, sin que dichas circunstancias varíen la norma aplicable que no es otra que la Ley 33 de 1985, pues el hecho de que las partes hubiesen cotizado al ISS para el riesgo de invalidez, vejez y muerte, de manera alguna releva en un todo al empleador oficial de jubilación frente al régimen jubilatorio con anterioridad de las normas que anteceden a la expedición de la Ley 100 de 1993; circunstancia por la cual, es obligación del BANCO POPULAR S.A. el reconocimiento y pago de la prestación implorada.

Que atendiendo los parámetros jurisprudenciales emanados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la actora es merecedora de la pensión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en los términos de la Ley 33 de 1985, equivalente al 75% de su tasa de reemplazo, aclarando a su vez, que dicho pago solo se iniciaría al día siguiente de la fecha en que se produjo el retiro efectivo del servicio que para el caso de la demandante lo fue el 1 de julio de 2005, donde el BANCO POPULAR S.A. solo asume la obligación de pagar el mayor valor si llegase a existir, en la medida en que la demandante goza de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES desde el 1º de abril de 2005.

Seguidamente, y luego de liquidar la pensión de jubilación conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, incluida la respectiva indexación, determinó para el año 2005 un IBL de \$1.559.757.54, correspondiente al promedio de los salarios devengados por la actora durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento, y al aplicársele una tasa de reemplazo del 75%, arrojó un valor de \$1.169.918, monto notoriamente inferior al reconocido por el ISS, de ahí que no hubiese fulminado ninguna condena en contra del BANCO POPULAR S.A. y COLPENSIONES.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante inconforme con la decisión la apeló. Expuso que, la suma que la *a-quo* estableció a cargo del Banco como pensión, no corresponde a los valores exactos, considerando en primer lugar que la indexación ha debido aplicarse desde la fecha en que la demandante adquirió el estatus, esto es, cuando cumplió los veinte (20) años de servicios, y en segundo lugar, los factores salariales con los cuales el BANCO POPULAR S.A. cotizó ante COLPENSIONES, fueron inferiores a los que realmente prescribe la ley, pues se omitió cotizar lo correspondiente al monto de las primas y demás emolumentos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de establecerse si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación dispuesta en la Ley 33 de 1985, atendiendo la figura de la compartibilidad pensional como quiera que en la actualidad la actora en la actualidad percibe una pensión de vejez por parte de COLPENSIONES en los términos del Decreto 758 de 1990.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que la demandante señora LUZ MARLENY MEDINA BASTO, laboró al servicio del BANCO POPULAR S.A. por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1974 y el 30 de junio de 2005, prueba de ello lo es la aceptación de la carta de renuncia que emitiera el Banco a la actora el 24 de junio de 2005 y la liquidación definitiva de empleados (Fls. 33 y 34).

Tampoco el hecho que COLPENSIONES mediante Resolución No. 009873 de 2005 le reconoció a la demandante una pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 (Fl. 37).

Así las cosas, debe precisarse que como lo enfatizó la falladora de instancia, la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios, toda vez que inició a laborar para la entidad bancaria demandada el 16 de enero de 1974, aunado que tenía más de 35 años de edad, ya que nació el 7 de agosto de 1949, vínculo contractual que como se enunció, finiquitó el 30 de junio de 2005, de ahí que el estudio pensional perseguido deba ser analizado a la luz de la Ley 33 de 1985.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En efecto, la Ley 33 de 1985 exige como requisitos para pensionarse 20 años de servicios oficiales y 55 años de edad. Este último requisito fue alcanzado el 7 de agosto de 2004, ya que la actora nació ese mismo día y mes del año 1949 como da cuenta la copia de la cédula de ciudadanía que reposa dentro del expediente administrativo en medio magnético.

A fin de constatar si la demandante acumuló un total de 20 años de servicios oficiales, se impone determinar qué lapso laboró como trabajadora oficial y cuál como trabajadora particular, pues debe recordarse que el BANCO POPULAR S.A. hasta el 21 de noviembre de 1996 fue una Sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional, sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y mediante Escritura Pública No. 5901 del 4 de diciembre de 1996 se transformó en una sociedad comercial anónima, es decir, mutó a una entidad privada (Fl. 9).

En virtud de ello, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha indicado que el trabajador que haya ostentado el requisito de los 20 años de servicios con anterioridad a la privatización del BANCO POPULAR S.A., que se itera lo fue el 21 de noviembre de 1996, es beneficiario de la prestación dispuesta en la Ley 33 de 1985, como quiera que a dicha calenda la entidad financiera ostentaba la figura jurídica para que sus trabajadores fuesen catalogados como oficiales, siendo la edad un requisito que puede acreditarse con posterioridad al cumplimiento de los 20 años de servicios. Así lo sostuvo en la sentencia SL2225-2019, Radicación No. 68583 del 5 de junio de 2019 donde expresó:

*“Bajo el anterior panorama, es relevante precisar, que de manera reiterada, esta Corporación ha puntualizado, que el cambio de naturaleza jurídica de la entidad bancaria no implica per se, la pérdida del derecho a la pensión de jubilación, **de quienes le prestaron más de veinte años de su servicio como trabajadores oficiales**, independientemente de que la edad para pensionarse, la hubiesen acreditado con posterioridad a dicho acontecimiento [...]*

*“En efecto, esta Sala de la Corte ha insistido en que, la condición de trabajador oficial no desaparece por motivo del cambio de naturaleza jurídica de la entidad, pues tal y como como se ha señalado, la misma **no***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

tiene la virtud suficiente, para afectar la pensión de un trabajador que completó el tiempo de servicios exigido por la ley, antes de la privatización de la sociedad empleadora (CSJ SL, 10 nov. 1998, rad. 10876) (negrilla fuera texto)”

El anterior criterio ha sido mantenido en recientes jurisprudencias como son la SL4579-2020, Radicación No. 75478 del 17 de noviembre de 2020, SL4748-2020, Radicación No. 72590 del 2 de diciembre de 2020, SL390-2021, Radicación No. 81218 del 1 de febrero de 2021, entre otras.

Puestas así las cosas, es palmario que la señora LUZ MARLENY MEDINA BASTO por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1974 y el 21 de noviembre de 1996, acreditó un tiempo laborado al servicio del *BANCO POPULAR S.A.* de 22 años, 10 meses y 5 días, sin que, contrario a lo establecido por la *a-quo*, dentro del plenario se hubiese acreditado por la entidad financiera algunos días de interrupción en virtud del presunto cese de actividades, pues no se puede tener como cierta tal situación por el simple hecho de que así lo haya manifestado en la contestación de demanda, situación que implica que por el interregno en que el Banco fue una sociedad de Economía Mixta del Orden Nacional sometida al régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, la actora hubiese acreditado un total de 1.178,52 semanas. En tal sentido, resulta palmario que la demandante sea merecedora de la pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985.

Del monto de la mesada pensional.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha determinado que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes al 1° de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello.

En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará este.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez.

A su vez, el inciso 2º de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas.

Atendiendo lo expuesto, es evidente que la demandante al cumplir la edad de 55 años el 7 de agosto de 2004, el monto de la pensión debe calcularse con base en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y en virtud a que la señora LUZ MARLENY MEDINA BASTO acreditó como trabajadora oficial al servicio de la entidad financiera un total de 1.178.52 semanas por el periodo comprendido entre el 16 de enero de 1974 y el 21 de noviembre de 1996, claro resulta para la Sala que la liquidación a efectuar para determinar la primera mesada pensional deba calcularse con el promedio de salarios durante los últimos 10 años del interregno ya referido, sin que se puedan calcular sobre tiempo superior al 21 de noviembre de 1996 en tanto, la demandante ya no acreditaba la calidad de trabajadora oficial.

También vale advertir, que como lo precisó la falladora de instancia, el monto de la mesada pensional debe reconocerse a partir del 1º de julio de 2005, día siguiente a la calenda en que culminó la relación laboral de la demandante, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

Para el efecto, se procede a realizar el respectivo cálculo de la primera mesada pensional, precisando que deben tenerse en cuenta los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Promedio Salarial Anual							
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/01/87	31/01/87	28	45.688,00	1.522,93	\$ 42.642,13		
01/02/87	28/02/87	28	45.688,00	1.522,93	\$ 42.642,13		
01/03/87	31/03/87	31	45.688,00	1.522,93	\$ 47.210,93		
01/04/87	30/04/87	30	45.688,00	1.522,93	\$ 45.688,00		
01/05/87	31/05/87	31	45.688,00	1.522,93	\$ 47.210,93		
01/06/87	30/06/87	30	15.229,33	507,64	\$ 15.229,33		
01/07/87	31/07/87	31	41.119,20	1.370,64	\$ 42.489,84		
01/08/87	31/08/87	31	50.066,28	1.668,88	\$ 51.735,16		
01/09/87	30/09/87	30	46.806,36	1.560,21	\$ 46.806,36		
01/10/87	31/10/87	31	45.688,00	1.522,93	\$ 47.210,93		
01/11/87	30/11/87	30	45.688,00	1.522,93	\$ 45.688,00		
01/12/87	31/12/87	31	45.688,00	1.522,93	\$ 47.210,93		
Total días		362			\$ 521.764,69	\$ 1.441,34	\$ 43.240,17

Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	61.980,00	2.066,00	\$ 64.046,00		
01/02/88	29/02/88	29	61.980,00	2.066,00	\$ 59.914,00		
01/03/88	31/03/88	31	61.980,00	2.066,00	\$ 64.046,00		
01/04/88	30/04/88	30	61.980,00	2.066,00	\$ 61.980,00		
01/05/88	31/05/88	31	16.528,00	550,93	\$ 17.078,93		
01/06/88	30/06/88	30	61.980,00	2.066,00	\$ 61.980,00		
01/07/88	31/07/88	31	61.980,00	2.066,00	\$ 64.046,00		
01/08/88	31/08/88	31	61.980,00	2.066,00	\$ 64.046,00		
01/09/88	30/09/88	30	61.980,00	2.066,00	\$ 61.980,00		
01/10/88	31/10/88	31	61.980,00	2.066,00	\$ 64.046,00		
01/11/88	30/11/88	30	61.980,00	2.066,00	\$ 61.980,00		
01/12/88	31/12/88	31	167.775,00	5.592,50	\$ 173.367,50		
Total días		366			\$ 818.510,43	\$ 2.236,37	\$ 67.091,02

Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
01/02/89	28/02/89	28	606.034,04	20.201,13	\$ 565.631,77		
01/03/89	31/03/89	31	38.737,50	38.737,50	\$ 1.200.862,50		
01/04/89	30/04/89	30	77.475,00	77.475,00	\$ 2.324.250,00		
01/05/89	31/05/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
01/06/89	30/06/89	30	77.475,00	2.582,50	\$ 77.475,00		
01/07/89	31/07/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
01/08/89	31/08/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
01/09/89	30/09/89	30	77.475,00	2.582,50	\$ 77.475,00		
01/10/89	31/10/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
01/11/89	30/11/89	30	77.475,00	2.582,50	\$ 77.475,00		
01/12/89	31/12/89	31	77.475,00	2.582,50	\$ 80.057,50		
Total días		365			\$ 4.803.514,27	\$ 13.160,31	\$ 394.809,39



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	100.718,00	3.357,27	\$ 104.075,27		
01/02/90	28/02/90	28	100.718,00	3.357,27	\$ 94.003,47		
01/03/90	31/03/90	31	60.430,80	2.014,36	\$ 62.445,16		
01/04/90	30/04/90	30	100.718,00	3.357,27	\$ 100.718,00		
01/05/90	31/05/90	31	100.718,00	3.357,27	\$ 104.075,27		
01/06/90	30/06/90	30	100.718,00	3.357,27	\$ 100.718,00		
01/07/90	31/07/90	31	100.718,00	3.357,27	\$ 104.075,27		
01/08/90	31/08/90	31	100.718,00	3.357,27	\$ 104.075,27		
01/09/90	30/09/90	30	100.718,00	3.357,27	\$ 100.718,00		
01/10/90	31/10/90	31	100.725,00	3.357,50	\$ 104.082,50		
01/11/90	30/11/90	30	100.728,00	3.357,60	\$ 100.728,00		
01/12/90	31/12/90	31	100.728,00	3.357,60	\$ 104.085,60		
Total días		365			\$ 1.183.799,79	\$ 3.243,29	\$ 97.298,61

Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
01/02/91	28/02/91	28	133.310,00	4.443,67	\$ 124.422,67		
01/03/91	31/03/91	31	79.986,00	2.666,20	\$ 82.652,20		
01/04/91	30/04/91	30	133.310,00	4.443,67	\$ 133.310,00		
01/05/91	31/05/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
01/06/91	30/06/91	30	133.310,00	4.443,67	\$ 133.310,00		
01/07/91	31/07/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
01/08/91	31/08/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
01/09/91	30/09/91	30	133.310,00	4.443,67	\$ 133.310,00		
01/10/91	31/10/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
01/11/91	30/11/91	30	133.310,00	4.443,67	\$ 133.310,00		
01/12/91	31/12/91	31	133.310,00	4.443,67	\$ 137.753,67		
Total días		365			\$ 1.566.836,87	\$ 4.292,70	\$ 128.781,11

Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/02/92	29/02/92	29	170.637,00	5.687,90	\$ 164.949,10		
01/03/92	31/03/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/04/92	30/04/92	30	170.637,00	5.687,90	\$ 170.637,00		
01/05/92	31/05/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/06/92	30/06/92	30	170.637,00	5.687,90	\$ 170.637,00		
01/07/92	31/07/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/08/92	31/08/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/09/92	30/09/92	30	170.637,00	5.687,90	\$ 170.637,00		
01/10/92	31/10/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
01/11/92	30/11/92	30	170.637,00	5.687,90	\$ 170.637,00		
01/12/92	31/12/92	31	170.637,00	5.687,90	\$ 176.324,90		
Total días		366			\$ 2.081.771,40	\$ 5.687,90	\$ 170.637,00

Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/02/93	28/02/93	28	233.980,25	7.799,34	\$ 218.381,57		
01/03/93	31/03/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/04/93	30/04/93	30	213.518,00	7.117,27	\$ 213.518,00		
01/05/93	31/05/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/06/93	30/06/93	30	213.518,00	7.117,27	\$ 213.518,00		
01/07/93	31/07/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/08/93	31/08/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/09/93	30/09/93	30	213.518,00	7.117,27	\$ 213.518,00		
01/10/93	31/10/93	31	213.518,00	7.117,27	\$ 220.635,27		
01/11/93	30/11/93	30	213.518,00	7.117,27	\$ 213.518,00		
01/12/93	31/12/93	31	430.150,38	14.338,35	\$ 444.488,73		
Total días		365			\$ 2.840.753,89	\$ 7.782,89	\$ 233.486,62



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	362.624,60	12.087,49	\$ 374.712,09		
01/02/94	28/02/94	28	2.569.967,47	85.665,58	\$ 2.398.636,31		
01/03/94	31/03/94	31	449.811,60	14.993,72	\$ 464.805,32		
01/04/94	30/04/94	30	264.762,00	8.825,40	\$ 264.762,00		
01/05/94	31/05/94	31	366.183,44	12.206,11	\$ 378.389,55		
01/06/94	30/06/94	30	256.818,84	8.560,63	\$ 256.818,84		
01/07/94	31/07/94	31	397.143,76	13.238,13	\$ 410.381,89		
01/08/94	31/08/94	31	365.427,20	12.180,91	\$ 377.608,11		
01/09/94	30/09/94	30	365.427,20	12.180,91	\$ 365.427,20		
01/10/94	31/10/94	31	345.294,16	11.509,81	\$ 356.803,97		
01/11/94	30/11/94	30	357.704,97	11.923,50	\$ 357.704,97		
01/12/94	31/12/94	31	385.560,24	12.852,01	\$ 398.412,25		
Total días		365	-		\$ 6.404.462,48	\$ 17.546,47	\$ 526.394,18

Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	399.570,16	13.319,01	\$ 399.570,16		
01/02/95	28/02/95	30	319.038,00	10.634,60	\$ 319.038,00		
01/03/95	31/03/95	30	410.601,99	13.686,73	\$ 410.601,99		
01/04/95	30/04/95	30	319.038,00	10.634,60	\$ 319.038,00		
01/05/95	31/05/95	30	419.703,20	13.990,11	\$ 419.703,20		
01/06/95	30/06/95	30	558.152,37	18.605,08	\$ 558.152,37		
01/07/95	31/07/95	30	419.703,20	13.990,11	\$ 419.703,20		
01/08/95	31/08/95	30	419.703,20	13.990,11	\$ 419.703,20		
01/09/95	30/09/95	30	469.584,60	15.652,82	\$ 469.584,60		
01/10/95	31/10/95	30	391.818,81	13.060,63	\$ 391.818,81		
01/11/95	30/11/95	30	74.442,20	2.481,41	\$ 74.442,20		
01/12/95	31/12/95	30	416.079,08	13.869,30	\$ 416.079,08		
Total días		360			\$ 4.617.434,81	\$ 12.826,21	\$ 384.786,23

Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	481.354,08	16.045,14	\$ 481.354,08		
01/02/96	29/02/96	30	530.431,65	17.681,06	\$ 530.431,65		
01/03/96	31/03/96	30	501.207,92	16.706,93	\$ 501.207,92		
01/04/96	30/04/96	30	559.655,38	18.655,18	\$ 559.655,38		
01/05/96	31/05/96	30	501.207,92	16.706,93	\$ 501.207,92		
01/06/96	30/06/96	30	530.431,65	17.681,06	\$ 530.431,65		
01/07/96	31/07/96	30	413.536,73	13.784,56	\$ 413.536,73		
01/08/96	31/08/96	30	89.673,50	2.989,12	\$ 89.673,50		
01/09/96	30/09/96	30	401.161,00	13.372,03	\$ 401.161,00		
01/10/96	31/10/96	30	74.442,20	2.481,41	\$ 74.442,20		
01/11/96	21/11/96	21	416.079,08	13.869,30	\$ 291.255,36		
Total días		321			\$ 4.374.357,39	\$ 13.627,28	\$ 408.818,45



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1987	362	4,132	80,21	19,412	\$ 43.240,17	\$ 839.390,71	\$ 10.128.647,88
1988	366	5,124	80,21	15,652	\$ 67.091,02	\$ 1.050.131,41	\$ 12.811.603,26
1989	365	6,566	80,21	12,217	\$ 394.809,39	\$ 4.823.195,62	\$ 58.682.213,36
1990	365	8,281	80,21	9,686	\$ 97.298,61	\$ 942.453,75	\$ 11.466.520,65
1991	365	10,961	80,21	7,318	\$ 128.781,11	\$ 942.374,50	\$ 11.465.556,41
1992	366	13,901	80,21	5,770	\$ 170.637,00	\$ 984.563,92	\$ 12.011.679,87
1993	365	17,395	80,21	4,611	\$ 233.486,62	\$ 1.076.609,18	\$ 13.098.745,04
1994	365	21,328	80,21	3,761	\$ 526.394,18	\$ 1.979.650,59	\$ 24.085.748,81
1995	360	26,147	80,21	3,068	\$ 384.786,23	\$ 1.180.378,41	\$ 14.164.540,88
1996	321	31,237	80,21	2,568	\$ 408.818,45	\$ 1.049.741,03	\$ 11.232.229,01
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2005	\$ 179.147.485,17
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.492.895,71
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 1.119.671,78
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2005	\$ 381.500,00

En razón a que el monto de la mesada pensional aquí calculada al 1º de julio de 2005 asciende a la suma de \$1.119.671.78, valor inferior al determinado en primera instancia y que se estableciera en el monto de \$1.169.918, es por lo que no hay lugar a revocar la decisión primigenia sobre este aspecto.

De la compartibilidad pensional.

Lo anterior, conduce igualmente a que se confirme la absolución de las pretensiones perseguidas por la demandante, debido que al resultar inferior el monto de la primera mesada de la pensión de jubilación dispuesta en la Ley 33 de 1985, con la reconocida por el antiguo ISS mediante Resolución No. 009873 de 2003 de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, que lo fue en cuantía inicial para de \$1.364.650 (Fl. 37), puede concluirse que atendiendo la compartibilidad pensional, no hay lugar a que el BANCO POPULAR S.A. deba cancelar alguna diferencia derivada de un mayor valor; circunstancia por la cual, la decisión de primer grado habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

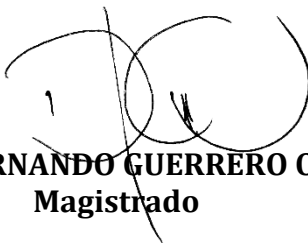
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

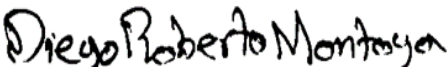
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

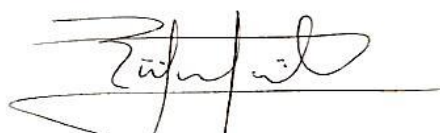
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

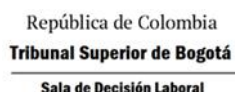


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



cotizaciones deficientes, la indexación de las sumas adeudadas, junto con las costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se vinculó con la demandada, bajo la modalidad de contrato de trabajo a término indefinido, del 2 de abril de 2012 al 16 de marzo de 2016; previo a ello, el demandante estuvo vinculado a la demandada del 16 de enero de 1988 al 30 de junio de 2010, desempeñando como último cargo el de Fiel Profesional II, con un salario promedio de \$13.000.000, más un promedio mensual de bonos de \$3.941.667.

