



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 31 2020 00274 01
Demandante: MARGARITA SOFIA BERNAL VELEZ
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.227.008 y T.P. 221.228, para actuar en representación de COLPENSIONES en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de junio del 2021.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARAGARITA SOFIA BERNAL VELEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, a efectos que se declare la nulidad o ineficacia de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que carece de validez por los vicios del consentimiento; se declare que PROTECCIÓN S.A. no asesoró en legal forma, por lo cual es válida la intención de la demandante de afiliarse a COLPENSIONES.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia se ordene a PROTECCIÓN S.A. trasladar los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual y demás descuentos realizados; se declare y condene a COLPENSIONES a recibir los dineros de la AFP; se ordene a PROTECCIÓN S.A. a asumir las consecuencias legales económicas por la falta de diligencia, información y oportunidad en la asesoría pensional.

Se condene a las demandadas al pago de las costas procesales, así como aquello que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que nació el 9 de febrero de 1963; cotizó para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, en un inicio a través de COLPENSIONES desde julio de 1984 a mayo de 1996, y posteriormente por conducto de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. desde julio de 1997 a la fecha.

Refiere que en mayo de 1997 firmó un formulario de afiliación que le entregaron en su lugar de trabajo mediante el cual se vinculó a la AFP. De esta forma, refiere que el traslado se fundamentó en la ausencia total del buen consejo, con una información confusa, no veraz ni oportuna, lo que generó desinformación y confusión de la demandante.

Durante los 20 años que lleva afiliada a la AFP, no ha recibido información clara, oportuna y real, por parte de PROTECCIÓN S.A.; solicitó su traslado a COLPENSIONES bajo el radicado 2020_3362895 y 2020_3363808, lo que fue denegado por la entidad. Posteriormente, el 11 de marzo del 2011 solicitó a la AFP PROTECCIÓN S.A. el traslado de régimen, a lo que no se accedió.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES al momento de contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que la afiliación a la AFP cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe el ordenamiento jurídico.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Propuso como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. por su parte se opuso a las pretensiones, por cuanto refiere nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Solicita se analice el formulario de afiliación, el cual se celebró de forma libre y voluntaria, solemnizándose de esta forma la afiliación.

Propuso como excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y Sistema General de Pensiones, la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 9 de junio del 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el 14 de mayo de 1995; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver la totalidad de los dineros recibidos por los empleadores de la demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, y que se allegaron a la AFP en el periodo de afiliación de la demandante; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recibidos a razón de la afiliación de la demandante; ordenó a COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y a reconstruir la historia laboral, con la totalidad de las semanas cotizadas acreditadas desde la fecha de afiliación inicial, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones.

Como sustento de su decisión indicó que las entidades encargadas de la administración y dirección de los fondos de pensiones deben garantizar que al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 que 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 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, sin embargo, no solo es menester demostrar la existencia del mismo sino que se impone verificar que se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada.

En ese orden de ideas, dado que solo se aportó el formulario de afiliación de la actora, el mismo carece de ilustración acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales la demandante entraría a hacer parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se observa una falta directa al deber de información que la AFP está llamada a atender, 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 la accionante tomara una decisión de traslado de régimen de manera consciente respecto a las consecuencias jurídicas que ello



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 exige, resultando engañoso y desprovisto de buena fe en adelantar una tarea de tal responsabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PROTECCIÓN S.A. formuló recurso de apelación en el que en suma indica que no es de recibo condenar a la accionada a la devolución de los conceptos de cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que, tal y como se acreditó en el plenario, durante el tiempo de afiliación existió una excelente administración por parte de la AFP que generó grandes rendimientos, y por ende, tal condena desconoce las restituciones mutuas de que trata el artículo 1746 del C.C. y generaría un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, entidad que nunca realizó gestión de administración.

Además tales descuentos se hacen en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y tienen un respaldo legal. De otra parte, tienen una naturaleza distinta a la pensión y por lo tanto respecto de los mismos opera el fenómeno jurídico de la prescripción, máxime que estos recursos se han utilizado para solucionar las pólizas que le han generado un cubrimiento a la demandante, aseguradora que no ha sido vinculada al proceso.

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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación de la demandante a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A del 14 de mayo de 1997, formulario 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 la accionante no confesó que se le haya suministrado una debida información. Por el contrario, refirió que su afiliación a COLMENA en ese entonces se dio cuando trabajaba en una empresa y en ese instante, se comentó que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, por lo cual una representante de PROTECCIÓN S.A. en compañía de una persona de recursos humanos les informaron que serían trasladados a un fondo privado, en el cual las condiciones serán iguales a las del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Argumentos por los cuales procedió a firmar el formulario, sin que se le explicaran las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--	--



Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, esta Sala comparte la decisión del *a-quo* y en consecuencia declarará la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Debe acotarse que la ineficacia del traslado no se convalida por el pago de las primas de seguros previsionales, ni se requiere vinculación de la Aseguradora



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de los riesgos de invalidez o muerte para efectos de dirimir la controversia, la cual se contrae a determinar a si se brindó o no la información requerida para efectos de suscribir de manera libre y voluntaria el formulario del afiliación, con las implicaciones que tal decisión conllevaba.

Ahora bien, la ineficacia del traslado apareja 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, 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 las AFP no verifiquen la devolución de los gastos que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, 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

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 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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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.

De otra parte, en lo que respecta a 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. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración, rendimientos y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

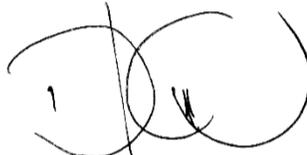
En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

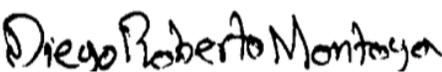
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio del 2021, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

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

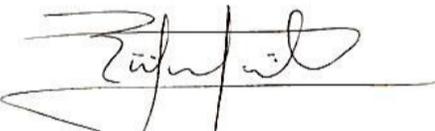
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 35 2019 00167 01
Demandante: RUTH CALDERON VILLAMIZAR
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL,
 hoy SKANDIA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

AUTO:

Se reconoce personería a la abogada LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con C.C. 1.049.614.551 y T.P. 246.554 del C.S. de la J., para actuar en representación de COLPENSIONES en los términos y fines del poder a ella conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora RUTH CALDERON VILLAMIZAR formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., fundamentada esta pretensión en la información errónea, precaria, no idónea e inconsistente que se le otorgó por parte del fondo privado al momento de suscribir el formulario de traslado.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, a su vez se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación primigenia a este régimen, se le reconozca el estatus de pensionada a la demandante y su derecho a la pensión desde el 12 de marzo de 2018, se condene a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios y se realice la indexación del IBL conforme al índice de precios al consumidor como también a la primera mesada pensional.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, adujo la demandante que estuvo afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por intermedio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hasta el 29 de noviembre de 1996, fecha en la cual se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de PORVENIR S.A., posteriormente se trasladó a la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A.

Con respecto a la afiliación verificada en PORVENIR S.A., alega la demandante que los asesores de dicha AFP la indujeron de manera equivocada a trasladarse de régimen, expresándole que no perdería los beneficios que ostentaba en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no le indicaron los riesgos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en general no le brindaron la información idónea, veraz y verificable para tomar una determinación objetiva.

Enfatiza en las posibles trasgresiones de derechos con la permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que se explican en las solicitudes elevadas a PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., y COLPENSIONES, tales como el mínimo vital y la libre escogencia, entre otros.

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 cumplía con los requisitos dictados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para ser beneficiaria del régimen de transición, seguidamente que el error de derecho no vicia el consentimiento, y finalmente, sostuvo la validez de los diferentes traslados de la demandante, reluciendo la libertad y voluntariedad de esta última.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cobro de lo no debido, falta en la causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica

PORVENIR S.A. se opone a las declaraciones, señalando que la accionante verificó traslados posteriores entre AFP, aunado a ello no es beneficiaria del régimen de transición, y no existía la obligación de hacer proyecciones pensionales por parte de las AFP al momento del traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de mérito de prescripción de la acción, inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR S.A., cobro de lo no debido, buena fe, compensación y genérica.

Por su parte OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., se opone a todas las pretensiones declaratorias y condenatorias señalando que la afiliación estuvo precedida de información suficiente, por lo que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, máxime que no se ocasionó perjuicio alguno, encontrándose en todo caso la actora inmersa en prohibición legal a fin de trasladarse de régimen.

Formuló las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

PROTECCION S.A., AFP que fuera vinculada al proceso en audiencia del 16 de diciembre de 2019, contestó la demanda y se opuso a todas las pretensiones argumentando la validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no siendo factible predicar una retroactividad de las normas jurídicas referentes a la obligación de brindar información, sin que además la variación del monto pensional se constituya en un vicio del consentimiento.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, prescripción, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y condenó en costas a la parte demandante.

Para llegar a esa conclusión, el juez argumenta basado en los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, la obligación que tienen las AFP de brindar la debida información al futuro afiliado para tomar una decisión y no menoscabar sus derechos, situación que no encontró probada. Sin embargo, al revisar los requisitos para declarar la nulidad del traslado trazados en la sentencia SL 4806 de 2020, denotó e hizo énfasis en que no se había cumplido el presupuesto de que la falta de información causó un perjuicio o lesión a la demandante en su derecho pensional con el traslado de régimen, lo cual no fue acreditado por activa, ya que no constaba en el expediente prueba alguna que acredite que el monto que le correspondería en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sería menor al que accedería en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandante apeló la decisión argumentando que se incurre en una indebida valoración probatoria, aunado a ello que resulta contradictorio encontrar no acreditado el cumplimiento del deber de información, y no obstante ello, no acceder a la ineficacia del traslado, vulnerando así los derechos fundamentales a la libre determinación y escogencia de régimen pensionales, desconociendo además el precedente jurisprudencial.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

En el presente proceso, se allegan los formularios por medio del cual la señora RUTH CALDERON VILLAMIZAR realiza sus traslados entre administradoras siendo el primero el que evidencia el traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A, con fecha del 29 de noviembre de 1996, 5 de noviembre de 2000, 19 de junio de 2008 (Fl. 53 y 141, 143 y 142 del expediente digital respectivamente), el formulario suscrito con PROTECCION S.A. del 15 de diciembre de 1997 (Fl. 44 de la contestación de PROTECCION), el suscrito con HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. de fecha 30 de enero de 2002 y 30 de enero de 2004 (Fl. 145 y 144 del expediente digital respectivamente) y el realizado con OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., de fecha 23 de abril de 2015 (Fl. 187 y 223 del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

expediente digital); si bien en los formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, e incluso en el inicialmente referido, el cual implicó el traslado de régimen, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, 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.”*

Frente al interrogatorio de parte de la demandante se establece que no existe confesión que permita concluir que la actora recibió la información debida, clara, completa y precisa de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--



Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que se debió declarar la ineficacia del traslado, máxime que, por lo que se revocará en su integridad la sentencia de primera instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber ni por las AFP accionadas.

Debe acotarse que *a contrario sensu* de lo estimado por el *a-quo*, se demostraron las lesiones injustificadas a la demandante en su derecho pensional y acceso al mismo al tener por probada la carencia de la información suministrada por PORVENIR S.A. al momento del traslado y de los demás fondos de pensiones privados, puesto que este derecho comprende también la libre escogencia del régimen pensional al cual se quiere estar sometido, pues este al final determinará los requisitos de liquidación de su pensión y su acceso a la misma.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que 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 los rendimientos financieros ni las primas de seguros previsionales, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora RUTH CALDERON VILLAMIZAR.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“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”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

d. Pensión de Vejez:

Ahora bien, como quiera que se accedió a la ineficacia del traslado de régimen, resulta atinado entrar a determinar si la demandante, en efecto tiene derecho a la pensión de vejez reclamada en las pretensiones incoadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sobre este punto, tenemos que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece que la edad para acceder a la pensión de vejez continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementará en dos años para cada uno de los géneros referidos. Frente al tema específico de la transición, dicha disposición establece que, para acceder a regímenes anteriores, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 debían acreditar alguno de los dos requisitos a saber:

- (i) mujeres treinta y cinco (35) años y los hombres cuarenta (40) años,
o
- (ii) quince (15) años de servicios.

Estos requisitos, fueron controlados por el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual en su artículo 1 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, era menester que acreditaran los requisitos, cuyo plazo máximo era el 31 de diciembre de 2014, siempre y cuando tuviesen 750 semanas al 29 de julio de 2005.

En el presente evento se tiene que la accionante nació el 18 de diciembre de 1959 (Fl. 70 del expediente digital), por lo cual para el 1º de abril de 1994 no contaba con 35 años de edad, por lo que en principio no es beneficiaria del régimen de transición, además no contaba con 15 años de servicio o cotizados puesto que comenzó a cotizar al sistema general de pensiones en el año 1985. Por lo que en ninguna circunstancia se ve favorecida por el régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transición contemplado en la Ley 100 de 1993, por ende se atiende su condición al artículo 33 de la misma norma que establece:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”

La accionante cumplió 57 años de edad el 18 de diciembre 2016, y del reporte de semanas cotizadas se evidencia que aportó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 501,57 semanas, y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad 1.023,57 semanas; para un total de 1.525,14 semanas para el mes de abril de 2017 según las pruebas correspondientes a su historia laboral aportada por OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A. obrante a folios 54 a 61 del expediente digital.

Con todo, dado que a la fecha la afiliación se encuentra vigente y que para el reconocimiento pensional se debe tener en cuenta haber cumplido con 1300 semanas cotizadas desde 2015, acorde lo dispone el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, la Sala se limitará a declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, acorde lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, siendo en efecto necesario para acceder al derecho pensional que se surta la respectiva desafiliación del sistema, por lo cual además no es



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

dable acceder a los intereses moratorios frente al pago de mesadas pensionales.

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 D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN Y TRASLADO** realizado por la señora RUTH CALDERON VILLAMIZAR, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad contenido en el formulario de fecha 29 de noviembre de 1996, tramitado por el Fondo Pensional PORVENIR S.A. y los traslados horizontales realizados con posterioridad a PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA 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 vinculación hasta que se haga



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 afiliada a la señora RUTH CALDERON VILLAMIZAR, desde la fecha de la afiliación inicial al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: DECLARAR que la demandante tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez, una vez realice la desafiliación del sistema con la indexación correspondiente.

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

OCTAVO: 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 39 2019 00339 01
Demandante: MARIETTA CÓRDOBA ANGARITA
Demandado: COLPENSIONES PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por cuanto la decisión adoptada en primera instancia fue adversa a sus intereses 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 MARIETTA CÓRDOBA ANGARITA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 28 de abril de 1994 y el 1º de septiembre de 2001 ante PROTECCIÓN S.A., y la realizada el 16 de diciembre de 2015 a través de PORVENIR S.A., como quiera que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre uno y otro sistema pensional, de ahí que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y por ende, se le ordene a COLPENSIONES tenerla entre



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiese trasladado con ocasión del regreso automático.

Asimismo, se condene en juicio a las costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de abril de 1994, sin que el asesor comercial de su entonces le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se le otorgaban en ambos regímenes pensionales, sino que, por el contrario, se le ilustró únicamente de las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.

Que se trasladó de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., el día 24 de septiembre de 2001 con destino a PROTECCIÓN S.A. cuando esta no se había fusionado con la primera referida, y el 16 de diciembre de 2015 efectuó nuevamente un traslado horizontal hacía PORVENIR S.A.

Seguidamente, sostuvo en términos generales que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento del traslado no realizaron una asesoría sobre todas las consecuencias que implicaría el traslado de cambio de régimen, situación que era de su obligación atendiendo la responsabilidad que les asiste.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra bajo el entendido que dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante al momento de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta de un deber de información, o que se encuentre en presencia de algún vicio del consentimiento, aunado a que en el contenido de los formularios de afiliación no se evidencia una anotación de protesta o similar que permita inferir con probabilidad de certeza que la actora presentara alguna inconformidad, por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contrario, se aprecia que las documentales se encuentran ajustadas a derecho, actuares todos que se hicieron de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Formuló las excepciones de 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

La demandada PROTECCIÓN S.A. por su parte manifestó en su contestación la inconformidad de las pretensiones de la demandante, por cuanto la suscripción del formulario ante sus dependencias versa sobre un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, máxime si dicho acto fue suscrito en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato con la demandante en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes.

Que la demandante obtuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento pues el acto se llevó a cabo al tenor de lo consagrado en el Decreto 692 de 1994.

Instauró como medios exceptivos los de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, la innominada o genérica, e 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.

PORVENIR S.A. expuso que la afiliación realizada por la demandante en el año 2015 fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaño tal como se aprecia del formulario de afiliación, documento que se presume auténtico al tenor de lo preceptuado en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 243 y 244 del C.G.P.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de agosto de 2021 declaró la ineficacia del traslado que realizara la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a transferir con destino a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, durante el tiempo en que esta estuvo afiliada a cada AFP, y sin que les sea dable descontar alguna suma de dinero por concepto de invalidez o sobrevivientes o para la garantía de pensión mínima. A su vez, ordenó que COLPENSIONES reciba todas las contingencias producto de la ineficacia declarada.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que atendiendo los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, les atañe a las AFP la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de sus afiliados, brindaron una asesoría acerca de las ventajas, desventajas y características entre uno y otro régimen, así como las consecuencias legales que cada uno refleja sobre los derechos pensionales de los afiliados, información que no se logró probar dentro del presente asunto por parte de PROTECCIÓN S.A., AFP primigenia donde la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, máxime si con el formulario de afiliación no se demuestra la debida información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PROTECCIÓN S.A. la apeló. Indicó que no es procedente la devolución de los dineros descontados por gastos de administración con destino a COLPENSIONES, toda vez que se trataron de



contingencias administradas en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que se efectuaron conforme a la ley en virtud de la contraprestación de una buena gestión de los rubros, y que de realizarse tal situación se incurriría en un enriquecimiento sin causa de parte de COLPENSIONES, pues ni siquiera esos dineros estarían destinados a financiar una pensión de vejez, por lo que recibiría un capital por un rubro que nunca administró.

Que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado natural, en estricto sentido los rendimientos y gastos de administración nunca se causaron, por lo que no serían objeto de devolución, aunado a que el seguro provisional cubrió las contingencias de invalidez y muerte en el tiempo que la demandante estuvo afiliada ante sus dependencias, así como que respecto de los gastos de administración opera el fenómeno prescriptivo.

PORVENIR S.A. sopesó en su alzada que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en el año de 1994 al haber recibido información clara, detallada y completa para encontrarse satisfecha y así haberse vinculado con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., decisión que incluso quedó ratificada con su posterior traslado ante sus dependencias en el año 2015, adicional a que lo pretendido por la actora es una prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003.

COLPENSIONES apeló bajo el entendido que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, sin que se hubiese ejercido presión o coacción, por lo que la decisión de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue libre, espontánea y voluntaria, conociendo de las condiciones y características de este régimen.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 señalarse 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 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 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,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que la actora suscribiera ante la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 28 de abril de 1994, con posterioridad a PROTECCIÓN S.A. el 11 de enero de 2001 y luego ante PORVENIR S.A. el 16 de diciembre de 2015 (Fls. 13 a 15 – Expediente Digital). El formulario de afiliación suscrito con COLMENA 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 necesaria, por el contrario, fue enfática en destacar que lo único que se le ilustró fueron algunas de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero sin efectuar una asesoría detallada sobre ambos regímenes así como las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, más aún si la actora manifestó que la presunta asesoría consistió en dos o tres reuniones aproximadamente de veinte minutos, tópico que conlleva a que la Sala pueda concluir la orfandad probatoria de la AFP en lo que atañe a una debida asesoría para con la demandante, en la que se ilustraran las consecuencias normativas entre uno y otro régimen pensional, así como las ventajas, desventajas y diferencias de los mismos.

Se resalta igualmente, que tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho a la declaratoria de ineficacia.

Ahora bien, respecto a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, incluidos los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., última AFP donde en la actualidad la actora se encuentra vinculada, no verifiquen 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 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”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 ni descapitalización del sistema como lo alude PROTECCIÓN S.A. en su 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 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:

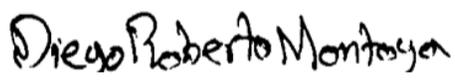
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad sentencia proferida el 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

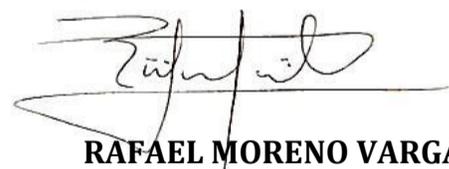
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 10 2019 00236 01
Demandante: FERNANDO CASTRO JURADO
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021 por el Juzgado Décimo 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor FERNANDO CASTRO JURADO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a fin de declarar que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES a partir del 17 de marzo de 1981, y que con posterioridad se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. a partir del mes de enero de 1999, a través de engaño al habersele inducido a error por parte del asesor de dicho fondo, momento para el cual ostentaba 731.71 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que, con anterioridad a su traslado contaba con una expectativa legítima de pensión.

Asimismo, se declare que COLFONDOS S.A. omitió su deber de informarlo y asesorarlo de manera eficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional; que para el mes de enero de 2011 se trasladó a PORVENIR S.A. bajo engaño e inducido al error por parte del asesor del fondo privado sin que cumpliera con el deber legal de información; se ordene a las AFP la devolución a COLPENSIONES de todos valores provenientes de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, seguros, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil.

En virtud de lo anterior, se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que se le debe condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la prestación a partir del cumplimiento de los 62 años, intereses moratorios, indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 3 de septiembre de 1956, realizando cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el mes de marzo de 1982, por intermedio del INSTITUTO DE



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SEGUROS SOCIALES, hasta el mes de diciembre de 1998, anualidad en la que acreditó 731.71 semanas.

Que para el mes de enero de 1999 un asesor de COLFONDOS S.A. le brindó una asesoría de manera personal indicándole la opción de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, presentando este régimen como el más beneficioso en materia pensional, por lo que le manifestó que las personas que se trasladaran podrían obtener una pensión de vejez en una fecha precedente a la consagrada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y con una cuantía superior, así como que le fue informado que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a una pensión de vejez.

Expuso que nunca se le informó que podría redimir de manera anticipada su bono pensional, no le fue realizada una proyección comparativa de regímenes, no se le asesoró en lo que atañe los aportes voluntarios y el capital mínimo para causar una pensión, entre otros aspectos.

Que en el año 2011 efectuó un traslado horizontal con destino a PORVENIR S.A., AFP que tampoco efectuó una adecuada información entre ambos regímenes pensionales.

Relató que cumplió 62 años de edad el 3 de septiembre de 2018 y en la actualidad cuenta con 1.753 semanas, al igual que su empleador presentó la novedad de retiro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones en el mes de enero de 2019, situación por la que es merecedor de la pensión de vejez, conforme lo establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones. Argumentó que el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra ajustado a derecho, por cuanto se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

realizó de manera libre y voluntaria de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que le corresponde al demandante probar los vicios del consentimiento alegados.

Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y la denominada inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

COLFONDOS S.A. manifestó que le brindó al demandante para su traslado de régimen una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, en la que se recordó las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el funcionamiento del mismo, las características cada régimen, las ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes en el régimen privado.

Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, 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, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

PORVENIR S.A. se opuso a las súplicas de la demanda, argumentando que todos sus asesores están capacitados para realizar asesorías profesionales, que el formulario suscrito por el demandante fue precedido de una información objetiva como la comparación entre los montos de pensión en cada régimen pensional, de manera verbal y subrayando la voluntariedad del demandante por medio del formulario de afiliación, además de la falta de obligación de las administradoras de realizar proyecciones ni documentar la asesoría para el momento del traslado del actor.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de agosto de 2021 declaró la ineficacia de la vinculación que efectuara el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., por lo que dispuso su regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, ordenando a esta última recibir y restablecer su afiliación sin solución de continuidad.

Asimismo, condenó a PORVENIR S.A. entregar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado, y realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración que se realizaran debidamente indexados con los documentos correspondientes. En igual sentido, condenó a COLFONDOS S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de las sumas descontadas al demandante por concepto de gastos y cuotas de administración debidamente indexados.

Ordenó a COLPENSIONES que una vez ingresadas las sumas de dinero provenientes de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., proceda a verificar que las mismas se hayan realizado en derecho, así como que impute en la historia laboral del actor las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sobre un total de 1.767.1.

Condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de febrero de 2019 en cuantía inicial de \$6.481.154 y sobre 13 mesadas anuales, junto con los incrementos correspondientes, el retroactivo pensional generado desde la referida calenda 1º de febrero de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

2019 y hasta la inclusión en nómina de pensionados debidamente indexado. De otra parte, negó la condena por concepto de intereses moratorios.

Para arribar a dicha conclusión, consideró la *a-quo* que teniendo en cuenta la Ley 100 de 1993, artículos 13, 21, 33, 34, 36 y 114, así como los Decretos 656 de 1994, 692 de 1994, 663 de 1993, 2555 de 2010, 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, conjuntamente con los postulados de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la transcendencia del deber de información en cabeza de las AFP para que haya una decisión libre y voluntaria, la evolución de este deber de información y su obligatoriedad de cumplimiento desde que estas entidades fueron creadas haciendo un comparativo de ambos regímenes con sus características, el cual no se probó por parte de COLFONDOS S.A. ni PORVENIR S.A. en el entendido que la carga probatoria de este aspecto está establecido en las administradoras de fondos de pensiones.

Asimismo, luego de declarada la ineficacia del traslado, la falladora de instancia determinó que el demandante ostenta los requisitos para ser beneficiario de la pensión de vejez regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues cumplió 62 años de edad el 3 de septiembre de 2018 y cotizó un total de semanas de 1.767, y al haber efectuado cotizaciones hasta el 28 de enero de 2019, fue por lo que ordenó el pago de la prestación a partir del 1º de febrero de esa anualidad, junto con la respectiva indexación, negando el pago de intereses moratorios.

De otra parte, refirió la *a-quo* que no operó el fenómeno prescriptivo respecto de ninguna de las mesadas pensionales del demandante, así como que condenó en costas procesales a COLFONDOS S.A., absolviendo de este emolumento a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

La parte demandante apeló la decisión de manera parcial bajo el entendido que de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P., debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

adicionarse el pago de costas procesales PORVENIR S.A., en atención a que este sujeto compareció al proceso, presentó excepciones, tanto así que en la parte resolutive se le impuso ciertas órdenes.

COLFONDOS S.A. presentó inconformidad en lo que respecta a la devolución de gastos de administración de manera indexada, como quiera que los dineros que se encontraban en la cuenta individual del demandante ya fueron trasladados a la posterior AFP donde se afilió el actor, esto es, PORVENIR S.A., por lo que de darse tal orden COLPENSIONES incurriría en un enriquecimiento sin justa causa. Adujo que tampoco resulta procedente el pago indexado de esos rubros pues al encontrarse en la actualidad en cabeza de PORVENIR S.A., los mismos están produciendo unos rendimientos mínimos que evitan o compensan la pérdida del poder adquisitivo.

PORVENIR S.A. por su parte expuso en su alzada que no conoció las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se generó la afiliación inicial, de ahí que resulte perjudicada al declararse la ineficacia, sosteniendo que la información que le suministró al demandante para afiliarse ante sus dependencias fue completa, clara y comprensible, tanto así que el demandante confesó la debida asesoría.

Que no solo la falladora de instancia ordenó una condena de devolver o retornar la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, sino también los gastos de administración de manera indexada, último emolumento que es un descuento permitido por la ley en los términos del inciso 2º de la Ley 100 de 1993, máxime si los mismos no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que no es una valor que le corresponda al afiliado y en tal sentido, opera la figura prescriptiva, sumado a que en el *petitum* dicha indexación no se solicitó.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Igualmente, de proceder el planteamiento principal anteriormente expuesto, la Sala en atención al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S., deberá auscultar si le asiste el derecho al demandante del reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los precisos términos definido por la sentenciadora de instancia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 demandante a COLFONDOS S.A. del 25 de noviembre de 1998 (documento 17 de la parte digital del expediente) y el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. suscrito el 15 de noviembre de 2010 (Fl 37 de la contestación de la demanda de PORVENIR S.A.); si bien los formularios 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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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, el demandante indicó que es Ingeniero Agrónomo y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando trabajaba en una plantación de palma africana a 4 horas de Villavicencio después de una asesoría de 30 a 40 minutos en promedio, sin recibir información de aspectos mínimos tales como los bonos pensionales, cuenta individual, rendimientos financieros o tener un capital determinado para acceder a su pensión, lo que da cuenta la carencia de información que debió suministrarse al momento de cambio de régimen y que atendiendo los postulados jurisprudenciales, debió acreditar COLFONDOS S.A.

Ahora, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

	laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión de que se le haya suministrado al demandante para el año 1998, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, se ajusta a derecho la declaratoria de ineficacia, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del accionante, 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“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 haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, 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 ahí que no se acceda a las motivaciones de alzada realizadas por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. para que no proceda orden de devolución de estos conceptos y por ende, la decisión de primer grado se confirmará sobre este puntualísimo aspecto.

En lo atinente a la inconformidad de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. sobre la indexación de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor”.

Por ende, se confirmará en ese aspecto la decisión de primer grado. Con todo, 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 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»”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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. Por ende, no se avizora además un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES como así lo alegó PORVENIR S.A. en su alzada.

De otra parte, en lo que respecta a 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*



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. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Ahora bien, respecto a la inclusión de PORVENIR S.A. en la condena en costas solicitada por la parte demandante, el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S., establece la imposición de esta figura cuando la parte resulta vencida en juicio, por lo que al habersele ordenado a esta AFP la devolución de los emolumentos que tuviese el actor en su cuenta individual, claro es para la Sala que se le obligó en la condena, aspecto que conduce a que se impongan costas en primera instancia junto con la ya condenada COLFONDOS S.A.

d. De la pensión de vejez:

Pretende el demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos dispuestos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Bajo esta óptica, precisa la Sala de entrada que el demandante no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la mentada Ley 100 de 1993, como quiera que nació el 3 de septiembre de 1956, por lo que al extenderse este régimen como plazo máximo hasta 31 de diciembre de 2014 para su preservación, claro es que no adquirió prerrogativas pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que conlleva, como lo decidió la *a-quo* y lo solicitó el actor, a que la prestación se estudie en los términos del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que dispone:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

- 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)”

Palmario resulta entonces que el demandante nació el 3 de septiembre de 1956 como da cuenta su cédula de ciudadanía (Fl. 16), por lo que cumplió 62 años de edad el 3 de septiembre de 2018, ostentando así el primer requisito para la causación del derecho pensional.

En lo que atañe a las semanas requeridas por la ley, como lo determinó la falladora de instancia, no existe discusión que el actor cotizó un total de 1767 semanas tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, según se acredita del reporte de semanas de cotización allegado en medio magnético por las partes, situación que conlleva a que se configure el tiempo requerido para acceder a la prestación pensional por vejez, que en el especialísimo caso del actor, por cumplir 62 años de edad en el 2018 debía acreditar como mínimo 1300 semanas de cotización; circunstancia por la cual, se adentra la Sala a verificar la fecha en que debe reconocérsele el derecho al actor así como el monto del mismo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, se aprecia que la última cotización efectuada por el demandante al sistema general de pensiones fue a través de PORVENIR S.A. en el mes de enero de 2019, y si bien del reporte de semanas acreditado por esta AFP no se observa novedad de retiro conforme lo regula el artículo 13 del Decreto de 758 de 1990, yace prueba en el plenario a folio 45 que evidencia que su última empleadora, esto es UNIPALMA S.A., certificó que el actor fue retirado del sistema general de pensiones en el mes de enero de 2019, lo que constituye que el derecho pensional pueda reconocerse a partir del 1º de febrero de esa anualidad, misma calenda que decidió la falladora de instancia.

Ahora, en lo que atañe al monto de la pensión de vejez, como ya se advirtió el señor FERNANDO JURADO CASTRO efectuó un total de cotizaciones de 1.767 semanas, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la liquidación de su prestación debe efectuarse con el promedio del IBL de los últimos diez años o el de toda la vida laboral.