Precisa que durante la relación laboral devengó de manera mensual el denominado bono de campo, como compensación por ausentarse en su sede de trabajo para atender su labor en los pozos de petróleo que eran intervenidos por la pasiva, en un porcentaje que superaba el 50% del salario. Refiere que la cláusula adicional del contrato contiene una desalarización respecto de los bonos de campo.

Refiere que, mediante comunicación del 16 de mayo del 2017, la UGPP inició un proceso de cobro persuasivo por omisión en la afiliación e inexactitud en las autoliquidaciones de aportes, ello con ocasión de la queja formulada por otro ingeniero adscrito a la misma empresa.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva en su escrito de contestación de la demanda, se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, aduciendo en su defensa que no existe fundamento jurídico ni fáctico para dejar sin efecto la cláusula adicional del contrato de trabajo, suscrita de forma libre y voluntaria por las partes el 2 de abril del 2012.

Formuló como medios exceptivos los que denominó cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de los derechos pretendidos por

parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de febrero del 2021, declaró no probada la tacha sobre imparcialidad de los testigos YOLANDA PINEDA, SERGIO IVÁN OLAVE PLATA, SONIA QUINTERO MORALES y EDGAR AMOROCHO IGLESIAS; declaró la existencia de los siguientes contratos de trabajo a término indefinido entre las partes: del 16 de enero de 1988 al 11 de marzo del 2011 y del 2 de abril del 2012 al 3 de febrero del 2016, con un salario integral de \$13.000.000, el cual terminó de mutuo acuerdo por las partes; declaró parcialmente probada la excepción de cosa juzgada en relación a la naturaleza salarial recibida por el demandante y también se declaró probada la de inexistencia de la obligación frente a las pretensiones de reliquidación de la indemnización sin justa causa, vacaciones y aportes a seguridad social, por el periodo comprendido del 2 de abril del 2012 al 3 de febrero del 2016; y probada parcialmente la inexistencia de las obligaciones frente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social y la de falta de título y causa frente a la nulidad de la cláusula 4ª.

Como sustento de su decisión indicó en primer lugar que, tanto de los interrogatorios de parte como de los testimonios practicados, se acreditó que el bono de campo no se solucionaba como retribución directa del servicio prestado, sino frente al desplazamiento de la sede principal en la ciudad de Bogotá a cualquiera de las sedes en las que se encontraban los pozos, señalándose expresamente que para devengar el bono no era indispensable prestar el servicio en el lugar de destino. Concluyó que el origen del bono de campo no es una retribución directa a la prestación del servicio del demandante, y por ende no tiene incidencia salarial.

De otra parte, frente a la pretensión de nulidad de la cláusula cuarta del acuerdo transaccional, que en efecto se incluyó que el monto solucionado incluía las *“diferencias por derechos ciertos e inciertos”*, lo cual resulta parcialmente ineficaz, quedando vigente lo atinente a derechos inciertos; de

igual manera, en dichos términos debe darse entendimiento a la cláusula quinta, esto es, que no resulta dable transigir derechos ciertos e irrenunciables. En ese orden de ideas, estimó que si opera la cosa juzgada frente a las acreencias laborales objeto de transacción.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* el demandante formuló recurso de apelación señalando que la UGPP en el requerimiento de fecha 24 de marzo de 2017, señaló que en la base de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes PILA, no se tuvo en cuenta el valor recibido como bono de campo, el que fuera cancelado de manera habitual por el empleador, valores que deben integrar el salario para realizar los pagos al Sistema Integral de Seguridad Social.

Existe negativa de entregar la documental solicitada por parte del juzgado, ordenadas por autos, se aprecia claramente que la defensa se centró en ocultar y obstruir el cumplimiento de la orden judicial y la práctica de pruebas, violando artículos del Código General del Proceso especialmente el artículo 167, esta última sobre la carga dinámica de la prueba.

De otra parte, que la accionada no aportó la documental que tenía en su poder a efectos de acreditar la totalidad de los pagos verificados por dicho concepto, así como para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, sin que tal obligación se supla con la carta enviada por el Revisor Fiscal diciendo en la cual se mencionada que la prueba solicitada no permite identificar a los empleados que se efectuaron esos pagos, contrariando lo preceptuado en el artículo 264 del C.S.T., atinente a la obligación del empleador de soportar la información de los trabajadores. De igual manera, que los derechos pensionales son imprescriptibles.

En cuanto a la parte sustancial debemos indicar que para establecer si el citado bono de campo en principio es constitutivo de salario, debemos remitirnos al artículo 127 que define el salario como todo aquello que percibe el trabajador en dinero, en especie, como contraprestación de sus servicios, independientemente del nombre o denominación que se le dé.

La Corte ha insistido como regla general que los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre una destinación específica, es decir que la entrega obedece a una causa distinta de la prestación del servicio.

De otra parte, refiere que el pago del bono de campo se generaba con ocasión de la prestación del servicio, sin que sea dable extraer de la prueba testimonial que corresponda a mera liberalidad, en tanto si bien se narra que en ocasiones se solucionó pese a no prestarse el servicio, dicha situación acaeció con ocasión de fuerza mayor, por lo cual resultaba aplicable el artículo 140 del C.S.T., atinente al pago de salario sin prestación efectiva del salario por disposición o culpa patronal.

Argumenta que el bono de campo incrementaba su valor en atención a los días laborados, lo cual resta la característica de voluntariedad en el pago; aunado a ello que el monto no cumplía con la proporcionalidad frente al salario, en tanto superaba el 40%, límite establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 del 2010.

Finalmente, refiere que se debe condenar al pago de la indemnización moratoria, al haberse afectado incluso el monto futuro de la pensión, siendo un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sin que por pasiva se haya acreditado un actuar de buena fe.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la naturaleza de los bonos de campo es o no salarial. En casi afirmativo, la procedencia del pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, así como de la indemnización moratoria.

a. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, los cuales se extendieron entre el 16 de enero de 1988 y el 11 de marzo del 2011, y el cual terminó por renuncia del trabajador, y del 2 de abril del 2012 al 3 de febrero del 2016, supuestos de facto que no fueron objeto de reparo en el recurso de alzada.

b. De la Naturaleza de los bonos de campo

Cimienta el libelista su inconformidad frente a la providencia de primera instancia, en tanto no se declaró la ineficacia del clausulado contractual que prevé que los bonos de campo no tienen naturaleza salarial. En efecto, dicha documental reza:

“CLAUSULA ADICIONAL: Con base en lo establecido en el artículo 15 de la ley 50 de 1990, las partes aclaran y convienen de manera expresa que todas las primas, auxilio, subsidios, recargos, bonos y en general todos los bonos habituales u ocasionales otorgados o que llegue a otorgar expresamente el empleador o que en cualquier forma le haya reconocido o reconozca el trabajador, no constituye salario ni hace parte de la base salarial para liquidar otros beneficios, prestaciones o acreencias laborales”.

Bajo esta óptica, es menester de la Sala recordar que, en efecto por disposición del artículo 13 del C.S.T, toda cláusula contractual que comporte el menoscabo de los derechos y garantías mínimos que prevé la legislación laboral, se tornan ineficaces. Luego, resulta indispensable proceder a analizar si el pacto de exclusión salarial en debate se ciñe a lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T, o si por el contrario redunda en la transgresión del artículo 127 del C.S.T, por desconocer un emolumento cuya naturaleza es de estirpe salarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del CST establece 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, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medio de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituye salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO

“Atrás se explicó 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.

“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

[...]

“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES

“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

[...]

“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA

“Por último, esta Corte ha insistido en 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

De cara a lo aludido, le corresponde a la Corporación proceder a realizar un análisis del material probatorio arrimado al plenario en aras de corroborar, si el demandante acreditó el pago del bono de campo y si la pasiva, logro demostrar que los mismos no son de carácter salarial.

Así pues, se tiene que tras analizar el acervo probatorio se puede corroborar que en efecto le asiste la razón a la falladora de instancia, al precaver que no existe evidencia alguna en la que sea dable constatar que el demandante percibió el pago de los bonos de campo durante el periodo comprendido de 1988 a abril del año 2001, en tanto la primera evidencia de su pago no aparece sino hasta el mes de mayo de la última anualidad referida.

Destacando sobre este punto en particular, esto es la prueba del pago del bono, que la carga incumbe directamente al trabajador, al ser la parte que sostiene haber devengado de forma habitual los mismos, bajo la máxima *onus probandi incumbit actori*, se enmarcada dentro de las reglas de la carga probatoria previstas en el artículo 167 del C.G.P, acorde al cual le incumbe a cada una de las partes probar los supuestos de hecho en los cuales recaen las normas cuya aplicación se persigue.

Adicionalmente, vale la pena adundar en lo que respecta a los desprendibles de nómina (Fls 238 a 551) que, tras un análisis minucioso de los mismos, se pudo corroborar que los pagos recibidos por el demandante por este concepto no fueron solucionados de forma periódica, ni durante todos los meses laborados y bajo un valor constante. Así, se verifica que existe algunos meses en que no se realizó pago alguno por el precitado concepto y adicionalmente, el valor del mismo era variable. *Verbi gratia*, no fue cancelado durante abril de 2006, mayo del 2007 (Fl 385), enero del 2008 (Fl 401), abril del 2008 (Fl 407) y octubre de 2009 (Fl 442), entre muchos más periodos en que no existe registro de su pago.

De otra parte, con el ánimo de establecer la naturaleza del bono de campo, encontramos que en el curso de los interrogatorios de parte la demandada refiere que el bono de campo se cancelaba a los trabajadores que debían salir de base para prestar el servicio en otra compañía, aclarando que se cancelaba independiente de la prestación del servicio, esto es, su origen y causación era el hecho de pernoctar por fuera de la sede. A su turno, el libelista admite que entre 1988 y el 2000 devengaba un salario integral y adicionalmente que el bono de campo se solucionaba por día y de acuerdo con el tiempo en pozo.

Igualmente, fueron evacuados los testimonios de SERGIO IVÁN OLAVE, quien trabajó con el actor entre los años 2007 y 2016, por lo que le consta que el demandante devengó el bono de campo, el cual se generaba por el hecho de salir de su lugar de habitación y se solucionaba por cada día que debían estar en campo. Precisa que la base se ubicaba en Bogotá y cuando la empresa los enviaba a Villavicencio, se generaba el bono de campo desde el viaje, hasta el retorno, destacando que el mismo era percibido aun cuando existiera una avería en el taladro, por manifestaciones o circunstancias externas, por lo que se causaba, aunque no laboraran en el pozo de campo.

Por su parte la testigo YOLANDA PINEDA es conteste al afirmar que el bono de campo se pagaba cuando el actor se trasladaba a otros lugares, y por tanto incluía el trayecto de movilización o incluso los periodos de inactividad, esto es, era independientemente de los días laborados en campo, solucionándose incluso cuando no se laboraba por daños en el taladro o por movilizarse de un pozo a otro, destacando que el mismo no era constitutivo de salario porque era un pago adicional no relacionado en el trabajo.

Ahora, la testigo SONIA QUINTERO manifestó que entre los años 2010 a 2015 se desempeñó como Coordinadora de Compensación y Beneficios, relatando que los bonos de campo consistían en un pago a los trabajadores de la compañía, que se causaban desde que el trabajador salía de viaje, e incluso si en el campo se producía un inconveniente se le seguía pagando; que también recibía un bono *performance* por la calidad de desempeño, el cual sí constituía salario, en tanto implicaba que se cumpliera con todos los requisitos de trabajo; finalmente, que el bono de campo se pagaba sin importar si estaba o

no trabajando.

Por su parte el testigo EDGAR AMOROCHO manifestó que laboró con el demandante en la empresa demandada; que el bono se pagaba con ocasión del traslado a otros lugares, y en el evento de presentarse contingencias que no permitieran el ingreso, como bloqueos o daños del taladro, el bono si se solucionaba.

En lo que atañe estas declaraciones, debe en igual sentido destacar la Corporación que si bien se propuso una tacha de sospecha no se hará hincapié en la misma, por cuanto el fallador de primera instancia las declaró no probadas y tal determinación, no fue objeto de controversia en la alzada.

De cara a lo indicado, fluye incuestionable que los bonos de campo eran un pago que se generaba cada vez que el trabajador debía desplazarse de la base de Bogotá a otro lugar de trabajo y se causaban hasta el día en que regresaba, destacando que su pago no estaba condicionado a la prestación de un servicio determinado o a la ejecución de sus labores, pues fueron contestes los testigos escuchados al igual que el demandante en su interrogatorio de parte, al afirmar que se generaba el derecho a su pago incluso cuando el trabajador no debía laborar. Circunstancia misma que nos lleva a colegir que este pago podía ser objeto de desalarización, por cuanto no implicaban una retribución directa por el trabajo realizado, pues es patente que no estaba condicionado al desarrollo de la actividad laboral.

Sobre este puntual aspecto, alude el recurrente en su apelación que tal circunstancia no puede permear la naturaleza salarial del pago, pues acorde lo dispone el artículo 140 del C.S.T., el empleador está en la obligación de cancelar al trabajador el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o por un hecho imputable al empleador, aunado a que el artículo 28 de Estatuto Laboral, establece que el empleado no será participe en las pérdidas del empleador. Sobre el articular se tiene que de la prueba testimonial no se extrae que la no prestación del servicio y el pago del bono de campo, no obedecía a los supuestos fáticos de la normativa citada, en tanto se interpreta de su dicho, que el pago se originaba indistintamente de si existía o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no prestación del servicio y no solo cuando la labor no fuera desarrollada por asuntos imputables al empleador o situaciones de fuerza mayor, sino incluso porque el trabajador se encontraba en el desplazamiento o descansando en el hotel, esto es, que se causaba indistintamente de la naturaleza de las razones por las cuales no se encontrara prestando sus servicios.

En tal sentir, como quiera que el bono de campo no era retributivo de la labor prestada por el trabajador, no se acreditó de manera fehaciente que haya sido un pago constante y habitual que se generara durante todos los meses de vigencia de la relación laboral y de hecho su valor siempre fue variable, deviene lógico colegir que tales características no son propias de un pago salarial a la luz de lo reglado en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo y por lo tanto, las partes bien podían pactar que no tendría incidencia salarial, conforme lo reglado por el artículo 128 del mismo Estatuto, por manera que la cláusula adicional del contrato de trabajo en la cual se pactó que no sería constitutivo de salario, no transgrede ninguna garantía mínima del trabajador y por ende, no se puede declarar su ineficacia, como lo pretende el libelista.

Igualmente, debe puntualizar la Sala que el concepto emitido por la UGPP, en modo alguno es determinante para colegir que el bono de campo tiene incidencia salarial, por cuanto en primera medida dicha entidad no tiene en sus funciones legales y constitucionales, dirimir la naturaleza salarial del bono de campo; y, de otra parte, en el referido documento tampoco se indica que para el caso puntual del demandante los referidos pagos tengan carácter salarial, de hecho la misma entidad se limita a indicar que en el PILA no aparece el registro que los mismos fueran tenidos en cuenta para el pago de los aportes, aclarando que los pagos habituales son constitutivos de salario salvo que entre las partes se haya pactado lo contrario conforme lo previsto en el artículo 128 del C.S.T., y por ello requiere al demandante para que se aporten los contratos y convenciones que permitan definir si efectivamente el bono de campo hace parte o no de la base salarial. Análisis que sea del caso precisar, fue precisamente el abordado en este juicio frente a la situación puntual del demandante, logrando definir la naturaleza no salarial de los mismos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, en lo que respecta a los certificados de ingresos y retenciones de la DIAN (Fls 114 a 140), basta indicar que de los mismos tampoco se puede inferir la naturaleza salarial de los bonos, pues únicamente se está informando a la entidad los pagos que recibió el demandante por parte de su empleador, sin que se distinga en el mismo su naturaleza salarial.

Comporta lo aludido, que no habría lugar a efectuar la reliquidación del pago de los aportes a seguridad social, en los que se echa de menos que el IBL fuera conformado incluso por esta bonificación de campo.

Esta misma senda argumentativa, nos conduce a inferir que tampoco existiría vocación de prosperidad alguna en que se cancele la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto esta se produce únicamente cuando a la finalización del contrato de trabajo el empleador le adeuda al trabajador salarios o prestaciones sociales y como quiera que tal inconformidad reposaba en la indebida reliquidación de las prestaciones por no tener en cuenta el bono de campo, claro resulta que al no tener este carácter salarial, no se debía tener en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni para el pago de los aportes a seguridad. En consecuencia, no se dan los presupuestos de hecho exigidos por la norma para que se genere el pago de esta sanción.

Implica lo ya expuesto que ninguno de los argumentos enunciados en el recurso de alzada, tienen la facultad de derruir la decisión adoptada en primera instancia y por ello, la misma se confirmara en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de febrero del 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 04 2018 00816 01**

Demandantes: MARÍA ELENA VALENCIA LÓPEZ, LUZ ELENA
 MEJÍA BOTERO, DIANA PATRICIA LÓPEZ RIOS,
 MARÍA BELLANIRA CARDONA CASTRO, LUZ
 MARINA TABARES VALENCIA y MARLENY
 MORALES ALZATE

Demandados: ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS
 NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL
 CAPERUCITA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE
 BIENESTAR FAMILIAR

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación formulado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Las señoras MARÍA ELENA VALENCIA LÓPEZ, LUZ ELENA MEJÍA BOTERO, DIANA PATRICIA LÓPEZ RIOS, MARÍA BELLANIRA CARDONA CASTRO, LUZ MARINA TABARES VALENCIA y MARLENY MORALES ALZATE, formularon demanda ordinaria laboral en contra de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a fin que se declare como medio vinculante entre las partes, la existencia de un contrato de trabajo, entre el 16 de enero de 2014 y el 31 de julio de 2014, excepto la señora MARLENY MORALES ALZATE, cuyos extremos laborales corresponden del 20 de mayo de 2014 al 31 de julio de 2014, contratos que se prorrogaron por un período igual al inicialmente pactado; se declare además que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR -ICBF-, es solidariamente responsable.

En consecuencia, se condene a las accionadas al pago de salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria e indexación.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones manifestaron que el Gobierno Nacional para la protección de la infancia, desarrolla el programa denominado “*De 0 A Siempre*”, el cual es dirigido por el ICBF, contratando a terceras personas para que sean operadores de los servicios que se prestan en el marco del mismo; refieren que en el Municipio de La Unión (Antioquia), el ICBF delegó la operación a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, pese a lo cual el ente estatal ejercía control y vigilancia todos los ámbitos, esto es, del orden técnico, de familia, de emergencia y de talento humano.

Aseveran que para el desarrollo de los objetivos se requería de docentes y/o jardineras, auxiliares administrativas, auxiliares en servicios generales, auxiliar pedagógico, auxiliar pedagógico de medio tiempo, coordinadora y directora, coordinadora pedagógica, gestora de enlace, manipuladora de alimentos, profesional en apoyo de nutrición, profesional en apoyo psicosocial y profesional en apoyo de salud y nutrición, motivo por el cual las accionantes fueron contratadas para la prestación del servicio, de la siguiente manera:

Demandante	Extremo Inicial	Extremo Final	Cargo	Salario
María Elena Valencia López	16/01/2014	31/07/2014	Docente y/o Jardinera	\$900.000
Luz Elena Mejía Botero	16/01/2014	31/07/2014	Auxiliar Pedagógica	\$747.000



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Diana Patricia López Ríos	16/01/2014	31/07/2014	Auxiliar de servicios generales	\$616.000
María Bellanira Cardona Castro	16/01/2014	31/07/2014	Profesional de apoyo psicosocial	\$1.100.000
Luz Marina Tabares Valencia	16/01/2014	31/07/2014	Docente y/o Jardinera	\$926.000
Marleny Morales Alzate	20/05/2014	31/07/2014	Auxiliar Pedagógica de medio tiempo	\$400.000

Refieren además que cumplían un horario de trabajo de 7:30 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes; así mismo que los contratos de trabajo se prorrogaron por un período igual al inicialmente pactado, toda vez que si bien fueron enviadas las misivas de no prórroga, posteriormente les fue informado que seguirían laborando, solicitud de continuación que fue avalada por el ICBF; que durante la ejecución de la prórroga en el mes de agosto de 2014 se entregó una carta de prórroga por espacio de dos (2) meses, la cual tenía como fecha de elaboración el 31 de julio de 2014; que la empleadora cesó el pago de acreencias laborales el 16 de julio de 2014 y el 26 de agosto de esa anualidad les fue entregada misiva de terminación del contrato, invocando como causal la disolución de la empresa, por lo que el contrato terminaría el 30 de septiembre de 2014.