En tal sentido, atendiendo la liquidación respectiva, se aprecia que la más favorable fue la calculada con el IBL de los últimos años que determinó una primera mesada pensional para el año 2019 en la suma de \$6.481.154, mismo monto calculado en primer grado, por lo que habrá de confirmarse este puntualísimo aspecto.

Así las cosas, se tiene que la demandada deberá pagar por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2019 y el 30 de septiembre de 2021, sobre trece mesadas pensionales al año, la suma de \$226.752.292, valor que deberá ser indexado al momento en que se efectúe el correspondiente pago, además que se deja presente, que sobre ese valor la entidad podrá realizar los descuentos correspondientes.

Por último, respecto de la excepción de prescripción se deja por sentado que la misma no operó respecto de ninguna mesada pensional, como quiera que el derecho del actor surge a partir del 1º de febrero de 2019, presentándose la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reclamación administrativa el 15 enero 2019 de ese año, e incoándose la demanda el 29 de marzo de 2019 como da cuenta el Acta individual de reparto obrante a folio 85, aspectos todos de los que se aprecia en forma certera que no operó el término trienal consagrado en los artículo 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

En consideración de todo lo expuesto, la decisión de primera instancia habrá de adicionarse.

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: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá de primer grado, en el sentido de condenar en costas de primera instancia a PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primer grado, en el sentido de determinar que COLPENSIONES deberá pagar al demandante por concepto de retroactivo pensional por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2019 y el 30 de septiembre de 2021 la suma de \$226.752.292, valor que deberá cancelarse debidamente indexado al momento del correspondiente pago.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES que del valor determinado en el numeral anterior por concepto de retroactivo, descuenta los aportes en salud a que haya lugar.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

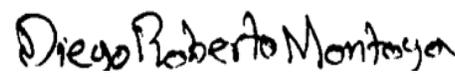
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

QUINTO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

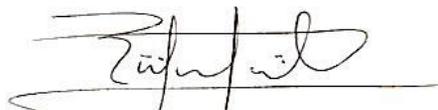
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **06 2018 00207 01**
Demandante: LINA VIVIANA RODRÍGUEZ TRIANA
Demandado: ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 17 de agosto de 2021 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LILIANA VIVIANA RODRÍGUEZ TRIANA presentó demanda ordinaria en contra del señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL, propietario del establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo de carácter verbal por el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2016 y el 17 de marzo de 2017, el cual culminó de manera unilateral y sin justa causa por el empleador.

Por consiguiente, se condene al demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por la no consignación de las cesantías en los términos de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prima de servicios, vacaciones, sanción por despido sin justa causa conforme lo regula el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria reglada en el artículo 65 del mismo texto normativo,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, compensación en dinero de los perjuicios ocasionados por la falta de suministro de calzado y vestido durante la relación laboral, y que se de aplicación al parágrafo primero del artículo 64 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expuso que ingresó a laborar en el establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA mediante contrato verbal a término indefinido a partir del 2 de febrero de 2016, el cual finalizó el 17 de marzo de 2017 en forma verbal, desempeñando el cargo de Vendedora Comercial.

Que el salario devengado a la culminación de su contrato de trabajo ascendía a la suma de \$1.112.339, con un horario de trabajo de domingo a domingo de 10:00 a.m. a 9:00 p.m.

Indicó que su salario para el año 2016 se componía de un básico, un promedio de recargos y horas extras para un total de \$1.092.095.42, y para el año 2017 ascendió a la suma de \$1.112.339.

Precisó que su jefe inmediata era la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, que no fue afiliada a la ARL ni le fue suministrado calzado y vestido de labor, al igual que le fue remitida correspondencia de una consignación de prestaciones sociales que le correspondiera al Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, quien no autorizó el pago por no haberse aportado las cédulas de quien consignó y la del beneficiario.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que nunca existió contrato laboral alguno con la demandante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que si bien es propietario del establecimiento de comercio establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA, no se dedica al mismo pues su actividad es la de taxista, adicional a que el establecimiento lo tiene a cargo su cónyuge JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de agosto de 2021 absolvió al demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

A dicha conclusión arribó al señalar que atendiendo el caudal probatorio como los testimonios e interrogatorios de parte, se pudo establecer con suficiencia la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, cónyuge del demandado señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL, sin que este último hubiere tenido injerencia alguna, pues se probó que no fue quien contrató a la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Refirió que se inició la presente demanda para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo, al no haber solucionado la correspondiente liquidación, y al transcurrir seis meses se realizó una consignación de prestaciones sociales en forma equivocada, toda vez que se efectuó con una suma que no corresponden a la realidad, además que quien realizó dicha consignación fue la administradora del establecimiento de comercio, endilgándose la calidad de empleadora.

Que su labor siempre se desempeñó en el establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA, siendo su propietario el demandado, tal como se acredita en el certificado de Cámara de Comercio, de ahí que a pesar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN fuese la administradora de dicho establecimiento, quien deba responder sobre el contrato de trabajo es el accionado, toda vez atendiendo la normativa vigente, le corresponde al propietario del establecimiento de comercio solucionar las obligaciones que se deriven del mismo, pues es un bien respecto del cual se beneficia, de ahí que gocen de prosperidad las súplicas.

Igualmente, reiteró que la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN fue quien le impartió órdenes en calidad de administradora del establecimiento de comercio, subordinación que incluso la ejerció en algunas ocasiones el demandado.

Asentó que el establecimiento de comercio al no gozar de personería jurídica no es sujeto de derechos y obligaciones, aspecto que conlleva a que sea el propietario quien deba responder sobre los derechos laborales perseguidos.

Que el administrador de un establecimiento de comercio en los términos del artículo 32 del C.S.T. no se convierte en empleador de los trabajadores, ya que es un sujeto a quien se le delegan determinadas funciones como las de contratar personal, dirigir o emitir órdenes e instrucciones específicas en lo que respecta a la forma de la prestación del servicio o de la disciplina interna del establecimiento, como tampoco desplaza las obligaciones laborales, por cuanto la figura de la representación implica que el delegado obliga al empleador con sus actos u omisiones.

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.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sin encontrar causal que invalide lo actuado, el problema jurídico principal gira en torno a determinar si entre las partes se constituyó una relación laboral en los precisos términos expuestos por la demandante.

De prosperar lo anterior, la Sala entrará a abordar las pretensiones de carácter condenatorio derivadas de la declaratoria del contrato de trabajo.

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 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.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:



“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] 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 doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Descendiendo al caso que nos ocupa, como lo puntualizó la falladora de instancia la demanda fue promovida por la demandante en contra del señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL en su calidad de propietario del establecimiento de comercio denominado ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA, aspecto que se confronta con el correspondiente certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (Fls. 13 a 15).

El encartado por su parte al contestar la demanda argumentó en todo momento que a pesar de ser el propietario del establecimiento referido, fue su cónyuge JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN quien contrató a la demandante, ya que ella siempre estuvo a cargo del establecimiento, por cuanto su actividad gira en torno a la actividad de taxista, lo que significa que en ningún momento actuó como empleador en los términos deprecados en la demanda.

Pues bien, confrontado el caudal probatorio acreditado al plenario, aprecia la Sala en primer lugar que el demandado allegó copia de un pago por concepto de prestaciones sociales – depósito judicial, en el que se evidencia que dicha consignación la realizó la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN en calidad de empleadora de la demandante LINA VIVIANA RODRÍGUEZ TRIANA por valor de \$1.458.744 (Fl. 80), que advierte:

“Yo, JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma y en mi condición de persona natural empleadora de la señora LINA VIVIANA RODRÍGUEZ TRIANA, identificada con C.C. No. 1.031.159.102, mediante el presente escrito me permito poner a su disposición el título judicial No. (400100006196549), por la suma de (\$1.458.744), correspondiente a la liquidación definitiva de prestaciones sociales adeudadas a la señora LINA VIVIANA RODRÍGUEZ TRIANA.

“La relación laboral tuvo vigencia desde el 13 de marzo de 2016 y hasta el 17 de marzo de 2017, devengando un salario de (737.717) sin auxilio de transporte legal, por residir a una cuadra del lugar de trabajo, de acuerdo con esta información se liquidan las prestaciones sociales así:

Sobre tal documental también se adjuntó la copia de la consignación ante el Banco Agrario de Colombia y una presunta comunicación adiada en el mes de agosto de 2017 que le remitiera JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN a la demandante, documentales que no fueron refutadas (Fls.81 a 82).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En el transcurrir del trámite procesal se recaudó el interrogatorio de parte de la demandante quien manifestó que fue contratada por la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, con quien pactó un pago de salario diario en la suma de \$35.000 para el año 2016, siendo su ingreso de labores al establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA el 2 de febrero de 2016, cumpliendo un horario de 10:00 a.m. a 9:00 p.m.

Que tanto la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN y el demandado eran quienes les impartían las órdenes derivadas de su contrato de trabajo, y que el pago salarial se efectuaba de manera quincenal, así como que el finiquito laboral sucedió por cuanto la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN le manifestó había sustraído bienes, situación que se aleja de la realidad.

Que no le fue factible retirar las prestaciones sociales que la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN le efectuó mediante pago por consignación; que nunca firmó algún contrato de trabajo con la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, como quiera que lo pactado fue de manera verbal.

Indicó que cuando la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN no se encontraba presente, el demandado era el encargado del negocio y por consiguiente era quien suministraba las órdenes, les decía a los trabajadores cuando cerrar, les brindaba los pagos, siendo enfática en precisar que el demandado siempre permanecía en el negocio, y que dichas órdenes las impartía únicamente cuando la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN no se encontraba.

La testigo señora MABEL JOHANA SOLIS MONSALVE manifestó que se dedica a las ventas, y que conoce al demandado porque fue su jefe hace cinco años, ya que ella como declarante laboró en su establecimiento de comercio llamado ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA, precisando que era el propio demandado quien administraba el establecimiento en mención.

Que conoce a la demandante porque trabajaron juntas hace cinco años en el establecimiento referido, al igual que conoce a la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN porque es la cónyuge del demandado, reseñando que el vínculo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que la actora tuvo con el encartado fue de empleada a jefe, y que la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN también era jefe de la actora.

Que quien contrató a la demandante fue JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN pero supone que con previa autorización del demandado, constándole tal situación porque se encontraba allí cuando a la actora se le realizó la correspondiente entrevista, manifestando que el demandado no estuvo presente en dicha contratación.

Recuerda que la demandante ingresó en el mes de febrero de 2016 pero sin precisar la fecha exacta, teniendo tal tópico de presente porque fue compañera de trabajo de la actora hasta el mes de septiembre de 2016 cuando ella como testigo se retiró, y en razón a la amistad conoce que la demandante se retiró aproximadamente en el mes de marzo de 2017, lo cual se produjo presuntamente por un hurto sobre el cual fue culpada la actora.

Que las órdenes impartidas por el demandado consistían en atender al cliente, asear el establecimiento comercial, organizar la mercancía, entre otras, órdenes que impartía de manera continua ya que iba frecuentemente al negocio. Dijo que mientras laboró allí tanto a ella como a la demandante el salario se lo cancelaba la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, y en algunas ocasiones el demandado.

Tiene conocimiento que a la demandante no se le pagó la liquidación final de prestaciones sociales, que el horario de la demandante era de 10:00 a.m. a 9:00 p.m., que la forma en que se les cancelaba el salario era en efectivo cada ocho días, no les pagaban prestaciones sociales ni fueron afiliadas al Sistema Integral de Seguridad Social.

La testigo JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN expuso que se encuentra casada con el demandado y que es comerciante independiente. Que el demandado es el propietario del establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA pero quien lo maneja es ella, sin que el señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL lo hubiese administrado en algún momento.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que conoce a la demandante por cuanto en el mes de marzo de 2016 le solicitó trabajo a lo que ella accedió y la contrató, y que el demandado nunca tuvo injerencia en la contratación, ni mucho menos le canceló salarios, iterando que ella siempre fue la verdadera empleadora, además de ser enfática en que la demandante se vinculó a laborar el 12 de marzo de 2016 y se retiró el 17 de marzo de 2017, por cuanto se presentó un inconveniente de hurto dentro del establecimiento de comercio el cual le reportó a la autoridad competente.

Que las órdenes siempre se impartieron por ella, así como los salarios, que se cancelaban en inicio cada ocho días y luego en forma quincenal en cuantía de un S.M.L.M.V., cumpliendo horario de trabajo. Indicó que le canceló a la demandante salarios y prestaciones sociales, que su cónyuge nunca le impartió órdenes, y que no afilió a la demandante al Sistema General de Seguridad Social.

El testigo ANDRÉS FERNANDO MEJÍA MARÍN expuso que conoce al demandado porque es el cónyuge de su hermana y al mismo tiempo propietario del establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA. Que el demandado nunca administró el establecimiento de comercio, pues siempre se ha dedicado a conducir un taxi.

Manifestó que conoce a la demandante porque trabajó hace algún tiempo en el local de su hermana JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, y fue esta última quien la vinculó, dando fe de ello porque adujo que en reiteradas ocasiones le colabora a su hermana en el establecimiento de comercio, sin que el demandado le hubiese impartido órdenes. Que fue su hermana quien le canceló el salario a la demandante, y que la actora se desvinculó tras descubrirsele cometiendo un hurto dentro del establecimiento comercial, acto del que tiene conocimiento que se instauró la respectiva denuncia penal.

Bajo este escenario, es claro que la misma demandante manifestó en su interrogatorio de parte que no fue el demandado quien la contratara, sino que presuntamente estuvo subordinada por persona distinta, e incluso aceptó que no fue el demandado quien le consignó dineros ante autoridad judicial concernientes a conceptos de prestaciones sociales, aseverando que otra



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

persona fue quien la subordinó a tal punto, que fue la que determinó su horario de trabajo y quien finalizó el vínculo contractual para el mes de marzo de 2017, situación que se acompasa con la ya referida consignación de prestaciones que le fuera realizada.

Tal circunstancia, conlleva a la Sala determinar que el demandado no fue el empleador de la demandante como se pretende, ello en tanto no se avizora que se beneficiara de las actividades que la actora manifiesta desarrolló, aspecto que conlleva a que no se pueda activar la presunción dispuesta en el artículo 24 del C.S.T. para la configuración de un contrato de trabajo.

Ahora, en lo que respecta a la relación laboral pretendida con el demandado dada su calidad de propietario del establecimiento de comercio, al igual que la *a-quo*, esta Colegiatura puede concluir que no logró ser demostrada en juicio la prestación personal del servicio en favor del accionado, en tanto la prueba testimonial dio cuenta que se dedicaba a otras labores, específicamente a la conducción de un taxi; de otra parte, la demandante expuso en el interrogatorio rendido que se encontraba subordinada al demandado, dichos de los que no puede beneficiarse, como quiera que la prueba de confesión versa sobre los hechos que resulten desfavorables al declarante o que beneficien a la contraparte.

Asimismo, a la testigo MABEL JOHANA SOLIS MONSALVE, amiga de la demandante por cuanto trabajaron en el establecimiento de comercio, no puede asignársele credibilidad fidedigna que advierta que ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL fuera el empleador ni que le impartiera órdenes, ya que resaltó que el demandado no estuvo presente cuando se pactó el contrato de trabajo entre la demandante y JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, sumado al hecho que expuso suponer que la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN había suscrito el mentado vínculo contractual por instrucciones que le otorgara el encartado, escenario que permite evidenciar que no se constituye en testigo directa de tales hechos narrados.

Ello a su vez guarda llana congruencia con lo expuesto por la testigo JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN, cónyuge del demandado, quien siempre insistió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobre una presunta relación laboral que mantuvo con la demandante, pues si bien el establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA es propiedad de su cónyuge, lo cierto es que las pruebas no demuestran que existiese un verdadero contrato de trabajo entre la actora y el demandado, lo afirmado siempre versó a tercera persona diferente del encartado señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL.