Finalmente refieren que no se han solucionado salarios, prestaciones sociales y las demás acreencias deprecadas en la demanda, y que se agotó la reclamación administrativa ante el ICBF

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR operó la *litis contestatio* señalando que es cierta la existencia y operatividad del programa, no obstante no se verifica una delegación sino una contratación directa mediante selección objetiva, suscribiéndose un contrato de aportes; dentro del cual se ejecutan actividades por la entidad estatal de coordinación, sin que medie subordinación alguna; que desconoce los contratos de trabajo aludidos por activa y en todo caso no le asiste responsabilidad alguna de conformidad con las sentencias T-660 de 2000, T-990 de 2000 y T-1173 de 2000.

Propuso y sustentó como excepciones de mérito las que denominó ausencia de relación laboral, legal o reglamentaria entre las partes, falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica del ICBF para celebrar contratos de trabajo, ausencia de responsabilidad patronal, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

De igual manera llamó en garantía a la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., aduciendo que la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA suscribió pólizas de garantía respecto de los contratos de aportes suscritos con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

entidad. Frente a lo cual la llamada en garantía contestó la demanda señalando que no constarle los hechos atinentes a la existencia de los contratos de trabajo. Frente al llamamiento refirió que las pólizas garantizan diferentes amparos, incluyéndose únicamente el pago de salarios y prestaciones sociales.

Formuló como excepciones de mérito frente a la demanda las de buena fe por parte de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA e inexistencia de solidaridad por parte del ICBF – cobro de lo no debido, y frente al llamamiento las de compensación con dineros adeudados por parte del ICBF a la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, límite de responsabilidad de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. en su condición de asegurador, existencia de otros procesos judiciales que pueden disminuir o agotar el valor asegurado e inexistencia de cobertura por actuaciones imputables al ICBF.

Finalmente, la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA operó la *litis contestatio* por conducto de *curador ad litem*, señalando no constarle los hechos de la demanda, estándose a lo probado con los contratos de trabajo allegados al plenario.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito denominados prescripción, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas, compensación indexada y la genérica o innominada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 7 de diciembre de 2020 declaró que entre las señoras MARÍA ELENA VALENCIA LÓPEZ, LUZ ELENA MEJÍA BOTERO, DIANA PATRICIA LÓPEZ RIOS, MARÍA BELLANIRA CARDONA CASTRO, LUZ MARINA TABARES VALENCIA y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, entre el 16 de enero de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2014 y entre MARLENY MORALES ALZATE y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA , entre el 20 de mayo de 2014 y el 30 de septiembre de 2014; condenó a la empleadora al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios, sanción por el no pago de intereses a la cesantías, indemnización moratoria, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, absolviendo de todas las pretensiones al ICBF y a la llamada en garantía.

Para tal efecto señaló que, de las pruebas documentales y testimoniales, se acreditó la existencia de los contratos de trabajo con la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, sin que milite prueba del pago de la salarios entre la segunda quincena de julio y los meses de agosto y septiembre; primas de servicios, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y aportes al Sistema General del Seguridad Social en Pensiones, no siendo procedente el pago de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes en Salud y Riesgos Laborales; de igual manera, que el no pago de intereses a las cesantías, implica la solución de la respectiva sanción.

Refirió en lo atinente a la indemnización por despido injusto que no se allegó prueba del despido, absolviendo de dicha pretensión; en lo atinente a la indemnización moratoria, accedió a la misma en tanto no se estableció buena fe patronal ante la omisión en el pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

De otra parte señaló que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no se predica una solidaridad respecto del ICBF, en tanto el artículo 34 del C.S.T. no se predica en los contratos por aportes, sin que sea dable la aplicación de la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

Finalmente, que no operó la excepción de prescripción, por cuanto la demanda se incoó dentro de los tres (3) años siguientes a la causación de los derechos laborales.

III- RECURSO DE APELACIÓN:

Por activa se formuló recurso de apelación en lo atinente a la absolución del ICBF frente a la solidaridad, así como respecto de la condena en costas de las demandantes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para tal efecto, señaló que se debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, siendo un deber del *a-quo* en tanto la normativa trasgrede el ordenamiento constitucional, la cual goza de supremacía de conformidad con el artículo 4º de la C.P.; de tal manera que no es factible desnaturalizar la solidaridad de orden laboral, por la aplicación del Decreto 2388 de 1979; de igual manera, que las cláusulas contractuales resultan ineficaces, por contrarias normas de orden constitucional y generar una contratación atípica que vulnera los derechos de los trabajadores.

Respecto del precedente jurisprudencial SL4430 de 2018 señala que se debe tener en cuenta que la presente situación no ha sido definida por la Corte Constitucional. En ese mismo sentido, que no resulta aplicable la Ley 80 de 1993, y en el Decreto 1084 de 2015, se regula lo atinente al ICBF, específicamente lo atinente a la contratación, desconociendo en materia de solidaridad las cláusulas de garantía, y en ese orden de ideas, la adquisición de garantías conlleva a la aplicación de la solidaridad; refiere finalmente que se debe aplicar la sentencia T-021 de 2018.

En lo atinente a la condena en costas argumenta que las demandantes no cuentan con recursos para solucionar tal condena, máxime que era indispensable vincular al plenario al ICBF dada su función de coordinación de los contratos alegados.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el ICBF es solidariamente responsable de las condenas emitidas en contra de la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA; de igual manera si se debe revocar la condena en costas.

c. De la solidaridad:

Inicialmente es menester referir que no fue objeto de debate en el recurso la existencia del contrato de trabajo declarado entre cada una de las demandantes y la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, así como las condenas impuestas en su contra respecto de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, aduce el recurrente se debe revocar la absolución del ICBF en tanto en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, se debe abrir paso a la solidaridad en los términos regulados en el artículo 34 del C.S.T., el cual regula en lo pertinente que:

“Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.

Ahora bien, frente a la aplicación de dicha figura en el específico evento del contrato de aportes celebrado entre el ICBF y la quien ejecutara actividades de los programas sujetos a tal marco, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4430-2018, Radicación No. 54744 del 10 de octubre de 2018, señaló:

“Ahora bien, no obstante que, conforme al texto del artículo 34 del CST y la jurisprudencia citada, el estudio de las dos premisas jurídicas que le sirven de sustento al fallo le daría la razón al recurrente, no se casará la sentencia porque la premisa que también le sirve de sustento a la decisión impugnada consistente en que el contrato que las ligó es de carácter administrativo y atípico regulado por los artículos 21 de la Ley 7ª de 1979 y 127 del DR. 2388 de 1979, al que no le son aplicables las normas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

derecho individual del trabajo, se mantiene incólume en razón a que, ciertamente, por la naturaleza especial del contrato de aportes que ligó a los codemandados y el objeto del contrato, no tiene cabida el artículo 34 del CST, de acuerdo con las razones que seguidamente se exponen:

“No fue objeto de controversia que la entidad contratante es un establecimiento público del orden nacional y que los entes codemandados estuvieron ligados mediante un contrato de aporte celebrado dentro del marco previsto en el artículo 127 del D. 2388 de 1979 que expresa:

“Artículo 127. Por la naturaleza especial del servicio de bienestar familiar, el ICBF podrá celebrar contratos de aporte, entendiéndose por tal cuando el instituto se obliga a proveer a una institución de utilidad pública o social de los bienes (edificios, dineros, etc.) indispensables para la prestación total o parcial del servicio, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución, con personal de su dependencia, pero de acuerdo con las normas y el control del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, su vigencia será anual, pero podrá prorrogarse de año en año . Negrillas de esta Sala.

“Por otra parte, el artículo 128 ibidem dispone:”

ARTÍCULO 128. Los contratos de aporte que el ICBF celebre para la prestación de los servicios de bienestar familiar solo están sujetos a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo.

“El Instituto también podrá celebrar contratos innominados y de carácter mixto.

“De igual manera, se ha de recordar que, desde la Ley 7 de 1979, se estableció el Sistema de Bienestar Familiar entendido como un servicio público a cargo del Estado, dirigido a promover la integración y realización armónica de la familia, la protección de los niños y niñas del país, y la vinculación de las entidades públicas con el fin de elevar el nivel de vida de la familia y de sus integrantes (artículo 12 ibidem). En ese ordenamiento, se determinó que una de las entidades principales a cargo del mencionado servicio público sería el Instituto Colombiano de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bienestar Familiar con competencia a nivel nacional (arts. 14 y 19 ibidem). Y el objeto legal de esta institución está contenido en el artículo 19 de la ley a la que nos hemos venido refiriendo, a saber:

“El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud. Su domicilio legal será la ciudad de Bogotá y tendrá facultad para organizar dependencias en todo el territorio Nacional.

“En este orden de ideas, se tiene que la entidad contratante del sub-lite es un establecimiento público descentralizado dedicado a la prestación del servicio público del bienestar familiar. Sobre los servicios públicos, el capítulo 5 de la Constitución, titulado “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, en su artículo primero dispone:

“ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

“Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

“De la norma superior pre transcrita se desprende que la modalidad de servicio público asumida por el Estado colombiano, implica que su prestación ha de hacerse conforme al régimen jurídico que fije la ley y que, si bien puede ser prestado directa o indirectamente por aquel o por particulares, en todo caso el Estado conserva la regulación, el control y vigilancia de dichos servicios. En ese orden, la posibilidad constitucional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de que los particulares sean encargados de la prestación de un servicio público y las condiciones en que lo pueden hacer son las que señale la ley. Así las cosas, bien puede el legislador para efectos de la prestación de un servicio público -con base en el nl. 23 en concordancia con el inciso final del artículo 150 de la Constitución - autorizar a las entidades estatales designadas como responsables de la prestación del servicio público para celebrar los contratos pertinentes, como lo hizo de tiempo atrás el nl. 9º del artículo 21 de la Ley 7 de 1979, por la cual se dictan las normas para la protección de la niñez, se establece el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, se reorganiza el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y se dictan otras disposiciones. Siendo a su vez reglamentado por el D. 2388 de 1979, en cuyo artículo 127 consagró los contratos de aportes, como el que ligó a los aquí codemandados, cuya celebración debe estar acorde con el 128 ibidem.