Ahora, lo que pretende el extremo demandante en su alzada es que se categorice a la señora JOHANNA PATRICIA MEJÍA MARÍN como administradora del establecimiento de comercio ESCARCHA ACCESORIOS Y ROPA para así poderse colegir un contrato de trabajo con el demandado; no obstante, debe reiterarse que tal situación no se encuentra acreditada, como quiera que las pruebas no advierten que la misma haya actuado en esa calidad, tan es así, que la misma sostuvo en su declaración que en todo momento desempeñó atribuciones de verdadera empleadora de la actora, de tal manera que el señor ANDRÉS LEONARDO SERRANO ESPINAL, además de ser el propietario del establecimiento de comercio, no se demostró que hubiese intervenido en la contratación, que impartiera directrices u órdenes sobre la actora y menos aún, que se beneficiara del servicio prestado.

De tal manera, que no es dable estimar acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo respecto del demandado ante la configuración de una falta de legitimación en la causa por pasiva del llamado a juicio, por lo que la absolución de primer habrá de confirmarse.

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 17 de agosto del 2021 por el Juzgado Sexto 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 32 2019 00262 01
Demandante: YOLIMA DUCÓN PINZÓN, HERNANDO GUALTEROS
 PÁEZ, PABLO ALEJANDRO GUALTEROS DUCÓN y el
 menor JUAN ESTEVAN FUALTEROS DUCÓN
Demandado: CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

YOLIMA DUCÓN PINZÓN, HERNANDO GUALTEROS PÁEZ, PABLO ALEJANDRO GUALTEROS DUCÓN y el menor JUAN ESTEVAN GUALTEROS DUCÓN, por conducto de representante legal, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL con la finalidad que se declare la ineficacia de la terminación sin justa causa del contrato de trabajo suscrito entre YOLIMA DUCÓN PINZÓN y la encartada, por haber tenido lugar dentro de los seis (6) meses siguientes a la interposición de la queja por acoso laboral que formulara la actora, esto es, vulnerando el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2001.

Asimismo, se declare que al momento de la terminación del contrato de trabajo, la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN se encontraba bajo la protección de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

garantías contenidas en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006; que se declare que el actuar de la demandada causó un daño antijurídico a la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN y a su núcleo familiar integrado por su cónyuge HERNANDO GUALTEROS PÁEZ y sus hijos PABLO ALEJANDRO GUALTEROS DUCÓN y JUAN ESTEVAN GUALTEROS DUCÓN, quienes no estaban en la obligación de soportar la terminación del vínculo laboral sin justa causa de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN, por lo que la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL debe ser patrimonialmente responsable de la reparación de los perjuicios materiales e inmateriales, directos e indirectos causados.

Que se declare que el valor correspondiente a la compensación flexible percibido por la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN durante los años 2014 a 2018 constituye factor salarial y en consecuencia debe incorporarse al IBC de las prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social. Que se declare que la demandada debe cancelar a la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN los valores dejados de pagar por concepto de prestaciones sociales al no haber tenido en cuenta dentro del IBC el valor correspondiente a la compensación flexible.

Finalmente, que se declare que con ocasión a la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN, la demandada debe pagar lo atinente a salarios y prestaciones sociales, así como aportes al Sistema General de Seguridad Social por el periodo comprendido entre el 6 de octubre de 2018 y la fecha en que se haga efectivo su reintegro.

Por consiguiente, se le condene a la pasiva a reintegrar o reinstalar a la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN sin solución de continuidad, al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la terminación el contrato de trabajo o a uno que sea compatible con este y con su estado de salud sin desmejorarse su condición laboral.

También que se le ordene a la encartada pagar con la indexación que corresponda a la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN los salarios, primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones dejados de percibir por causa del despido ineficaz a partir de la desvinculación, y hasta cuando sea efectivamente reintegrada, sin considerar que ha existido solución de continuidad en su contrato de trabajo, al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social previo cálculo actuarial,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sobre las cotizaciones correspondientes al periodo dejado de cotizar a partir del 7 de octubre de 2017 y hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro.

Por último, que se le ordene al extremo accionado pagar a la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN las sumas dejadas de pagar por concepto de cesantías, intereses a las mismas y primas de servicios durante los años 2014 a 2018, al no haber incluido dentro del IBC el valor correspondiente a la compensación flexible percibido durante los citados años, junto con la realización de los aportes al Sistema General de Seguridad Social correspondientes; que se condene a la indemnización integral por los daños y perjuicios materiales irrogados por causa del retiro del servicio y los efectos nocivos de la irregular e ineficaz terminación del contrato de trabajo, conforme a lo probado mediante juramento estimatorio o determinado en incidente de liquidación, al pago de intereses a la tasa más alta real del mercado sobre los valores que se le ordene pagar desde la ejecutoria de la sentencia, costas procesales, y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de las pretensiones indicaron los actores que la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN suscribió contrato de trabajo a término fijo por tres meses con la demandada a partir del 8 de febrero de 2015, a efectos de desempeñar el cargo de Secretaria, contrato que fue renovado en varias ocasiones hasta que finalmente el 8 de febrero de 2016, se convino cambiar la modalidad contractual de término fijo a indefinido.

Que la encartada mediante comunicación del 5 de octubre de 2018 dio por terminado sin justa causa el contrato de trabajo de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN, la cual durante la relación laboral desempeñó los cargos de Secretaria, Asistente de Seguridad, Asistente de Mantenimiento y Psicóloga de Talento Humano.

Se expuso igualmente que durante la vigencia de la relación laboral la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN no recibió llamados de atención, por el contrario, como fruto de su excelente desempeño recibió reconocimientos por la demandada como empleada del trimestre en dos ocasiones y nominada a empleada destacada



del año 2013, por lo que en toda la relación laboral ejecutó los cargos y consecuentes funciones y responsabilidades en las instalaciones de la demandada.

Que previo a la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, había radicado ante el Comité de Convivencia queja de Acoso Laboral contra la señora JOHANNA CASTAÑEDA, Directora de Talento Humano, y quien para la fecha de la citada queja fungía como Jefe Directa de la demandante señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN.

Que por tal razón, para la fecha del finiquito la demandada tenía pleno conocimiento no solo de la queja por Acoso Laboral, sino que la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN en virtud de la misma, gozaba de una protección especial para garantizar que no fuera víctima de actitudes retaliatorias por haber hecho uso de su legítimo derecho a interponer ante el Comité de Convivencia la queja por Acoso Laboral en los términos del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, de ahí que se entienda que el despido fue sin justa causa y no produce efectos jurídicos.

Se indicó que el último salario devengado de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN fue la suma de \$2.076.600, y al finalizar su contrato de trabajo, tan solo recibió como liquidación la suma de \$22.462.347, por lo que confrontada la liquidación se evidencia que para calcular los conceptos de cesantías, intereses a las cesantías, primas y salarios, no se tuvo como Ingreso Base de Liquidación el salario de \$2.076.000, sino la suma de \$1.680.400.

Que del matrimonio de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN y el señor HERNANDO GUALTEROS PÁEZ nacieron dos hijos de nombres PABLO ALEJANDRO GUALTEROS DUCÓN y JUAN ESTEVAN GUALTEROS DUCÓN, sujetos todos que conforman una unida familia, y siempre han recibido los beneficios del trabajo de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN, por lo que al despedírsele, han percibido daños materiales e inmateriales por la angustia, impotencia y dolor, al dejar de recibir los beneficios del trabajo y de la seguridad social y afectación de sus bienes constitucionales, lo que a su vez generó perjuicios a su buen nombre e imagen.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La demandada CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que en efecto con la demandante existió contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 2005 y el 5 de octubre de 2018, el cual se celebró inicialmente a término fijo por tres meses, y a partir del 8 de febrero de 2016 mutó a término indefinido.

Que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa, con el consecuente reconocimiento de la correspondiente sanción por despido sin justa causa, sin que para la fecha del finiquito gozara de la garantía preceptuada en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 como víctima de acoso laboral, ya que si bien interpuso queja por presunto Acoso Laboral ante el Comité de Convivencia Laboral el 21 de septiembre de 2018, la misma se archivó por cuanto las conductas endilgadas en la queja no eran constitutivas de acoso, adicional a que, en el transcurso de la queja la señora JOHANNA CASTAÑEDA, presunta acosadora, se desvinculó voluntariamente de la empresa, siendo así procedente por sustracción de materia el archivo de la queja como quedó plasmado en acta del 3 de octubre de 2018.

Por otra parte, en lo que respecta a la reliquidación de salarios y prestaciones sociales perseguidas con base en la pretendida incidencia salarial del componente de compensación flexible, no gozan de prosperidad como quiera que desde el inicio de la relación laboral se convino el esquema de remuneración aplicable a la trabajadora, por lo que resulta improcedente desde todo punto de vista que después de transcurridos catorce años desde la celebración del contrato, la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN estime desconocer el acuerdo, advirtiendo además, que dado el tiempo transcurrido desde la suscripción del contrato y de las cláusulas adicionales, opera el fenómeno prescriptivo.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y prescripción.

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 proferida el 30 de junio de 2021 declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones impetradas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no existe controversia que la demandante YOLIMA DUCÓN PINZÓN prestó sus servicios como trabajadora a favor de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, mediante un contrato de trabajo el cual tuvo como extremo inicial el 8 de febrero de 2005 y como extremo final el 5 de octubre de 2018, vínculo que culminó sin justa causa en cabeza en cabeza de la empleadora, cancelándole la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T.

En lo que respecta a la solicitud de ineficacia de la terminación del contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 que alegara la demandante, sostuvo que para que se active la protección laboral se requiere que la conducta de Acoso Laboral sea verificada, situación que no se presentó dentro del presente asunto como quiera que verificadas las pruebas que obran dentro del plenario, no está acreditado que las conductas por las cuales la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN interpuso una queja ante el Comité de Convivencia Laboral de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, menos aún que efectivamente hayan constituido conductas de Acoso Laboral, además que si bien la actora hizo énfasis que al momento del despido su queja se encontraba abierta, de lo expuesto en el interrogatorio de parte quedó demostrado que se le informó que su caso se archivaría en atención a que la señora JOHANNA CASTAÑEDA, presunto sujeto activo de la conducta de Acoso Laboral, se había desvinculado de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, por lo que no era pertinente continuar con los trámites.

Que por tal motivo, si bien existieron algunas desavenencias entre la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN y la señora JOHANNA CASTAÑEDA, Directora de Talento Humano, dada la desvinculación de esta última fue que finalmente se archivó la queja por parte del Comité de Convivencia Laboral, por lo que no se verificaron las conductas y por tanto, no gozaba la trabajadora de una protección en los términos del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 que le impidiera al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador hacer uso de la facultad de culminar el contrato de la trabajadora sin justa causa, cancelando la respectiva indemnización.

Asimismo, indicó el *a-quo* que dentro del presente asunto no se constituyó la prueba de los perjuicios perseguidos, ya que la sola mención de que el grupo familiar se beneficiaba de los salarios de la ex trabajadora y de mejoras económicas en su diario vivir, son situaciones que por sí solas no son suficientes para acreditar un perjuicio mayor al que establece o tasa la ley.

Finalmente, en lo que concierne a la reliquidación de las prestaciones sociales, argumentó el fallador de instancia que de conformidad con lo establecido en los artículos 127 y 128 del C.S.T., los beneficios que suscribieron las partes en diferentes otrosíes que celebraran en el transcurrir de la relación laboral, no estaban retribuyendo de manera directa el servicio prestado por la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN, pues se acordó de manera libre y voluntaria que los mismos no constituían salario y que se circunscribían a plan de vivienda y por protección y ahorro, los cuales se destinaban a entidades diferentes que la demandante, de ahí que no se presente ninguna irregularidad en la liquidación de las prestaciones sociales.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para ello consideró que en efecto la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN se encontraba cubierta por el fuero preceptuado en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, como quiera que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa se llevó a cabo dentro del término de los seis meses siguientes a la interposición de la queja de Acoso Laboral, y que si bien el citado artículo establece que la autoridad administrativa, judicial o de control debe verificar los hechos puestos en conocimiento, debe tenerse en cuenta que la COPORACIÓN CLUB EL NOGAL ni siquiera se inició la investigación o adoptó una decisión de fondo en relación con la queja interpuesta, a tal punto que la decisión de archivar el asunto no fue notificada sino hasta tiempo después.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se insistió en que claramente el despido fue una retaliación por el empleador al haberse interpuesto la queja de Acoso Laboral, por lo que dicho despido es ineficaz.

Que atendiendo los valores consignados a título de compensación flexible, debe tenerse en cuenta que el artículo 127 del C.S.T. 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, y solamente puede considerarse que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y que por mera liberalidad recibe el trabajador por parte del empleador como primas, bonificaciones o ratificaciones ocasionales, por lo que la suma atinente a la compensación flexible no era ocasional ni deliberada, sino que la mismas era cancelada de manera mensual, de ahí que constituya factor salarial.

Argumentó que tanto la trabajadora como su núcleo familiar ante el despido injustificado como retaliación de haberse interpuesto la queja, claro es que se les irrogó un perjuicio moral, se causó un desequilibrio en su parte emocional, al punto que la ex trabajadora en su momento tuvo que acudir a tratamiento psicológico el cual continúa en la actualidad, aspecto que también desestabilizó a todo su núcleo familiar.

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.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, se determinará como primer problema jurídico si hay lugar a declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo de la demandante señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN al encontrarse amparada por una protección legal en los términos de la Ley 1010 de 2006 al haber interpuesto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

una queja por Acoso Laboral, y por consiguiente, si se le debe reintegrar al cargo que venía desempeñando o una de similares condiciones, así como al pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir entre el momento del despido y la fecha del reintegro.

Asimismo, se auscultará si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales de la demandante teniendo en cuenta los beneficios extralegales, y si los mismos tienen connotación salarial.

Finalmente si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios con ocasión de la finalización del contrato de trabajo de la señora YOLIMA DUCÓN PINZÓN.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que entre la demandante YOLIMA DUCÓN PINZÓN y la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido el 8 de febrero de 2005 y el 5 de octubre de 2018, el cual finalizó sin justa causa, cancelando la indemnización de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del C.S.T., y desempeñando como último cargo el de Psicóloga del Área de Talento Humano, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo, las respectivas prórrogas del mismo y la comunicación del año 2006 en la que se le indicó que su vinculación sería a término indefinido. (Fls. 31 a 54, 75 y 76 – Expediente Digital).

d. Del Acoso Laboral:

En aras de desatar el tema que nos ocupa, se juzga conveniente precisar que el Acoso Laboral es una conducta que fue proscrita por el legislador y regulada de forma clara y expresa en la Ley 1010 del 2006, mediante la cual se propende por la prevención, corrección y sanción de las modalidades constitutivas de acoso laboral, con el objeto de proteger a los trabajadores de toda forma de agresión, maltrato, vejamen, trato desconsiderado y ofensivo que vulnere el derecho fundamental a la dignidad humana, en desarrollo de la relación laboral.

Para tal propósito, la norma en comento no solo definió el acoso laboral en su artículo 2º como *“toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un*



empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o subalterno encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”, sino que adicionalmente desarrolló las modalidades a través de las cuales se podría desarrollar esta conducta. Esto es: el maltrato laboral, la persecución laboral, la discriminación laboral, el entorpecimiento laboral, la inequidad laboral y la desprotección laboral.

Así mismo, prevé la norma en cita una presunción de orden legal acorde a la cual se presumen como conductas constitutivas de acoso laboral, las siguientes:

- a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g) las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;*
- k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;*
- l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;*
- m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.” (subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la demandante argumenta la procedencia de la figura del reintegro, al aludir que goza del fuero preceptuado en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, como quiera que la terminación del contrato de trabajo sin justa causa se llevó a cabo dentro del término de los seis meses siguientes a la interposición de la queja de Acoso Laboral.

Al respecto, el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 establece:

“ARTÍCULO 11. GARANTÍAS CONTRA ACTITUDES RETALIATORIAS. *A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:*

- 1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento.*

(...)”.

En atención de lo anterior, de entrada advierte la Sala que las súplicas de la demandante para la prosperidad del reintegro no tienen vocación de prosperidad, como pasa a explicarse.

Como se advierte de las probanzas acreditadas al plenario, en efecto la demandante presentó queja por Acoso Laboral en contra de la señora JOHANNA CASTEÑADA, en su calidad de Directora de Talento Humano de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL (Fls. 344 a 349), en tanto señala ha sido víctima de un trato despectivo, desigual y persecutorio.

En virtud de ello, la demandada acreditó el Acta de reunión llevada a cabo el 24 de septiembre de 2018 por el Comité de Convivencia Laboral (Fls. 348 a 349), en la que se advierte que se refirió por la señora JOHANNA CASTEÑADA que hizo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

observaciones a la actora frente a fallas laborales, y que se encuentra pendiente citar a reunión para continuar con el trámite.

Con posterioridad, en Acta de Reunión llevada a cabo por el Comité de Convivencia el 3 de octubre de 2018 (Fls. 342 a 343), denominada “Acta de cierre periodo de gestión del Comité de Convivencia 2016-2018”, se determinó el archivo de su queja bajo el entendido que la señora JOHANNA CASTEÑADA había renunciado a la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL el día 28 de septiembre de 2018.

El anterior archivo de las diligencias de la queja instaurada por YOLIMA DUCÓN PINZÓN, le fue notificado a la misma demandante lo sostuvo en el interrogatorio practicado.

Ahora bien, en tratándose de la estabilidad consagrada en el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que dicha prerrogativa para la verificación de los hechos constitutivos del Acoso Laboral debe ser avalada por parte de la autoridad administrativa, judicial o de control competente, así lo sostuvo en diferentes decisiones, siendo una reciente la sentencia SL058-2021, Radicación No. 65559 del 20 de enero de 2021:

“Ineficacia del despido en los términos del numeral 1.º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006.

“En el segundo cargo orientado por la vía jurídica, el censor acusa la aplicación indebida del numeral 1.º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 porque en su criterio el Tribunal se equivocó al exigir para la viabilidad de la protección prevista en la norma, la verificación por parte del hoy Ministerio del Trabajo de la ocurrencia de los hechos constitutivos de acoso laboral o, que al menos, hubiera conminado al empleador a poner en marcha los procedimientos determinados en la legislación.

“Sobre el particular, esta Sala de la Corte es del criterio que para la procedencia de la garantía prevista en la norma acusada es indispensable la verificación de los hechos constitutivos de acoso laboral por parte de la autoridad administrativa, judicial o de control competente (CSJ SL17063-2017). En dicha providencia, la Corporación señaló:

“El objeto principal de la ley de acoso laboral y los bienes protegidos por ella, conforme a su artículo 1º, consiste en definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Del mismo modo los artículos 7 y 8 de la citada ley, establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 ibídem aluden a las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias del acoso laboral, procedimientos que gozan de la garantía consagrada en la norma denunciada, esto es, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que como se dijo, prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

*“Ahora bien, al descender al asunto a juzgar y comenzando por lo planteado en el segundo cargo, en el que se endilgó errores jurídicos, observa la Sala, que el Tribunal al interpretar el texto del citado numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, coligió que «consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz», **adicionalmente y de cara al condicionamiento contenido en la parte final de dicho numeral 1, infirió que para que opere esa protección la autoridad administrativa o judicial deben verificar la efectiva ocurrencia de los hechos denunciados.***

“La censura hizo consistir el desvió interpretativo del fallador de alzada, en que tal preceptiva no exige la calificación de acoso laboral por parte de la autoridad competente administrativa o judicial, para que pueda operar la protección legal allí prevista, porque el fin de esta normativa no es otro que evitar que se tomen represalias contra los trabajadores que interponen las quejas o denuncias de acoso, con independencia de que la actuación culmine con una sanción o no. Además, sostuvo que al impartirse la aprobación a la conciliación que los implicados acuerden, el Inspector de Trabajo debe entrar a verificar los hechos de acoso, como en este caso aconteció.

“Visto lo anterior, la razón está de parte del Tribunal y no de la recurrente, habida cuenta que el entendimiento dado en la segunda instancia a la disposición legal cuestionada no va en contravía de la verdadera inteligencia de esa disposición legal, y por el contrario, se avine a su alcance como a su genuino y cabal sentido.

“En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.

“En lo que si le asiste razón a la censura, es que para que opere la citada protección, no se necesita que se impongan sanciones a los autores del acoso laboral, dado que esa garantía de estabilidad como antes se explicó, también se le brinda a quien ejerza los procedimientos preventivos o correctivos. Pero ello no implica, que el Tribunal hubiera cometido un yerro jurídico, por cuanto la decisión de no declarar la ineficacia del despido de la demandante, obedeció más a que en el plenario no encontró acreditadas las conductas de acoso con la debida verificación o calificación, que es lo que a continuación se analizará en el ataque dirigido por la vía indirecta o de los hechos. (subrayas fuera del texto).

“Conforme al anterior criterio jurisprudencial, la Sala concluye que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal al haber considerado que para que se configure la protección a que alude el citado numeral 1.º del artículo 11 de la ley de acoso laboral es necesario que la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos constitutivos de tal conducta.”

Así las cosas, por el simple hecho de que la demandante hubiese elevado la queja por acoso laboral dentro de los seis (6) meses precedentes a su despido en los términos consagrados en el numeral 1º de la Ley 1010 de 2006, no puede pretender que su súplica sea atendida favorablemente pues es claro el órgano de cierre al interpretar la necesidad de inspección por parte de los órganos competentes para determinar si en efecto se constituyó la conducta como de Acoso Laboral, situación que no se probó dentro del presente asunto, situación que conlleva a que no pueda perseguirse el amparo en esta instancia, circunstancia por la cual, se confirmará en este aspecto la decisión de primer grado.

e. De los pagos constitutivos de salario:

Pretende la señora YOLIMA DUCÓN ÍNZÓN el pago como constitutivo de salario de una compensación flexible, pues argumenta que la misma constituye factor salarial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La encartada por su parte argumentó que con la actora se realizó un acuerdo donde se estableció la compensación de la demandante y se pactó el reconocimiento de una compensación no salarial.

Para lo pertinente, en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. 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. 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 primas, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 SL1798-2018) 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.

En tal sentido, y si bien existen diferentes otrosíes que versan con anterioridad al año 2014 que contienen los referidos beneficios de compensación flexible alegados como salario, la Sala efectuará pronunciamiento precisamente a los que versan desde el año 2014 y en adelante, como quiera que son los únicos perseguidos por la parte demandante como así se sopesó en el *petitum*.

Para lo pertinente, se aprecia que el 15 de julio de 2014 las partes celebraron un otrosí (Fl. 229), en el que se dispuso determinar como pago no constitutivo de salario los conceptos de Plan de Educación, Cooserpark, Aporte Voluntario y Protección y Ahorro, en los términos del artículo 128 del C.S.T.

Obra como consecuencia de lo anterior, un formulario de selección de beneficios del mes de enero de 2015 (Fl. 228), firmado como aceptación por la demandante que enrostra que el Plan de Educación se consignó con destino a FONNOGAL, mismo destino que tuvo el pago con destino a Cooserpark, y que los conceptos de Aporte Voluntario y Protección y Ahorro fueron destinados a la AFP SKANDIA.

Estos beneficios se mantuvieron a través de otrosí suscrito el 1º de enero de enero de 2015, y en otrosí del 2 de febrero de 2015 únicamente se mantuvo el Plan de Vivienda y Protección al Ahorro (Fl. 227, 225), beneficios que durante todo el interregno de la relación laboral se realizaron de manera mensual como así quedó aceptado por la misma Representante Legal de la Corporación CLUB EL NOGAL en el interrogatorio de parte, y las declaraciones de BRENDA GARCÍA CASTILLO y MERY JOHANA LARA VARGAS, Jefe de Personal y Sub Gerente Financiera de la encartada respectivamente.

Así las cosas, en atención de los preceptos tanto legales como jurisprudenciales a criterio de la Sala habrá de confirmarse la absolución determinada por el *a-quo* sobre este aspecto, por cuanto si bien no fue objeto de reparo que siempre se consagraron dichos beneficios en forma mensual durante todo el interregno de la relación laboral, lo cierto es que nunca fueron como retribución del servicio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestado, ya que como quedó demostrado por la demandada, estos en ningún momento se entregaron en forma directa a la trabajadora, sino que por el contrario su consignación se hacía a otros destinatarios como lo era FONNOGAL y la AFP SKANDIA y a título de ahorro en educación, vivienda, así como aporte voluntario al sistema de seguridad social en pensión, tópico que quedó corroborado por la mismas demandante en el interrogatorio de parte surtido, quien manifestó que nunca recibió tales rubros directamente.

Y es que precisamente, el factor de la retribución personal del servicio para la procedencia de la constitución salarial es elemento trascendental en la valoración de pagos adicionales por el empleador, y al no haberse percibido de manera directa, y que incluso se desorbitan a una retribución por las funciones desempeñadas en la labor de la demandante, puede colegirse que en ningún momento hubiesen sido constitutivos de salario.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2764-2021, Radicación No. 83347 del 21 de junio de 2021, señaló:

“Así, se tiene que las partes válidamente acordaron la adición al contrato de trabajo, para establecer que el estímulo al ahorro, que consistía en la entrega de un aporte voluntario a una administradora de pensiones cuyo monto era variable, de acuerdo con la política de compensación empresarial, no tendría connotación salarial, resultando palmario para esta Sala que la referida retribución ostentaba una naturaleza distinta a la del salario, pues se trataba de un pago que dada su propia finalidad, era evidente que no tenía como propósito retribuir el servicio personal prestado por el trabajador, a pesar de su habitualidad.

Tal como se señaló en precedencia, los montos pagados se verificaron título de ahorro en educación, vivienda, así como aporte voluntario al sistema de seguridad social en pensión, lo cual dista de la naturaleza propia del salario, en tanto no se retribuía el servicio., motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado en este aspecto.

f. Del pago de perjuicios morales y materiales con ocasión de la finalización del contrato de trabajo de YOLIMA DUCÓN PINZÓN.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Como ya se precisó, se aprecia de la liquidación de prestaciones sociales la encartada canceló a la demandante la sanción por despido sin justa causa como se aprecia a folio 77 del expediente por valor de \$19.604.488.

Se adolece la demandante de sufrir daños perjuicios morales y materiales en su núcleo familiar compuesto por ella, su cónyuge y sus dos hijos como consecuencia del despido sin justa causa al que fue sometida. Argumentó para ello un déficit económico que conllevó a que tuviera que cambiar de colegio privado a público a uno de sus hijos, y que no pudiese sostener la educación superior del otro, sostenimiento de su hogar ya que era la que solventaba los gastos, entre otros factores económicos.

Como lo argumentó el fallador de instancia tales aspectos no los considera la Sala acreditados, más aún si las pruebas con las que pretende hacer valer esos perjuicios son los dichos de parte de la misma demandante, el de su cónyuge HERNANDO WALTEROS y su hijo PABLO ALEJANDRO WALTEROS DUCÓN, ambos demandantes en este juicio, como quiera que a las partes no les es válido constituir su propia prueba.

Por otro lado, el testimonio de MARCELA GUZMÁN GARAVITO, amiga de la demandante, además de exponer que la actora estuvo en estado de depresión como consecuencia del presunto acoso laboral que tenía en la empresa y que con posteridad a su despido estuvo estresada y sin recursos económicos, no conforma el convencimiento de la Sala frente a la causación de los perjuicios aducidos.

Del testimonio de la señora PILAR ZORAIDA DE DAZA RODRÍGUEZ, amiga de la demandante, se predica la misma situación, incluso esta testigo fue contradictoria en sus dichos al sostener que la actora al momento de su despido se encontraba estudiando, lo que no guarda relación con la realidad de los sucesos ya que cuando la actora se graduó fue que la demandada la trasladó de cargo en aras de que ejerciera su profesión como psicóloga.

La testigo NUBI STELLA MAREIQUE SOTELO refirió que había laborado como empleada del servicio en el hogar de la demandante, lo único que declaró fue que se sentía afligida por lo económico, pero sin describir mayores razones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

También se argumentó en virtud de su despido una afectación psicológica. Ello lo sopesó con una historia clínica que data del 3 de abril de 2009 (Fl. 360), cuyo motivo de la consulta sostiene:

“Paciente que consulta por primera vez a psicología, se realiza valoración inicial, asiste remitida por medicina general, ingresa al consultorio en buenas condiciones de salud y por sus propios medios. la paciente refiere “yo llevo trabajando 15 años en una empresa, tuve una curva de crecimiento en el club el nogal, mi salida fue sin justa causa, empecé a tener episodios de sueño, no podía dormir, he tenido cosas diferentes, eso fue en octubre, empecé a tener cambios físicos, comer mucho, mi esposo se queda sin trabajo, con la liquidación pagué deudas, mi hijo se queda sin trabajo.”

Más adelante, dentro del mismo documento se aprecia como concepto psicológico:

“Paciente con cuadro de evolución de 6 años, caracterizado por angustia, ideas de preocupación y afectación, fluctuaciones afectivas, alteración de la conducta del sueño, hiperfagia, asociado a eventos vitales. se identifican pocas estrategias de autorregulación emocional y afrontamiento, trastornos de adaptación.”

A pesar de que en inicio se muestra de la historia clínica que el motivo de la consulta obedeció a la situación ocurrida por el despido de su trabajo, lo cierto es que el diagnóstico de la psicóloga tratante determinó que sus patologías de angustia, preocupación y restantes afecciones sentimentales presentan un desarrollo de seis años atrás, por lo que se puede concluir que el estado de la demandante se desprendió únicamente con ocasión del despido de la CORPORACIÓN CLUB EL NOGAL, lo que da cuenta a la Sala que no puede entenderse que su quebranto conduzca a la procedencia de los perjuicios morales y materiales perseguidos.

Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia se confirmará 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:

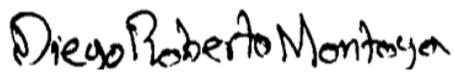
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 30 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

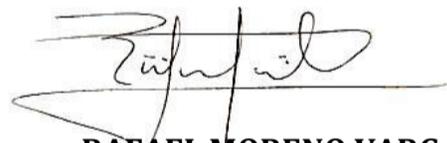
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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

obligaciones del empleador, en especial la falta de pago de salarios y demás acreencias laborales.

Por consiguiente, deprecia se condene a las accionadas al pago de salarios adeudados correspondientes a la segunda quincena de diciembre de 2016, segunda quincena de enero de 2017 y los meses de febrero y marzo de 2017, subsidio de transporte, prima de servicio, cesantías del año 2017, intereses a las cesantías del año 2017 y vacaciones proporcionales del año 2017.

Igualmente, se condene a la sanción por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., despido indirecto, indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales regulado en el artículo 65 *ejusdem*, sanción por la no consignación de las cesantías dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización por el no suministro de dotaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social para los periodos de diciembre de 2016, enero, febrero y marzo de 2017, indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que fue contratado por el señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.) para desempeñarse en el cargo de Operario de Planta a partir del 24 de junio de 2008, reseñando que la sociedad demandada es de responsabilidad limitada cuyos socios son MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA y el referido señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ.

Que la relación laboral se pactó bajo la modalidad de contrato a término indefinido y su finalización acaeció el 7 de marzo de 2017 como consecuencia de una renuncia motivada, en virtud de la falta de pago de salarios, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social y no consignación de las cesantías al correspondiente fondo, entre otros incumplimientos patronales.

Expuso que durante toda la relación laboral prestó sus servicios de manera personal, con un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

5:30 p.m. de lunes a viernes y eventualmente los sábados, con una última remuneración mensual de \$1.359.000 pagaderos de manera quincenal.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN y su socia MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA, contestaron la demanda con oposición a las pretensiones formulados en su contra.

Para tal efecto indicó que la responsabilidad de la socia MYRIAM AMPARO ROMERO equivale al 20% del total del capital suscrito y pagado que es de \$230.550.000, por lo que le corresponde una responsabilidad total de \$46.110.000, así como que la Representante Legal de la compañía había obtenido una licencia para terminar los contratos laborales, e hizo todo lo que estuvo a su alcance para el pago de las acreencias laborales.

Se puntualizó que al demandante únicamente se le adeuda una quincena del mes de enero y febrero de 2017, y del mes de marzo de 2017 tan solo se le adeudan 7 días.