“La Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la naturaleza, contenido y alcance del contrato estatal de aportes que celebra el ICBF, definiéndole las siguientes características esenciales : i) es un contrato estatal regido por la Ley 80 de 1993; ii) se trata de un negocio jurídico atípico, principal y autónomo; iii) oneroso, solemne y formal al igual que todos los contratos estatales, por cuanto se requiere que medie una contraprestación a favor del contratista; consta por escrito y debe estar suscrito por las partes, en los términos consagrados en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993; iv) es bilateral y sinalagmático, en la medida que se desprenden obligaciones y cargas para las dos partes del negocio, esto es, el aportante y el contratista; y v) es conmutativo, toda vez que las prestaciones contenidas en el negocio jurídico son equivalentes, puesto que el contratista asume la prestación de un servicio propio del sistema de bienestar familiar y social a cambio de una contraprestación, al margen de que el contratista pueda ser una institución sin ánimo de lucro. A los que esta Corte agrega que vi) el contratista asume la prestación del servicio público directamente a la comunidad mediante recursos del Estado. Es decir, el objeto del contrato se trata de una actividad sui generis regulada por normas especiales de derecho público y «solo están sujetas a las cláusulas obligatorias de todo contrato administrativo», art. 128 del D.2388 de 1979, «actividad que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución», art. 127 ibidem, lo que excluye la aplicación del artículo 34 del CST.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que la Corte Suprema de Justicia, atendiendo las características propias del contrato de aportes regulado en el ordenamiento jurídico, resulta excluyente de las regulaciones contenidas en el C.S.T. del trabajo, entre ellas de la solidaridad contenida en el artículo 34 *ejusdem*, teniendo en cuenta además que dicho contrato desarrolla una actividad *sui generis* regulada por normas especiales de derecho público, sujetas a cláusulas obligatorias, actividad que se cumple bajo la exclusiva responsabilidad de la institución.

De otra parte, esa H. Corporación, en reciente sentencia STL2747-2021 Radicación No. 62372, del 10 de marzo de 2021, proferida dentro de una acción de tutela, en contra de una providencia judicial que absolvió al ICBF de la solidaridad frente a acreencias laborales adeudadas por la accionada dentro del este proceso, esto es, la ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA DE LOS NIÑOS USUARIOS DEL HOGAR INFANTIL CAPERUCITA, señaló:

“En el presente asunto, se pretende que se revoquen los fallos de 14 de noviembre de 2019 y 28 de septiembre de 2020 en lo relacionado a la absolución del ICBF frente a la solidaridad y, en consecuencia, se dicte una nueva providencia donde se declare la solidaridad ICBF, pues en su criterio, ello les generó afectación en sus derechos.

“[...]

“Revisado lo anterior, advierte la Sala que la autoridad judicial está lejos de configurar una violación constitucional, dado que es producto de una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

interpretación jurídica respetable, con apego a las normas que gobiernan el asunto sometido a su consideración, sin que se avizore una actuación irregular por parte de dicho juzgador.

“De ahí que, el colegiado denunciado al revisar lo respectivo dentro del asunto en particular, encontró que los contratos de aportes celebrados por el ICBF tienen un régimen jurídico particular, el cual obedece a un marco general de habilitación de conformidad contenido en la Ley 7a de 1979 y al Decreto Reglamentario 2388 de 1979, por lo que, en virtud de ello, cuando realiza dichos actos jurídicos se compromete a efectuar aportes o contribuciones en dinero o en especie a una persona natural o jurídica llamado contratista, pero bajo su exclusiva responsabilidad y con su propio personal, por lo que, está eximido de obligaciones frente a los trabajadores de quienes fungieron como contratistas, por ende no opera la solidaridad que regula el artículo 34 del CST, apreciaciones que no pueden ser tildadas como irregulares pues fueron cimentadas, se itera, en la jurisprudencia y normas pertinentes del caso concreto, siendo una providencia razonable, cerrando así la posibilidad de que el juez de tutela pueda entrar a recabar sobre ella.”

Es menester además señalar que el Decreto 1084 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Inclusión Social y Reconciliación”, si bien regula aspecto en materia de contratación por el ICBF, en manera alguna modifica la naturaleza del contrato de aportes y mucho menos consagra una solidaridad o la aplicación del artículo 34 del C.S.T.

De tal manera, que las regulaciones del ordenamiento jurídico, en manera alguna riñen con el ordenamiento constitucional, por el contrario, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales, se ha establecido su plena aplicabilidad, sin que se vulneren incluso derechos fundamentales de quienes prestan servicios en el desarrollo de contratos de aportes.



Finalmente, no debe soslayarse que el supuesto fáctico del presente proceso difiere de la acción de tutela cuya aplicación se solicita en la alzada, en tanto en la sentencia T-021 de 2018 se desarrolla la solidaridad en el marco de un contrato de prestación de servicios suscrito entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP y una sociedad de personas, sin que se aborde lo atinente al contraste de aportes, que se reitera, tiene connotaciones y regulaciones especiales, que excluyen el ámbito de aplicación del C.S.T.

Como corolario de lo anterior, la sentencia de primer grado deberá confirmarse en cuanto absolvió de responsabilidad solidaria al ICBF.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas de las accionadas y a favor del ICBF, debe acotarse que el CGP consagra su procedencia de manera objetiva frente a la parte que resulte vencida en el proceso, lo cual aconteció en el presente evento frente a las demandantes en cuanto a las pretensiones endilgadas en contra del ICBF, por lo cual no es dable revocar tal decisión.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

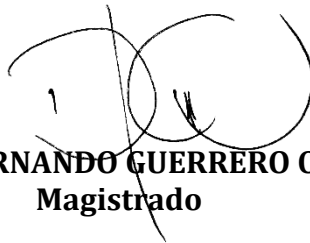
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

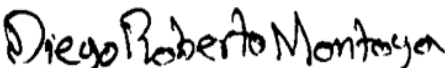
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

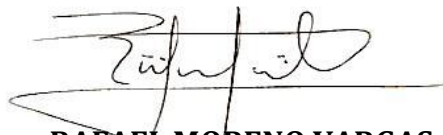
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **09201900001 01**
Demandante: BERTULIO CROFORT HERNANDEZ
Demandado: LATAMSEC SECURITY LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre del 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor BERTULIO CROFORT HERNÁNDEZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad LATAMSEC SECURITY LTDA., a efectos que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió del 22 de julio del 2015 al 18 de noviembre del 2015, el cual finalizó por causa imputable al empleador.

En consecuencia, solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T., la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que inició a laborar para la encartada el 22 de julio del 2015, en la ciudad de Bogotá. Refiere que el contrato fue pactado de forma escrita por el término de un año, sin embargo, la relación finalizó el 18 de noviembre del 2015, por decisión unilateral del empleador, quien alega que no se realizaron los informes de manera integral y que no se accedió a un cambio de cargo.

Agrega que se desempeñó en el empleo denominado Jefe de Seguridad, labor que desarrolló en el Edificio Oxxo ubicado en la carrera 11A No. 94-31 de la ciudad de Bogotá, devengando como última asignación salarial la suma de \$2.000.000 mensuales y fue citado a descargos el 10 de noviembre del 2015, diligencia a la cual acudió y respondió todas las preguntas formuladas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La pasiva en su escrito de contestación de la demanda, si bien reconoce la relación laboral, aclara que la misma inició el 4 de junio del 2015 y finalizó por justa causa imputable al demandante, en la medida en que no se presentó a laborar el día 14 de noviembre del 2015, en el puesto Amadeus, ubicado en la ciudad de Bogotá.

Propone como medios exceptivos los que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción de la acción, inexistencia frente al ejercicio del *ius variandi*, compensación, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de diciembre del 2020, absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas al demandante.

Como sustento de su decisión indicó que acorde las pruebas obrantes en el proceso, el señor BERTULFO CROFORT HERNÁNDEZ estuvo vinculado mediante contrato a término fijo desde el 4 de junio de 2015 hasta el 18 de noviembre de la misma anualidad, siendo el último cargo el de Jefe de Seguridad con un salario mensual de \$2'000.000.

En lo atinente a la indemnización por despido injusto, estimó que se acreditó que el contrato finiquitó por decisión unilateral del empleador mediante comunicación del 18 de noviembre de 2015, aduciendo como justa causas el desempeño del demandante durante el mes de octubre de 2015 así como las fallas presentadas en el servicio, que el empleador los consideró como graves, así como la negativa del trabajador de aceptar dentro del poder subordinante del empleador, la nueva asignación laboral.

De esta forma al analizar el material probatorio arrojado a las diligencias, constata el fallador de instancia que con el acta de la diligencia de descargos se acreditó que el demandante aceptó haber incurrido en conductas que desconocieron las consignas generales y particulares del puesto de trabajo, frente a la rendición de informes, motivo por el cual el despido se ajustó a derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo*, el demandante propone recurso de apelación en el que en suma indica que en la misiva de despido se enumeran una serie de situaciones que de igual manera fueron puestas en conocimiento en la diligencia de descargos que fuera rendida por el señor BERTULFO CROFRORT el 10 de noviembre de 2015, y en virtud de lo cual fue sancionado durante tres (3) días. Refiere que no se analizó el interrogatorio de parte de la pasiva, en el cual se confesó que el motivo del despido no corresponde con los hechos endilgados en la carta de terminación, sino por la no aceptación de un cargo, sin que en la misiva se indicara de forma clara que la decisión se fundamente en la figura del *ius variandi*, lo cual torna en injusto el despido, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia en sentencia 41797 del 25 de enero de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Señala que no existe medio de convicción alguno que dé cuenta que haya sido citado para trabajar en un nuevo sitio de labores aunado a que la comunicación no fue recibida, luego el demandante no conocía que debía presentarse en otro lugar de trabajo; argumenta además que el *ius variandi* no es absoluto, y a contrario de lo que señalara uno de los testigos, en el interrogatorio del actor quedó sentado que se manifestó que no mantendrían el mismo salario.

Finalmente señala que la sanción impuesta durante tres (3) días, conforme el artículo 48 del Reglamento Interno de Trabajo, correspondió a una falta leve, agotándose el proceso disciplinario, no obstante, se violó de forma sustancial el derecho de defensa al imponer dos sanciones por el mismo hecho.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el accionante fue objeto de un despido injustificado.

a. Del Vínculo Laboral:

En el *sub-lite* no es objeto de debate que entre las partes existió un contrato de trabajo que se extendió del 22 de julio del 2015 al 18 de noviembre del 2015, en virtud del cual el demandante se desempeñó en el cargo de Jefe de Seguridad, con una asignación salarial mensual de \$2.000.000.

Lo anterior, por cuanto así lo admitió la pasiva en su escrito de contestación y lo encontró probado el fallador de primera instancia, sin que dichos puntos fueran controvertidos en la alzada.

b. Del despido injusto:

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es conocido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo.