Formularon las excepciones denominadas cobro de lo no debido, límite de la solidaridad, buena fe y prescripción.

El Curador *ad-litem* de los herederos del señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.), a pesar de notificarse de manera personal, no contestó la demanda por lo que mediante proveído del 6 de octubre de 2020 se tuvo por no contestada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de junio de 2021, declaró que entre el demandante y la demandada GRIJALBA CONSTRUCTORES METÁLICOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN existió una relación laboral por el periodo comprendido entre el 24 de julio de 2008 y el 7 de marzo de 2017, en virtud de la cual el actor devengó como salario final la suma de \$1.359.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, condenó a GRIJALBA CONSTRUCTORES METÁLICOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a la señora MYRIAM AMPARO MORENO MOLINA y a los herederos del señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ, hasta el monto de sus acciones, a que cancelen al demandante por concepto de salarios insolutos en la suma de \$2.409.500, prestaciones sociales y vacaciones en la suma de \$2.419.154, auxilio de transporte por valor de \$2.298.879, indexación de las sumas referidas, sanción por despido sin justa causa en cuantía de \$8.208.360.

Asimismo, condenó al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión por los periodos de diciembre de 2016, y desde el 1º de enero al 7 de marzo de 2017, de acuerdo con el cálculo actuarial que realice la entidad a la que se encuentre afiliado el actor, absolviendo al extremo accionado de las demás pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no existe discusión de los extremos temporales ni el salario devengado por el demandante, como quiera que el actor prestó sus servicios para GRIJALBA CONSTRUCTORES METÁLICOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN desde el 24 de julio de 2008 hasta el 7 de marzo de 2017, devengando para el finiquito la suma de \$1.359.000.

Que en razón a que el demandante presentó carta de terminación del contrato de trabajo, en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es al trabajador a quien le corresponde demostrar el hecho del despido, situación que el actor logró probar con la mentada carta de terminación del contrato que le presentara a la empresa el 6 de marzo de 2017 como consecuencia de la falta de pago de ciertas acreencias laborales.

En tal sentido, indicó la *a-quo* que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo se le adeudaban al demandante salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema General de Seguridad Social, de ahí que prospere la sanción por despido con justa causa atribuible al empleador por su incumplimiento, máxime que la deuda la confesó la misma representante legal de la empresa encartada en el interrogatorio de parte practicado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que en lo que tiene que ver con el pago de salarios y las demás acreencias perseguidas en el *petitum*, frente a las mismas se propuso la excepción de prescripción, la cual no prospera dentro del presente asunto toda vez que la finalización del contrato sucedió el 7 de marzo de 2017 y la demanda se presentó el 29 de agosto de la misma anualidad, aspecto que advierte que no operó el término trienal prescriptivo consagrado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., de ahí que hubiese fulminado condena por los montos expuestos en precedencia.

En lo que respecta a las dotaciones, las negó bajo el entendido que las mismas no pueden retribirse en dinero con posterioridad a la finalización del contrato de trabajo como así lo ha asentado nuestro órgano de cierre. En lo que atañe al auxilio de transporte adujo que no existe prueba de que se hubiesen cancelado oportunamente al demandante, por lo que atendiendo la excepción de prescripción los condenó desde el año 2014 y en adelante.

Condenó igualmente al pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones por los periodos de diciembre de 2016 y enero a marzo de 2017, al no haberse demostrado que los mismos se cancelaran.

Frente la sanción moratoria reglada en el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como lo ha expuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no operan de manera automática, sino que en cada caso debe analizarse la buena fe del patrono; circunstancia por la cual, consideró que dentro del presente asunto se configuró buena fe en razón a la situación económica que presentaba la empresa cuando se terminó la relación laboral, situación que incluso era conocida ampliamente por el trabajador, y en tal sentido, manifestó que las sumas objeto de condena deberían cancelarse de manera indexada.

Por último, manifestó que frente a la responsabilidad solidaria perseguida y que se regula en el artículo 36 del C.S.T., es procedente en lo que tiene que ver con la socia de la empresa MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA y los herederos del socio mayoritario fallecido señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ hasta el monto de sus aportes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo encontrar inconformidad con la absolución de las indemnizaciones dispuestas en el artículo 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, pues de la declaración de parte rendida por la representante legal de la empresa demandada, quedó acreditado el conocimiento que además de la liquidación, debían pagarse las cesantías correspondientes, por lo que no es justificable el hecho de aducir la muerte de los socios como una conducta que la exonere de solucionar las obligaciones laborales, de ahí que estas súplicas gozan de prosperidad.

De otra parte, GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN y su socia MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA argumentaron en su alzada que no se tuvo en cuenta la buena fe para que no se condenara a la sanción por despido sin justa causa, ya que como quedó demostrado la empresa no tenía la posibilidad económica de cancelar los salarios y demás acreencias laborales, aspecto que incluso quedó confesado por el mismo demandante y los testigos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta el límite de la responsabilidad de la señora MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA, la cual adjuntó sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en donde ya fue condenada por el límite que establece la Ley, por lo que no se le puede condenar dentro de este juicio.

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 encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología procesal la Sala determinará como primer problema jurídico si es procedente el reconocimiento y pago de la sanción por despido sin justa causa reglada en el artículo 64 del C.S.T.

En segundo lugar, se auscultará si al extremo accionado se le debe condenar al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. así como la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo en los términos reglados en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como tercer problema de resolución, se establecerá si procede la absolución de la responsable solidaria señora MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que entre el demandante señor LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ REYES y GRIJALBA CONSTRUCTORES METÁLICOS LTDA. EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 24 de julio de 2008 y el 7 de marzo de 2017, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Operario de Planta con una última retribución salarial mensual de \$1.359.000, prueba de ello lo es el contrato de trabajo y la certificación laboral expedida el 9 de marzo de 2017 (Fls. 5 y 50).

Tampoco el hecho que la relación laboral finalizó con ocasión de la renuncia presentada por el demandante el 6 de marzo de 2017 cuya referencia se denominó “RENUNCIA MOTIVADA O DESPIDO INDIRECTO”.

Igualmente, no se refutó la condena impuesta por la falladora de instancia correspondiente al pago de salarios de la segunda quincena de diciembre de 2016, segunda quincena de enero de 2017, y los meses de febrero y marzo de 2017, cesantías del año 2016 y la proporción del año 2017, intereses a las cesantías de 2017, prima de servicios de 2017, vacaciones y los aportes al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sistema General de Seguridad Social en Pensión por los periodos de diciembre de 2016 y enero a marzo de 2017.

Asimismo, no se discutió la absolución por concepto de dotaciones y la condena por auxilio de transporte.

d. De la sanción por despido sin justa causa – despido indirecto.

Ahora bien, en lo que concierne a la figura del despido indirecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1082-2020, Radicación No. 64090 del 20 de abril de 2020, puntualizó:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: «El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».

“Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato. Lo anterior quedó condensado en sentencia CSJ SL, 26 jun. 2012, rad. 44155, en la que se dijo:

“El despido indirecto o autodespido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

“Por otra parte, si bien se ha señalado que frente a un despido, basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta; para el caso del despido indirecto, también le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de poner fin al vínculo obedeció, se itera, a justas causas o



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

motivos imputables al empleador; siendo importante acotar que el documento por medio del cual se finaliza la relación laboral invocando estas justas causas, simplemente «es declarativo de circunstancias, condiciones o hechos sucedidos dentro de la vigencia del contrato, más no, demostrativo de dichas circunstancias, condiciones o hechos» (sentencia CSJ SL, del 22 de oct. 1997, rad. 9826)”.

En tal sentido, para la constitución de esta sanción, es menester que el trabajador logre demostrar que la extinción del vínculo fue con ocasión a faltas imputables al empleador y previstas en el literal b) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que modificó el artículo 62 del C.S.T.

Pues bien, como ya se mencionó, el demandante allegó al plenario la carta de terminación del contrato de trabajo de calenda 6 de marzo de 2017 denominada “RENUNCIA MOTIVADA O DESPIDO INDIRECTO” (Fls. 7), la cual se argumentó en lo siguiente:

“LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ REYES, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, por medio de la presente acudo ante ustedes a fin de manifestar mi RENUNCIA IRREVOCABLE al cargo que actualmente desempeño en la empresa a partir del 7 de marzo de 2017, debido al sistemático incumplimiento de las obligaciones de la Compañía en su calidad de empleador conforme lo establece el C.S.T. en su artículo 62, Literal B, Numeral 6.

“Las razones que motivan esta renuncia se concretan en la falta de pago de mis salarios correspondientes al saldo segunda quincena de diciembre de 2016, la segunda quincena de enero de 2017, primera quincena de febrero de 2017, la falta de pago a los aportes a la seguridad social integral del mes de enero y febrero de 2017, la falta de consignación de mis cesantías año 2016 al fondo de cesantías al que me encuentro afiliado, la falta de suministro de las dotaciones (vestido y calzado de labor) y en general el incumplimiento de las obligaciones del empleador.

“La presente renuncia se hace efectiva a partir del recibo de esta comunicación, por lo que solicito indicarme a quien debo hacer entrega formal de mi puesto de trabajo.”

“Finalmente, y no sin antes agradecer la oportunidad de laborar en esta Compañía, solicito me sea cancelada mi liquidación, así como los salarios adeudados y la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T. de manera inmediata so pena de entablar las acciones judiciales correspondientes”.

Ahora bien, en el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la sociedad GRIJALBA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN, señora de MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA, quien manifestó que es tecnóloga y es pensionada del Ministerio de Defensa.

Aseveró conocer al demandante toda vez que tras el deceso del señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ, recibió la empresa en el año 2014, de ahí que tenga conocimiento que el actor trabajó desde el año 2008 hasta el 2017; confesó adeudar los salarios desde el 15 de enero hasta el 7 de marzo de 2017, cesantías de los años 2016 y 2017, intereses a las cesantías de 2017 y vacaciones de los periodos 2016 y 2017.

Que la renuncia del demandante se dio en razón a que la sociedad no desarrolló su objeto social debido a causas externas, por lo que se incurrió en incumplimiento de las obligaciones antes mencionadas.

El demandante por su parte expuso en el interrogatorio de parte rendido que en la actualidad trabaja como independiente. Que desde el año 2008 hasta el 2013 la sociedad GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN le canceló de manera directa el valor correspondiente a las cesantías.

Que se redujeron las actividades que desarrolló en la empresa demandada durante los meses de enero a marzo de 2017, toda vez que a la empresa no le entraba trabajo, y no conoce el por qué la empresa dejó de recibir negocios comerciales.

El testigo CARLOS JULIO PALACIOS CHACÓN indicó que es bachiller. Que trabajó al servicio de GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA. EN LIQUIDACIÓN desde 1985 hasta el 2017 y que tiene una demanda judicial en contra de la empresa.

Aseveró conocer al demandante al ser compañeros de trabajo, así como que el actor laboró al servicio de la empresa desde 1987, luego se retiró e ingresó nuevamente desde el 2008 hasta el mes de marzo de 2017, de ahí que como a todos los trabajadores la empresa le hubiesen quedado insolutos algunos derechos laborales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Expuso que la empresa no les pudo cancelar los salarios por cuanto presuntamente estaba en proceso de liquidación, y él como declarante desempeñó el cargo de Jefe de Personal, precisando que las funciones del demandante eran las de Operario Soldador.

Finalmente la testigo ELIDA GALEANO DE ALFARO (tachada de sospecha), manifestó que laboró al servicio de la demandada aproximadamente diecisiete años hasta el año 2017, desempeñando el cargo de Asistente de Gerencia.

Que en la actualidad tiene instaurado un proceso judicial en contra de la sociedad, precisando que solicitaron el permiso ante el Ministerio del Trabajo para liquidar la empresa, pero la misma nunca se liquidó.

Que el motivo por el que el actor renunció a la empresa fue como consecuencia de la falta de pago de salarios, primas, seguridad social, y eso sucedió en razón a que la empresa ya no estaba recibiendo contratos. Que el demandante trabajaba en la empresa como Operario, por lo que construía puertas, divisiones de baño, instalaciones, entre otras, actividades que desarrolló hasta su último día laboral.

Así las cosas, y en atención a los postulados legales y jurisprudenciales, la Sala puede colegir que dentro del presente asunto se configuraron los cimientos para la procedencia de la sanción por despido sin justa causa a favor del demandante.

Lo anterior, por cuanto es evidente la configuración de la causal endilgada por el actor en la carta de renuncia, esto es, la contenida en el literal b), numeral 6º del artículo 62 del C.S.T. y que se circunscribe a: *“El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del patrono, de sus obligaciones convencionales o legales”*, pues como lo enfatizó incluso la misma Representante Legal en el interrogatorio de parte rendido, quedó plenamente demostrado el adeudamiento de algunos salarios y prestaciones sociales que incluso abarcaron para los años 2016 y 2017, tópico trascendental para que a juicio de esta Sala, haya existido un sistemático incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales; circunstancia por la cual, no puede pretender el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

extremo accionado sea absuelto con base en la buena fe alegada y derivada de la falta de contingencia económica para el pago de las acreencias laborales pretendidas, máxime si es clara la norma en precisar que ante la falta de pago de los derechos laborales respectivos, el trabajador se habilita legalmente para que su terminación se entienda ajustada a derecho.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en este aspecto la decisión de primer grado.

e. De la indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

Como se precisó, no fue objeto de discusión que la empresa demandada al momento de la terminación del contrato de trabajo adeudaba al actor salarios, prestaciones sociales, incluidas las cesantías de los años 2016 y 2017.

Al respecto, tratándose de este tipo de indemnizaciones, debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que estas conductas pudiesen causar al trabajador, incluyendo dentro de ellas, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones causadas a la finalización del contrato consagrada en el art. 65 C.S.T. y la sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

No obstante lo anterior, precisa la Sala que las citada indemnizaciones no operan de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, entre otras.

Pues bien, contrario a lo decidido por la *a-quo* en el entendido que absolvió sobre estas indemnizaciones por considerar que se configuró la buena fe en virtud de la situación económica que presentaba la empresa al momento del finiquito laboral, dicha situación a criterio de la Sala no puede entenderse como un actuar revestido de buena fe para la absolución sobre estas súplicas.

Ello por cuanto, nuestro órgano de cierre ha sido enfático en determinar que la crisis económica del empleador no envuelve una buena fe patronal frente a la no satisfacción de los derechos laborales del trabajador, así lo recalcó en la sentencia DL3159-2019, Radicación No. 62666 del 6 de agosto de 2019:

“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[...] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013.”

Por tal razón, claro es que dentro del plenario además de alegarse una crisis económica como motivo de la falta de pago de los derechos laborales del demandante, no existe prueba adicional que enrostre alguna conducta justificativa en favor del empleador para que se le deje de imponer este tipo de sanciones, pues el hecho que mediante Resolución No. 704 del 30 de marzo de 2016 el MINISTERIO DEL TRABAJO facultó el cierre total de la empresa junto con el despido colectivo de 32 trabajadores (Fl. 39), debe advertirse de una parte que tal situación no era óbice para que se les dejara de cancelar sus acreencias laborales, por lo que al no encontrarse comprobada la buena fe de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la pasiva, no queda más que fulminar condena por estas indemnizaciones y por consiguiente, revocar parcialmente la decisión de primera instancia.

En tal sentido, se le deberá cancelar al demandante por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías del año 2016 de conformidad con lo regulado en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en razón a que el salario mensual devengado era en valor de \$1.359.000, la suma de \$996.000 comprendida entre el 15 de febrero de 2017 y el 7 de marzo de 2017 a razón de 22 días.

Asimismo, se deja de presente que no hay lugar al pago de la sanción por las cesantías del año 2017 como quiera que las mismas debían solucionarse directamente al trabajador.

Frente a la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., se advierte que al haber finalizado el contrato de trabajo el 7 de marzo de 2017 y haberse presentado la demanda el 29 de agosto de 2017 (Fl. 15), claro es que la acción se presentó dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al finiquito contractual, por lo que se le deberá pagar al demandante la suma de \$32.616.000 a razón de un día de salario diario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 2017 y el 7 de marzo de 2019, y a partir del mes veinticinco (25), se deberá imputar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera y hasta cuando se verifique el correspondiente pago.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala revocará igualmente lo atinente a la indexación decretada por la falladora de instancia en lo que atañe a la condena por el pago de salarios y prestaciones sociales, en tanto al proceder la condena por la indemnización moratoria, esta reemplaza la mentada indexación.

d. Del límite de la responsabilidad alegada por MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Argumenta la señora MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA que debe tenerse en cuenta el límite de la responsabilidad por la que se le condenó, como quiera que ya fue condenada por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en un asunto de similares condiciones al que ocupa a la Sala, allegando para lo pertinente copia del acta de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2018 por ese Juzgado (Fl. 104).

Sobre el particular basta con señalar que el hecho de haber sido condenada en otro proceso judicial, no la exonera de la responsabilidad solidaria, y si en gracia de discusión existieran deudas laborales que le recayeran como socia de la empresa encartada, sería dentro de un proceso ejecutivo que se determinara la responsabilidad monetaria en atención del capital con el que cuenta dentro de la empresa con base en las leyes comerciales que rigen la materia, motivo que impele a mantener incólume la condena.

Por todo lo expuesto, la sentencia de primera instancia se revocará de manera parcial. **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 el numeral SÉPTIMO de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a GRIJALBA CONSTRUCTORES METÁLICOS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN y solidariamente a MYRIAM AMPARO MORENO MOLINA y a los HEREDEROS del señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.), por los siguientes conceptos:

- a. Por concepto de sanación por la no consignación de las cesantías del año 2016 regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en la suma de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

\$996.000 y que corresponde al periodo comprendido entre el 15 de febrero de 2017 y el 7 de marzo de 2017.

- b. Por concepto de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T. por la suma de \$32.616.000 a razón de un día de salario diario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 8 de marzo de 2017 y el 7 de marzo de 2019, y a partir del mes veinticinco (25), se deberá imputar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta cuando se verifique el correspondiente pago.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** al extremo accionado en lo que atañe a la indexación de salarios y prestaciones sociales.

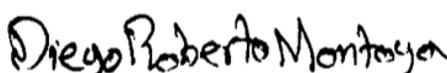
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

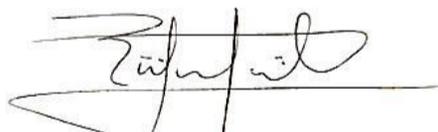
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 2012 00751 03
Demandante: ANA GILMA ESPINEL DE RODRIGUEZ
Demandado: CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE
 CUNDINAMARCA - CAR
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería a AMANDA YUGED ÁVILA MERCHÁN, identificada con C.C. 52.805.601 y T.P. 330.566 del C.S. de la J., para en representación de la parte demandante en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes en contra de la sentencia proferida el 13 de julio del 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora ANA GILMA ESPINAL CAMARGO presentó demanda ordinaria laboral en contra de la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA, para que previo el trámite procesal correspondiente, se condene a la pasiva a reliquidar la pensión que en su momento fuera otorgada por la CAR al señor CARLOS JULIO RODRIGUEZ CORONEL (Q.E.P.D) y que le fue sustituida a la demandante; se declare que para determinar el valor real de las mesadas se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

deben incluir todos y cada uno de los emolumentos devengados, retribuciones y demás sumas causadas, insolutas y canceladas al trabajador en el último año de servicio; se reajusten y paguen las sumas correspondientes a las mesadas adicionales; se ordene pagar el mayor valor que resulte debidamente indexado; se ordene el reconocimiento y pago del seguro por muerte o compensación dineraria que le corresponde por la muerte de su cónyuge; la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que el causante CARLOS JULIO RODRIGUEZ CORONEL (Q.E.P.D.) se vinculó laboralmente con la accionada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, entidad para la que laboró hasta adquirir el estatus de pensionado.

Refirió que al momento de determinar el monto de la mesada, la accionada omitió tener en cuenta total o parcialmente los rubros devengados constitutivos de salario, tales como la prima de antigüedad por quinquenio, la bonificación por salario, la bonificación por servicios prestados, horas extras, trabajo suplementario en festivos y dominicales; de igual manera tampoco se indexó la pensión.

Precisa que el causante se afilió al Sindicato de Trabajadores de la CAR, y en la Convención Colectiva de Trabajo se estableció el seguro por muerte o compensación dineraria, determinada a partir del monto del total del salario mensual.

Aduce que contrajo nupcias con el causante y dependía económicamente de él, por lo cual le fue concedida la pensión de sobrevivientes, sin que se haya accedido a la reliquidación pretendida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La pasiva CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR, se opuso a las pretensiones; como sustentó de su defensa indica que mediante la Resolución No. 3029 del 10 de diciembre de 1996, la pasiva le reconoció la pensión vitalicia de jubilación en un monto mensual de \$559.597, acorde lo dispuesto en las leyes 33 y 62 de 1985, Ley 71 de 1988, Ley 6ª de 1945, el Decreto 1600 de 1945, la Ley 4ª de 1966, el Decreto 3135 de 1968, el Decreto 1848 de 1969 y los artículos 78 y 79 de la Convención Colectiva de Trabajo. Propuso como medio exceptivo previo el de falta de competencia. Se abstuvo de proponer excepciones de mérito.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de julio del 2021 condenó a la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA – CAR a reconocer y pagar la compensación por muerte prevista en el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo 1995-1996, suma que deberá ser cancelada previo el procedimiento previsto en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1969, hoy artículo 2.2.32.5 del Decreto 1083 de 2015. Absolvió de las restante pretensiones a la demandada.

Como sustento de su decisión señalo que la litis se circunscribe a determinar si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación del causante CARLOS JULIO RODRÍGUEZ CORONEL, así como el reconocimiento y pago del auxilio funerario y el seguro de vida por compensación en dinero por muerte.

Sobre el particular señaló como primera medida que mediante Resolución No. 2973 de 1996, la CAR decidió reconocerle al causante las acreencias laborales insolutas atinentes a vacaciones, prima adicional de navidad, quinquenio proporcional, cesantías causadas, entre otras; de igual manera le reconoció una pensión de jubilación a partir del 1º de noviembre de 1996, en cuantía equivalente a \$559.597, por haber laborado en dicha entidad desde el 29 de octubre de 1973 hasta el 31 de octubre de 1996, conforme se desprende de la Resolución No. 3029 de 1996. De otra parte, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció una pensión de vejez a partir del 26 de junio de 2001 mediante Resolución No. 2773 de 2001, en cuantía de \$252.151.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En virtud de lo anterior, por medio de la Resolución No. 0566 de 2002, la CAR ajustó la mesada pensional por concepto en las diferencias entre el valor de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 3029 del diciembre de 1996 y la reconocida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, siendo para la CAR el monto de la mesada pensional de \$258.202 en 2001. Finalmente, tras el fallecimiento del causante y a través de la Resolución GNR049928 del 1º de abril de 2013 reconoce y ordena el pago de la pensión de sobrevivientes a la demandante en este proceso a partir del 28 de enero de 2012 en cuantía de \$1'537.066.

Respecto de la reliquidación, indica la juez que contrario a lo alegado por la parte demandante, la CAR para liquidar la pensión de jubilación tuvo en cuenta lo devengado en el último año de servicio por concepto de sueldo de jornada, auxilio de transporte, auxilio alimentación, prima de navidad, prima de servicios, prima por servicios prestados, prima de vacaciones, horas extras y quinquenio, tal como se corrobora en las documentales aportadas al plenario, a lo cual le aplicó la tasa de reemplazo del 80%, de conformidad con el artículo 79 de la Convención Colectiva de Trabajo de los años 1995 y 1996, vigente en el momento del reconocimiento.

Frente de los demás factores salariales reclamados cómo son la prima de antigüedad, el trabajo suplementario de festivos y dominicales, días compensados en dinero por descanso remunerado por trabajar de manera permanente en festivos y dominicales y la prima alegada, no obra prueba en el expediente que estos hubieran sido devengados por el causante.

Ahora bien, en cuanto a los viáticos debe indicarse que si bien estos fueron devengados por el pensionado en el mes de octubre de 1996 por la suma de \$100.566 no obra prueba que acredite la permanencia o habitualidad de esta retribución ni su incidencia salarial. De igual manera, estimo no ser factible que los cálculos se realicen con base en una pluralidad de años, pues se establece claramente que la pensión equivale al 80% del promedio del sueldo devengado en el último año que se cause el derecho, sin que pueda así tenerse en cuenta emolumentos percibidos con anterioridad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente al auxilio funerario causado con el fallecimiento del causante, así como la compensación por muerte, señaló que se encuentran consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, sin que se evidencie que la normativa extralegal hubiere sido denunciada o que haya perdido su vigencia, sin que tales pretensiones se vean afectadas por la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, ello en tanto tales prestaciones no son reglas de carácter pensional, lo cual se acompasa con el criterio expuesto en la sentencia SL 2887 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se refirió con ocasión de un recurso de anulación, que esta clase de cláusulas no guardan relación con las materias del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ya que no imponen una carga sobre las pensiones sino una ayuda económica.

Aclarado lo anterior, refirió que el auxilio funerario se contempla en la Convención Colectiva de Trabajo de los años 1995 y 1996, en cuyo artículo 57 señala que se reconocerá “*a todos los trabajadores*”, condición que no cumple el causante, en tanto su deceso acaece cuando ostenta la calidad de pensionado.

Por otra parte, frente a la compensación por muerte, refiere que de conformidad con el artículo 59 extralegal, se reconoce a quien ostente la condición de beneficiario, y su pago se somete a las normas legales vigentes, que corresponderían a las vigente al momento del fallecimiento, y teniendo en cuenta que el seguro de muerte se encuentra previsto en el artículo 53 del Decreto 1848 de 1969, por ser aplicable al sector oficial, sin que se predique una derogatoria orgánica, resulta procedente su reconocimiento, correspondiendo su monto a 47 meses de la última mesada pensional, misma que para la fecha de su fallecimiento era compartida entre el ISS y la CAR de la siguiente manera: a cargo de Colpensiones en el año 2012 \$1'537.066, mesada a cargo de la CAR en 2012 \$454.678 como consta en las pruebas documentales y en el informe juramentado. Así las cosas se tiene que la suma de los dos valores arroja un total de \$1'991.704, lo cual arroja un monto de \$93'610.088. Para realizar el respectivo reconocimiento se determina a la entidad demandada para efectúe de conformidad con el procedimiento descrito en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1979 hoy artículo 2.2.32.50 del Decreto 1083 de 2015 y de esa manera puede realizar el pago que sea condenado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En cuanto a la sanción por mora e intereses corrientes y de mora no se indicó la base legal de dichas pretensiones, por lo que se remite a la sanción consagrada en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, lo cual se genera por la mora en los aportes por parte del empleador al fondo de pensiones, por lo que resulta improcedente su solicitud encabeza el demandante de una prestación de carácter convencional. Tampoco resultan procedentes los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto se erigen contra del fondo de pensiones y por el no pago oportuno de mesadas pensionales.

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 la reliquidación de la pensión esta llamada a prosperar, toda vez que se allegó el expediente administrativo así como los distintos actos de reconocimiento de pago y los respectivos comprobantes de nómina; aunado a ello que los viáticos están llamados a ser tenidos en cuenta como parte del ingreso base de liquidación, toda vez que fueron devengados en el último año de la relación laboral y no fueron excluidos en la normativa convencional, ni se exige que sean permanentes. De igual manera, se debe tener en cuenta que el IBL con que se reconoció la pensión no coincide con los certificados de ingresos y retenciones del último año, el cual es superior, lo que también se predica de los reportes a cesantías.

Refiere igualmente que el pago ordenado en primera instancia no debe regirse por un trámite adicional, lo cual atenta contra el principio de celeridad y economía procesal, máxime que no es de recibo que se deba realizar emplazamientos y citar a terceros indeterminados que ya fueron convocados al proceso.

Finalmente, que también deben proceder las pretensiones consecuenciales, tales como los perjuicios deprecados.

De otra parte, la demandada presenta recurso de apelación en el que en suma indica que está demostrando que el causante falleció el 28 de enero de 2012, es



decir, la condición para que fuera merecedor del beneficio convencional solo se consolidó en fecha posterior a la entrada en vigencia del Acto legislativo 01 de 2005, por lo que de conformidad con el parágrafo 3° del artículo 1º, las reglas pensionales contenidas en las convenciones colectivas mantienen su vigencia durante el término inicialmente pactado, y en todo caso hasta el 31 de julio del 2010; es decir, que para la fecha del deceso del causante la disposición que se invoca como fuente de reconocimiento había perdido vigencia.

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, si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión convencional del causante, el auxilio funerario, la compensación por muerte, la indexación de las sumas adeudadas y los intereses moratorios.

c. De la calidad de pensionado:

No es objeto de debate que al señor CARLOS JULIO RODRÍGUEZ CORONEL (Q.E.P.D.) le fue concedida la pensión de jubilación a partir del 1º de noviembre de 1996 en cuantía equivalente a \$559.597, mediante la Resolución No 3029 de 1996 (Fls 212-214). Así mismo, que a partir del 26 de junio del 2001 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le concedió al causante la pensión de vejez mediante la Resolución No. 2773 del 2001, en cuantía de \$252.151.

En igual sentido, está acreditado que mediante la Resolución No. 0566 de 2002 la CAR ajustó la mesada pensional del causante por concepto de las diferencias entre el valor de la pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No.



3029 del diciembre de 1996 y la reconocida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES siendo para la CAR el monto de la mesada pensional de \$258.202 en 2001.

De otra parte está plenamente probado que el causante falleció el 28 de enero de 2012 y a razón de ello, le fue concedida a la demandante la sustitución pensional de parte de la CAR mediante la Resolución No. 1236 del 11 de mayo del 2012 (Fls 226-227)

d. De la reliquidación pensional:

El primer punto que procederá a dilucidar esta Corporación comporta en si la demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión del señor CARLOS JULIO RODRÍGUEZ CORONEL, la cual alega no se liquidó de forma correcta. Lo anterior, en tanto estima que no se tuvo en cuenta todos y cada uno de los emolumentos devengados, retribuciones y demás sumas causadas, insolutas o canceladas al entonces trabajador en el último año de la relación laboral.

En torno a este punto, se puede constatar en la Resolución No. 3029 del 10 de diciembre de 1995, que el derecho pensional del causante se liquidó teniendo en cuenta lo reglado en la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988, la Ley 6° de 1945, el Decreto 1600 de 1945, la Ley 4ª de 1966, y los artículos 78 y 79 de la Convención Colectiva de Trabajo.

En tal sentir, vale la pena tener en cuenta que el artículo 79 del instrumento convencional (Fl 46), indica en lo que respecta al monto de la pensión que este corresponderá al *“ ochenta por ciento (80%) del promedio del sueldo o salario devengando durante el último año anterior, al momento de causarse este derecho”*

En claro lo anterior, es patente que para la liquidación de la pensión, no era dable tener en cuenta sino aquellos rubros que tuvieran carácter salarial. Ahora al revisar, el acto administrativo mediante el cual la CAR le concedió el derecho se constata que para la liquidación de la pensión se tuvo en cuenta los conceptos salariales devengados por el causante en el último año de servicios, incluyendo:



suelo, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, horas extras y el quinquenio (Fl 212).

Ahora bien, vale la pena indicar que en efecto los montos de estos rubros no se acompañan a los tenidos en cuenta para efectos de la liquidación de las cesantías, sin embargo no deben ser *per se* los mismos factores de liquidación. Lo anterior por cuanto la pensión se liquida con fundamento en lo devengado en el último año al que fuere concedida la pensión, esto es del 1º de noviembre de 1995 al 1º de noviembre de 1996. Por su parte, las cesantías que aparecen liquidadas en la Resolución No. 2973 de 1996, por ser las del año 1996 (Fl 210) se concedieron teniendo en cuenta lo devengado tan solo en dicha anualidad.

Luego, no es dable pretender que la base salarial para ambas prestaciones debe ser idéntica. En igual sentido, la liquidación de las vacaciones a las que alude el apelante (Fl 429), corresponden a un periodo distinto, esto es del 29 de octubre de 1995 al 28 de octubre de 1996.