Así las cosas, lo primero en lo cual repara esta Corporación es en la carta de terminación del contrato que reposa en el CD de folio 2, de la cual se extrae que la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo el 18 de noviembre del 2015, precisando que la determinación se funda en los sucesos ocurridos en el mes de octubre de la misma anualidad, como quiera que su desempeño generó reclamación directa por parte del cliente; sumado a la calificación negativa en el proceso de reentrenamiento; el informe rendido en el mes de octubre, en el cual se pudo constatar la total falta de entendimiento del actor respecto de las funciones a su cargo y el no atender su reasignación en el cargo de Operador de Medios Tecnológicos, pese a que este puesto de trabajo quedaba en inmediaciones del inicial y se le mantendría su asignación salarial; aun así, se refiere en la misiva que el demandante no se presentó a laborar el día indicado por la empresa.

Ahora como sustento de los hechos imputables al libelista como justa causa de despido, fueron aportados al proceso:

(i) Acta de Diligencia de Descargos del 10 de noviembre del 2015, por la rendición de informes y falencias en la prestación del servicio, en la que el demandante acepta que en el informe del mes de octubre omitió reportar varias situaciones que se presentaron en su puesto de trabajo como lo fueron: el bloqueo del ascensor, escombros que fueron dejados, el personal que ingresó de obra Kimberly, el informe de las grabaciones de los fines de semana, el informe de la evacuación, el parqueo de vehículos no autorizados y la

reparación de la bomba; además de reconocer que el cliente presentó varias reclamaciones relacionadas con su desempeño.

(ii) Constancia de una sanción impuesta al demandante por los días 11 a 13 de noviembre del 2015, por el incumplimiento en los protocolos.

(iii) Comunicación del 11 de noviembre del 2015 mediante la cual se ofrece al trabajador el cargo de Operador de Medios Tecnológicos que desempeñaba anteriormente, como quiera que conforme la calificación realizada el demandante, no cumple con el desempeño y calificación del cargo. Se le indica además que se le respetara la asignación salarial.

(iv) Comunicación del 10 de noviembre del 2015 por medio de la cual el demandante informa a la empresa que no acepta el cargo de Operador de Medios Tecnológicos.

(v) Identificación del puesto de trabajo como Jefe de Seguridad, en el que consta que una de las obligaciones del mismo, corresponde a la presentación de informes por escrito a la Coordinación, en los cuales se incluyan las situaciones irregulares que ocurran con el puesto de trabajo.

(vi) El Reglamento Interno de Trabajo en cuyo artículo 48 se prevén como faltas graves la total falta a las labores, así como la violación de las obligaciones contractuales.

De otra parte, fueron evacuados los respectivos interrogatorios de parte, en el curso de los cuales el demandante confesó que ingresó a laborar para la empresa en el cargo de Jefe de Medios Tecnológicos, y tras darse una vacante como Jefe de Seguridad del Edificio Oxxo, le ofrecieron dicho empleo, recibiendo una capacitación como Jefe de Seguridad por parte del señor WALTER BARAJAS, sin embargo, fue citado a diligencia de descargos y posteriormente, le indicaron que ya no estaba disponible el cargo de Jefe de Seguridad, por tanto le ofrecieron retornar al cargo de Jefe de Medios Tecnológicos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

A su turno, la pasiva en el interrogatorio de parte admite que al demandante se le ofreció que retornara al cargo de Jefe de Medios Tecnológicos, precisando que mantendrían el salario, no obstante, debido a que el demandante no se presenta a laborar en el nuevo cargo asignado, la empresa adoptó la determinación de despedirlo.

En igual sentir, se surtió el testimonio del señor OMAR ALFONSO ROJAS, quien relata que era el jefe directo del demandante, y bajo esta condición le consta que la relación laboral del demandante finalizó debido a que se le dio la orden que se presentara en el edificio Amadeus para que recibiera el puesto como Operador de Medios Tecnológicos, sin que se presenta a trabajar, por tanto, se informó a talento humano, y debido a su ausencia laboral, la empresa decidió dar por terminado el contrato.

Aclara que mediante la central de monitoreo se emitió la orden al demandante de presentarse en el edificio Amadeus, frente a lo cual se negó a cambiar de cargo, relatando que la Administradora del Edificio Oxxo se comunicó directamente con él a fin de solicitar el cambio del actor como Jefe de Seguridad, debido a que no tenía control del personal y había incurrido en faltas del servicio y de atención al cliente, así como por no entregar informes a tiempo o con falta de fundamentación, además se corroboró que no estaba cumpliendo con los protocolos establecidos.

De lo enunciado en líneas precedentes se corrobora que el demandante en el desempeño de sus funciones como Jefe de Seguridad del Edificio Oxxo, no cumplió con las expectativas del cliente y por ello la Administradora del Edificio, solicitó a la pasiva que lo relevaran del cargo. Ante lo cual, el demandante fue citado a diligencia de descargos, en el curso de la cual admitió que el cliente presentó la queja y que omitió reportar toda la información pertinente en su informe, pese a que conforme el manual de funciones esta es una de las obligaciones a su cargo.

Ante lo enunciado, la empresa toma dos determinaciones: la primera consistente en suspenderlo de su puesto de trabajo por 3 días y la segunda, dado que el cliente pide que se releve al demandante, como quiera que no

existía otro cargo de Jefe de Seguridad en el que pudiese ser asignado, se toma la determinación de reintegrar al libelista a su cargo de Jefe de Operaciones Tecnológicas en el edificio Amadeus, ubicado en inmediaciones del edificio Oxxo y manteniendo la remuneración pactada, frente a lo cual el demandante se niega al cambio de puesto de trabajo y no se presenta a laborar.

Siendo ello así, constata la Sala que si bien es cierto en la carta de despido se hace un relato de las circunstancias que dieron lugar a la terminación del vínculo, se colige con meridiana claridad de la misma que la terminación del contrato acaece debido a que el promotor del juicio no cumple con la orden que se le imparte de presentarse al puesto de trabajo como Jefe de Operaciones y no se presenta a laborar, pese a que esta era la única alternativa con la cual contaba la empresa, dado que el cliente del edificio Oxxo pidió el relevo del demandante de su cargo como Jefe de Seguridad ante el incumplimiento de sus obligaciones.

Con todo, alega el libelista en la alzada que no existe constancia de que se le hubiere informado sobre la modificación del puesto de trabajo. No obstante, tal argumento se derruye del material probatorio recaudado, pues el propio demandante admite en el interrogatorio de parte que se le indicó que debía retornar al cargo de Jefe de Operaciones Tecnológicas, frente a lo cual no aceptó el empleo; además existe una documental del 10 de noviembre del año 2015, en la que el actor expresamente indica que no está de acuerdo con la reasignación del cargo.

Aunado a ello, el testigo OMAR ALFONSO ROJAS, da cuenta que al demandante se le informó a través de la central que debía presentarse en el edificio Amadeus en el cargo de Jefe de Operaciones Tecnológicas, frente a lo cual el libelista no se presentó a laborar. Luego se corrobora con el material probatorio recaudado, que el actor sí estaba informado de la modificación del cargo y que no quiso aceptarlo, por lo que jamás se presentó a desempeñar el cargo encomendado como Jefe de Operaciones Tecnológicas.

Siguiendo este mismo hilo conductor, debe recabar la Sala que la decisión de modificar el cargo del demandante, no puede tenerse como una orden que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desborde las facultades del empleador y mucho menos el *ius variandi*, por cuanto esta se dio dentro del marco del respecto de los derechos del trabajador, buscando en todo caso no desmejorar las condiciones laborales del demandante, al punto que se le ofreció mantener el mismo salario, como se indica en la comunicación del 11 de noviembre del 2015. Luego la referida medida se enmarca dentro de los límites del *ius variandi*, en tanto no vulnera los derechos del trabajador.

Implica lo aludido que no existió un abuso del *ius variandi* por parte de la pasiva, precisando que ya la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en un caso similar al presente en el que incluso aclaró que el abuso de dicha figura jurídica, no se configura por el hecho del trasado de cargo. Puntualmente se expresó en dicha oportunidad:

“En este orden de ideas, es claro entonces que tanto la trabajadora conocía de la instrucción imperativa del empleador como este del desacuerdo de aquella, lo que en todo caso no resultaba suficiente para sustraerse del cumplimiento de la orden de traslado. A propósito del ius variandi locativo y sus implicaciones, esta Corporación con antelación (CSJ SL21655-2017) tuvo la oportunidad de sentar que:

“La Sala sobre el particular, ha aclarado que el ius variandi es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427-2014, SL12593-2017).

“En Sentencia CSJ SL, 26 julio 1999 radicación 10969, que fue traída a colación en el fallo de segundo grado, tuvo a bien decir esta misma Corporación sobre igual asunto, que:

“La figura del ius variandi ha sido objeto de diversos análisis por parte de la jurisprudencia laboral, -tanto la vertida para el sector privado, como para el sector público-, la cual ha sido reiterada en manifestar que, como la potestad subordinante del empleador, que es de donde conceptualmente nace, no puede ser ejercida de manera omnímoda y arbitraria, pues en realidad no tiene la condición de absoluta e irrestricta, sino que es esencialmente relativa y sometida a unos límites, radicados en los derechos del trabajador, su honor y su dignidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Y, más recientemente, en sentencia CSJ SL, 30 junio 2005, radicado 25103, recordada en sentencia CSJ SL16964-2017, adoctrinó lo siguiente:

“Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario.

“En el caso entonces, no se evidencia que quien alega haber sido desmejorada en sus condiciones verdaderamente lo hubiera sido, o que las condiciones personales y familiares del traslado fueran de tal magnitud adversas que le hubieran impedido materialmente acceder a la orden del empleador.

“Lo dicho, dado que, como se dijo en la citada providencia CSJ SL21655-2017, «[...] no basta con la simple oposición o malquerencia del traslado por parte del trabajador para tornarlo en ilegítimo e inaplicable para el empleador». La ausencia de voluntad del trabajador no supone invalidación de la facultad de ius variandi que le asiste al empleador, siempre y cuando, se reitera, ello no comprometa de forma efectiva o contingente sus derechos constitucionales y legales, lo que por demás, debe estar cabalmente demostrado.”

De otra parte, sostiene que con el despido se le está imponiendo una doble sanción por los mismos hechos, por cuanto una vez realizada la diligencia de descargos fue suspendido por espacio de tres (3) días. Sobre este argumento, no pasa por alto la Sala que en efecto se encuentra plenamente acreditado que a consecuencia del incumplimiento en sus obligaciones como Jefe de Seguridad en el Edificio Oxxo se le impuso la sanción referida y, por ende, tal argumento no podía ser utilizado para dar por finalizada la relación laboral, pues ello contrariaría el principio de *non bis in idem*.

Sin embargo, lo cierto es que este no fue el argumento principal por el cual se terminó la relación laboral, sino que lo fue el hecho que, dado que por su conducta el cliente solicitó su cambio como Jefe de Seguridad, se requería reinstalarlo en otro cargo y al no existir otros puestos vacantes para el mismo

empleo, se dispuso el retornar al puesto de Jefe de Operaciones Tecnológicas, pero el demandante no cumplió la orden impartida y jamás se presentó en el puesto de trabajo. Supuestos de los cuales dimana con meridiana claridad que fue este el argumento por el cual la pasiva dio por terminado el vínculo laboral y respecto del cual, no se había impuesto sanción alguna.

Bajo estas premisas, basta indicar que debido a que el Reglamento Interno de Trabajo prevé como una falta grave el no presentarse a laborar, es patente que se configuró la justa causa de despido prevista en el numeral 6° del artículo 62 del C.S.T. No siendo dable al Juzgador, entrar a analizar la gravedad de una conducta, cuando esta ya ha sido calificada como tal por las partes, acorde lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en reiterados pronunciamientos, entre estos en la sentencia con Rad. 39518 del 2012, al explicar:

“Pues bien, sobre la hermenéutica de los citados textos normativos ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras, en las sentencias que a continuación se memoran:

a) En la dictada el 18 de septiembre de 1973, se dijo:

“Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos ...>.

“En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...)

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

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

“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

Por si fuera poco, aun cuando se itera en el presente caso no es dable entrar a calificar la gravedad de la falta, aun cuando se llegara a hacer, la conclusión sería la misma, en la medida en que también se encuentra decantado que el incumplimiento de las órdenes impartidas por el empleador al trabajador, comportan una falta grave. Así lo explica la H. Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia con Rad. 40114 del 27 de febrero del 2012, en la cual expresó:

“En sentencia 4005 del 31 de enero de 1991 al respecto:

“De otro lado, observa la Sala que el numeral 1 del artículo 58 del C. Sustantivo del Trabajo, estatuye que el asalariado debe obedecer y cumplir las órdenes e instrucciones que le impartan el patrono o sus representantes, lo que es una derivación inmediata que tiene éste de dirigir al trabajador, todo de conformidad con lo estipulado en la letra b) del artículo 23 CST, o sea ‘La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del patrono, que faculta a éste 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.’

“La jurisprudencia ha expresado sobre el particular que ‘La obediencia del empleado a las órdenes del patrono constituye pues deber cardinal suyo, que emana de la esencia misma del vínculo jurídico que los ata, y su inobservancia no puede ser calificada judicialmente como leve, así se trate de un servicio antiguo, ya que el mantenimiento de la disciplina interna de su empresa es tarea que le incumbe de modo privativo al patrono y que, por ende, no le es dable compartir al Juez.’”

Comporta lo aludido que ninguno de los argumentos expuestos por la parte recurrente con el ánimo de enervar la decisión de primera instancia, gozan de vocación de prosperidad y por ello, habrá de ser confirmada la providencia impugnada.

SIN COSTAS en esta instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DECISIÓN:

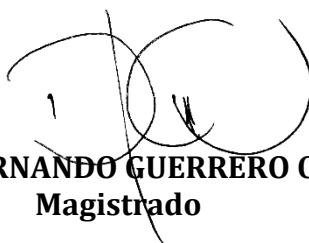
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

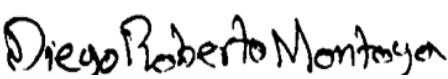
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de diciembre del 2020 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, acorde lo enunciado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

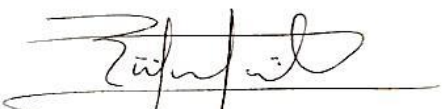
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 11001 31 05 007 2019 00 070 01
Demandante: MARÍA SOBEIDA BLANCO VARGAS
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada *Linda Vannesa Barreto Santamaría*, identificada con cédula de ciudadanía No. 1,013.637.319 y T.P.280.300 del C.S. de la Judicatura, para actuar en representación de *Colpensiones*, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARÍA SOBEIDA BLANCO VARGAS, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la AFP PORVENIR S.A., fundamentando esta pretensión en la falta de

información que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de suscribir el traslado.

Por consiguiente, deprecia que se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y a su vez, se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, procediendo con la corrección y actualización de su historia laboral.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que nació el 28 de febrero de 1963, se encontraba afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 1º de septiembre de 1983, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de la AFP PORVENIR S.A. el 17 de junio de 1997.

Con respecto a dicha afiliación, alega la demandante que no fue precedida de la suficiente información respecto de las implicaciones de trasladarse a un fondo privado, toda vez que solo se le expusieron los beneficios de trasladarse de régimen.

Indica igualmente que la AFP PORVENIR S.A. le hizo una proyección pensional, para conocer el valor de su mesada pensional cuando cumpla 57 años, dando como resultado la suma de \$1'840.300; que haciendo el comparativo con la pensión que obtendría con COLPENSIONES, se evidencia una diferencia relevante con dicho valor, toda vez que c su mesada pensional tendría un valor de \$8'003.491.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante no allegó prueba alguna que demuestre que se le haya hecho incurrir en error al momento de efectuar la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., razón por la cual no es procedente una declaratoria de nulidad del traslado

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social en el orden público y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones, argumentando que la afiliación efectuada por la señora MARÍA SOBEIDA BLANCO VARGAS fue libre y voluntaria, y se cumplió a cabalidad con los requisitos de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones 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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado que realizara la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de junio de 1997 a través de PORVENIR S.A., por lo que condenó a la mencionada AFP remitir a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, incluidas las comisiones y gastos de administración que se generaron durante dicha afiliación.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que la información que otorgan las AFP debe incluir todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, esto con base en el Decreto 663 de 1993, estatuto orgánico del

sistema financiero, dentro del cual se incluyen las AFP. Esta obligación surge, asimismo, de la Ley 100 de 1993, la cual crea los fondos privados.

Respecto al caso concreto, indica que la accionante afirmó en el escrito de demanda que no recibió la información suficiente para escoger de forma libre y voluntaria trasladarse de régimen, y que la AFP PORVENIR S.A. no allegó prueba alguna que desacreditara el dicho de la demandante, teniendo en cuenta que en este tipo de procesos la carga probatoria está a cargo de la AFP demandada.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES, inconforme con la decisión la apeló. Fundamenta su recurso en que no se evidencia ningún vicio del consentimiento en la afiliación efectuada por la accionante a la AFP PORVENIR S.A., máxime que la razón que llevó al *a-quo* a declarar la ineficacia no tiene ningún fundamento legal; de otra parte, que existió una ratificación expresa y tácita de sanear un presunto vicio por parte de la demandante. Asimismo, refiere que se debe tener en cuenta que la decisión implica una descapitalización del sistema pensional, y afecta la sostenibilidad financiera.

PORVENIR S.A. también apeló la decisión, argumentando que, para declarar la ineficacia del traslado deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, por el contrario, el formulario establece que la afiliación fue libre y voluntaria, y que la información sí se brindó de forma completa, existiendo además una confesión de la demandante, al afirmar que recibió información por parte de la AFP.

Señala igualmente, que los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia se aplican a beneficiarios del régimen de transición, aunado a ello, que este tipo de decisiones afectan la sostenibilidad financiera del sistema pensional, tanto de los fondos privados como de COLPENSIONES. Solicita igualmente que se revoque la condena de devolución de los gastos de administración, en tanto la Superintendencia Financiera ha establecido que los

gastos de administración no deben ser objeto de reintegro en este tipo de procesos.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega a folio 12 del plenario el formulario por medio del cual la señora MARÍA SOBEIDA BLANCO VARGAS realiza el traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A., con fecha del 17 de junio de 1997; si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el formulario de afiliación es un simple formato preimpreso, el cual no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: “*desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.*”

Además del formulario de afiliación, no obra otra prueba en el plenario que acredite que la AFP PORVENIR S.A. fuese diligente al momento de efectuar el traslado de régimen de la accionante, situación que lleva a concluir que la

afiliación a la suscrita AFP no fue precedida de una información completa y suficiente.

La apoderada de PORVENIR S.A. alega en el recurso de alzada que en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante hubo una confesión de su parte; no obstante, no se observa tal situación, pues si bien indica que conocía que los aportes individuales se depositaban en una cuenta individual que le generaría rendimientos, así como que tenía que capitalizar la cuenta para poder pensionarse, no se hizo la debida comparación respecto a las ventajas y desventajas que tenía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ni le indicaron el valor del capital que debía ahorrar para obtener una pensión mínima, además, le dijeron que si permanecía afiliada en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES perdería todos sus aportes.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión frente al cabal cumplimiento del deber de información, ni milita prueba adicional que lo acredite, motivo por el cual le asiste razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Respecto a la inconformidad de PORVENIR S.A. con respecto a la devolución de los gastos de administración y los rendimientos financieros, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De otra parte, en la alzada se aduce que la decisión tomada por el *a-quo* vulnera el principio de sostenibilidad financiera, al respecto, la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3464 de 2019, ha señalado lo siguiente:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Así las cosas, no se observa vulneración alguna al principio de sostenibilidad financiera en el fallo de primera instancia, pues la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, teniéndose en cuenta los requisitos de edad y las semanas cotizadas, independientemente de si ha estado cotizando a un fondo público o a un fondo privado, y debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP PORVENIR S.A. jamás existió, esta tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado a su fondo provenientes de la afiliación de la señora MARÍA SOBEIDA BLANCO VARGAS al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, pues en cabeza de este fondo está la obligación de reconocer y pagar la pensión a la demandante.

Ahora bien, con respecto a la prescripción, dicha excepción no es procedente en las acciones de ineficacia de traslado, así lo ha dicho el máximo órgano de cierre en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*



Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

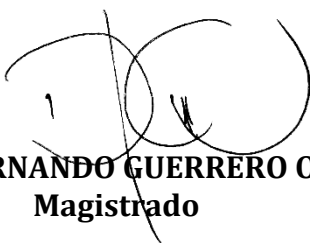
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

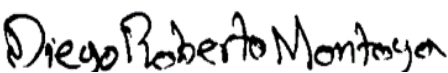
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

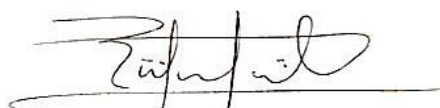
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020