De otra parte, en lo que respecta al tema de los viáticos le asiste la razón al fallador de primer grado al indicar que estos solo se pueden tener como salariales siempre y cuando exista una habitualidad en su pago, acorde lo dispuesto para el caso de los trabajadores oficiales. En tal sentir, dado que en el plenario no se acreditó la habitualidad no es dable acceder a esta pretensión.

Bajo tales presupuestos, le asiste la razón al fallador de primer grado al indicar que no existe medio probatorio alguno que nos permita inferir que para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación del causante se debieron tener en cuenta montos distintos a los que fueron tenidos en cuenta por la pasiva, ni por valores superiores, pues ni siquiera en el expediente administrativo aportado, existe evidencia de que el causante haya devengado un valor superior.

Por lo expuesto deviene lógico inferir que en efecto la promotora no tiene derecho a la reliquidación alegada.

e. De los derechos convencionales:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reclama la accionante un Auxilio Funerario y la compensación por muerte. Prestaciones que estima la pasiva, no se pueden conceder en la medida en que perdieron su vigencia con el Acto Legislativo 01 del 2005.

Sobre este particular argumento, debe recordar la Sala que el Acto Legislativo 01 del 2005, en efecto estableció una serie de condiciones en aras de lograr que el régimen pensional fuera uniforme y de esta forma asegurar la estabilidad financiera del sistema. Con tal propósito, limitó claramente la posibilidad que en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales se pudieran establecer condiciones pensionales distintas a las que consagra el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Bajo este mismo racero, en el parágrafo 3° del mentado Acto Legislativo, se dispuso que cualquier regla prevista en pactos, convenciones o laudos que estableciera condiciones distintas, perdería vigencia el 31 de julio del 2010. De forma textual alude la norma:

“Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.

Sobre el alcance de esta disposición normativa, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia SL-5116 del 2020, indicó:

*“Bajo ese contexto, tal como se determinó en sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, **no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional** más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cubra un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.” (negrilla fuera de texto)*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo indicado en precedencia, deviene lógico colegir que la restricción prevista en el Acto Legislativo 01 del 2005 en materia de negociación, la única restricción existente es frente al tema de carácter pensional.

Bajo tales presupuestos, deviene lógico colegir que el auxilio funerario y la prestación económica por muerte, hoy reclamadas se escapan al concepto de “*carácter pensional*” al que alude la norma, por cuanto dado su naturaleza se escapan del Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Como de forma acertada lo determinó la falladora de primer grado.

En claro lo eludido, es del resorte de la Sala entrar a analizar las normas convencionales que regulan las prestaciones reclamadas.

Así pues en lo que atañe al Auxilio Funerario el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo establece:

*“La Corporación reconocerá a sus trabajadores un auxilio funerario, previa comprobación de los gastos, hasta la suma de ciento treinta mil setecientos pesos (\$130.700) moneda corriente. Este auxilio se causará cuando fallezca cualquiera de los familiares del trabajador, que dependan económicamente de él, en los términos del artículo 8° de esta Convención.”
(Subrayado fuera de texto) (...)*

“Parágrafo 1°- En caso de muerte del trabajador, la Corporación sufragará los gastos funerarios hasta por la suma de ciento cincuenta y ocho mil pesos (\$158.000) moneda corriente, durante el primer año y para el segundo año de vigencia de la presente Convención hasta por la suma de doscientos seis mil ciento ochenta pesos (\$206.180) moneda corriente”.

De la literalidad de la norma convencional, se desprende con claridad que el sujeto al cual se encuentra dirigido la prestación son los familiares del trabajador que fallece o el trabajador a quien se le muere un familiar.

Así las cosas, como quiera que para la data del deceso del señor CARLOS JULIO RODRÍGUEZ CORONEL, no ostentaba la calidad de trabajador y tampoco se trata del fallecimiento de un familiar de un trabajador, sino del deceso de un pensionado de la entidad, resulta lógico concluir que en el presente caso la demandante no es beneficiaria de la prestación alega, pues no se cumplen los presupuestos fácticos requeridos para acceder a la prestación anhelada. Como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en efecto, lo determinó el fallador de primer grado.

En otro giro, frente a la compensación por muerte, se tiene que la misma fue contemplada por el artículo 59 de la Convención, en los siguientes términos:

“En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante. Si la muerte ocurriere por accidente, la compensación será de setenta y ocho (78) meses, liquidados con base en el último salario básico o mesada pensional correspondiente al causante. Además los beneficiarios del trabajador tendrán derecho al pago de las prestaciones sociales que le hubiere correspondido a este, según las normas legales”.

Sobre esta prestación, no existe duda alguna en torno a que como bien lo determinó el fallador de primer grado y no fue debatido en la alzada, dicha prestación se causó con la muerte del pensionado CARLOS JULIO RODRÍGUEZ CORONEL en cuantía de \$93'610.088, correspondientes a 47 mesadas pensionales, en tanto cada una es por cuantía de \$1'991.704. Monto que dispuso el *a-quo* debía ser cancelado debidamente indexado. Puntos que se itera no se debaten en alzada, pues la misma se encauzó a la pérdida de vigencia del beneficio convencional en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005.

Así pues, el debate de la accionante frente a este punto del litigio gira en torno a si erró la falladora de primera instancia al establecer que la prestación debía ser concedida por la entidad una vez efectúe el procedimiento descrito en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1969 hoy artículo 2.2.32.50 del Decreto 1083 de 2015. Ello por cuanto estima el apelante que tal procedimiento no se debe agotar en autos, en la medida en que se dispuso la vinculación de los herederos indeterminados del causante, quienes estuvieron representado por el respectivo curador *ad litem* (Fl 693).

Para dichos efectos, lo primero que debe resaltar la sala es como la norma convencional alude que la compensación por muerte debe ser concedida a favor de los “*beneficiarios*” del pensionado. A su turno el artículo 56 del Decreto 1848 de 1979 hoy artículo 2.2.32.50 del Decreto 1083 de 2015, reza:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Solicitado el pago del seguro por la persona o personas titulares del derecho y demostrada su calidad de beneficiarios, conforme a la ley, la entidad establecimiento o empresa oficial obligado, publicara un aviso en el que conste: El nombre del empleado oficial fallecido, el empleo que desempeñaba últimamente, la indicación de la persona o personas que reclaman el pago del seguro y la calidad invocada para tal efecto, con el fin de que todos los posibles beneficiarios se presenten a reclamar. (...)”

En el *sub-examine* es patente que mediante auto del 12 de julio del 2016, se dispuso la vinculación como litis consortes facultativos a CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ ESPINEL, JACKELIN RODRIGUEZ ESPINEL Y EVER ROBERTH RODRIGUEZ ESPINEL, en calidad de hijos del causante, quienes desde un inicio manifestaron que coadyuvaban la solicitud de la demandante, e igualmente se dispuso la vinculación de los herederos indeterminados, quienes fueron representados por curador *ad litem*.

Así pues, salta de bulto que al presente proceso se convocaron a todos los posibles beneficiarios del derecho hoy reclamado, por manera tal que en efecto resultaría inocuo surtir el trámite consagrado en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1968, en tanto es clara que la intención del legislador a través de esta disposición no es otra que garantizar la publicidad frente a todos los posibles beneficiarios del derecho para que si a bien lo tienen, concurren a reclamar el mismo. Fin que ya se agotó en el curso del presente proceso, de ahí que no resulte necesario surtir el mismo y por lo tanto, habrá de revocarse esta parte del fallo.

Finalmente, en lo que respecta a los intereses moratorios reclamados, para la Sala la decisión de la falladora de primer grado se encuentra ajustada a derecho. En tanto, es patente que los mismos no pueden ser concedidos, en la medida en que no existe ninguna norma que establezca el derecho al pago de los mismos, por la mora en el pago del derecho convencional aquí concedido.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 ordinal primero de la sentencia proferida el 13 de julio del 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en lo que respecta al condicionamiento del pago de la prestación, previo el procedimiento previsto en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1969.

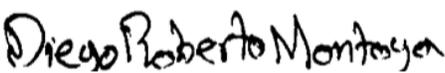
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

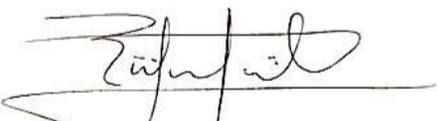
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 00081 01
Demandante: EDILFONSO ROLON PABA
Demandado: DRUMMOND LTDA.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 29 de abril del 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor EDILFONSO ROLÓN PABA presentó demanda ordinaria laboral en contra de DRUMMOND LTDA. con el objeto que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de enero de 2006; que el último salario devengado desde el 1º de abril del 2018 a la fecha, asciende a la suma de \$8.218.249; la cláusula del contrato en la que se indica que es un trabajador de dirección, confianza y manejo es ineficaz; asimismo, que el porcentaje del 15% de salario pactado en el contrato suscrito el 1º de enero del 2006 para cubrir los recargos nocturnos, dominicales y festivos es ineficaz; que la pasiva no ha reconocido horas extras, dominicales y festivos durante la vigencia de la relación laboral; además, que el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva suscrita entre DRUMMOND LDTA. y SINTRADRUMMOND.



En Consecuencia solicita se condene a la pasiva a reliquidar y pagar al actor todos los salarios devengados durante la relación laboral incluyendo las horas extras, los recargos nocturnos, dominicales y festivos; así como las cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios legales y extralegales, vacaciones, prima extralegal de vacaciones, la reliquidación de los aportes a seguridad social; así como el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indexación de las sumas adeudadas y lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se vinculó a la sociedad DRUMMOND LTDA. mediante un contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 1º de enero del 2006, para desempeñar el cargo de Ayudante de Maquinista, y posteriormente fue promovido al cargo de Maquinista de Locomotora.

Precisa que inicialmente se pactó un salario de \$3.909.065; el cual, se incrementó de forma sucesiva hasta la suma de \$8.218.249, valor que actualmente devenga. Precisa que en el contrato se pactó que el 15% del salario corresponde a los recargos por diurnos, nocturnos, dominicales y festivos.

Indica que su cargo no posee una gran responsabilidad, no tiene poder de mando ni disciplinario, no implicaba el desarrollo de una actividad intelectual y por el contrario, recibía órdenes durante toda la jornada de trabajo. Además, durante la ejecución de sus labores debía cumplir las reglas de FENOCO.

Refiere que su jornada laboral se desarrolla en turnos de 12 horas de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. durante 7 días a la semana, posteriormente descansa 4 días seguidos y retoma el turno de 7 días. Sin embargo, precisa que llegó a laborar por turnos seguidos de más de 12 horas y hasta de 24 horas. De suerte que semanalmente trabaja un promedio de 84 horas.

El 23 de mayo del 2018 radicó solicitud de pago de las acreencias laborales ante DRUMMOND LTDA., pero a la fecha no ha recibido respuesta alguna. El



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

22 de agosto de 2018, solicitó mediante derecho de petición el certificado de salarios, jornada laboral, registro de ingresos y egresos, copia del reglamento interno de trabajo y de las funciones, respecto del cual recibe respuesta el 10 de septiembre del 2018, en la que se indica que los trabajadores no ingresan físicamente a las instalaciones del puerto. Afirmación que es contraria la realidad, en tanto los trabajadores registran con su tarjeta la hora de entrada y salida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad DRUMMOND LTDA. en su escrito de contestación aceptó la existencia de la relación laboral y los salarios devengados por el demandante. Sin embargo, se opuso a las pretensiones por cuanto aduce que el actor ostenta un cargo de dirección, confianza y manejo en calidad de Maquinista de Locomotora, por tanto, no solo tiene personal a su cargo, sino total autonomía y dirección sobre la máquina que conduce en el ejercicio de sus funciones. La actividad que realiza tiene un nivel de responsabilidad alto, en tanto de ella depende el resultado de la actividad empresarial, pues no solo debe responder por el tren a su cargo sino por el producto que transporta y los tiempos en que lo hace.

Aunado a ello, refiere que las pretensiones relacionadas con las cláusulas contractuales se encuentran prescritas en razón a que ya han transcurrido más de tres (3) años desde la data de su firma.

Agrega que por ser un cargo de dirección confianza y manejo se encuentra excluido de la regulación sobre la jornada máxima legal, conforme lo establece el literal a) del artículo 162 del C.S.T. Además que los empleados del área de ferrocarriles cumplen su jornada laboral conforme lo descrito en el artículo 165 del C.S.T.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo proferido el 29 de abril del 2021, declaró que entre las partes existió una relación laboral desde el 1º de enero del 2006 hasta el 21 de noviembre del 2020; declaró la ineficacia de la cláusula primera del contrato de trabajo por no acreditarse dentro del plenario que las funciones de maquinistas desempeñadas por el demandante quedan enmarcadas dentro de las funciones de dirección, confianza y manejo; absolvió a la empresa demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación sobre el pago de horas extra y no probadas las restantes.

Para arribar a dicha conclusión aduce que para que se establezca la calidad de dirección confianza y manejo no basta con su estipulación en el contrato, sino que se requiere que las funciones que desarrolle el trabajador tengan tal entidad, pues de no ser así las cláusulas se tornan ineficaces.

Refiere que fue contratado como Maquinista, cargo que conforme su naturaleza sin lugar a dudas no es dirección confianza y manejo. Pues la labor de Maquinista se resume en la operación del ferrocarril, labor que se desarrolla a través de turnos que son vigilados por la concesionaria FENOCO. En tanto que no se advierte que dichas actividades sean de carácter gerencial o directivo, o que correspondan a actividades que requieran un trato diferenciado y especial.

Luego, si bien el cargo requiere de un estudio y preparación, que requiere de un curso y más de 5 años de experiencia como Auxiliar de Maquinista, lo cierto es que tal situación no implica que el cargo sea de dirección, confianza y manejo. Ello, tan solo demuestra que se requieren determinadas calidades para desarrollar dicho cargo. Por tanto, declaró la ineficacia de la cláusula primera del contrato de trabajo por no acreditar en el plenario que las funciones del actor como maquinista, sean de dirección, confianza y manejo.

En lo tocante a las horas extra y trabajos por turno, se deduce de los testimonios que el demandante trabaja por turnos de 21 días, dentro de los cuales labora 7 días y descansa 3 días de trabajo o 4, práctica que es usual en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el sector minero y energético, ajustándose a lo dispuesto en el artículo 165 del C.S.T.

De cara a ello, el trabajador solo tendría derecho al pago de las horas extra que excedan las 48 que establece la norma en cita y en ese caso le corresponde al trabajador probar que las mismas se laboraron, en tanto no es dable presumir que se prestaron.

En ese sentido al entrar a verificar el material probatorio arrimado al proceso, establece que dentro del plenario no existe prueba alguna de los días efectivamente laborados por el promotor, por lo que estima que la parte actora no cumplió con la carga probatoria que se le impone.

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 obra dentro del expediente prueba suficiente que demuestra que el demandante si realizó un trabajo suplementario de horas extra, dominicales y festivos. En tanto, la empresa aportó las planillas de maquinistas que se le entregan a los trabajadores una vez ingresan a la empresa antes de tomar el tren y con base en tales planillas salen de Puerto Drummond a la mina y viceversa, documental de la cual se puede inferir incluso la hora de salida y llegada del tren.

Igualmente se puede inferir el trabajo en dominicales y festivos, así como el trabajo en recargos nocturnos. Razón por la cual hay lugar a fulminar la condena frente a la reliquidación pretendida.

Es así como se aportó una liquidación que se realizó con fundamento en esas mismas planillas, acorde a las cuales se determinó que se le debe al demandante \$184.410.537, igualmente es fácil deducir que la demandada no estaba haciendo los ajustes para descontar el 15% que se pactó por el pago del trabajo suplementario.

Igualmente, que actúa de mala fe la empresa el no certificar el horario, y enviar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

solo unas planillas para inferirlo, de igual manera al alegar que se trata de un trabajo de confianza y manejo, cuando la empresa debió cancelar el trabajo por dominicales, festivos y trabajo nocturno.

En ese orden de ideas, se debe ordenar el pago del trabajo suplementario, así como la sanción moratoria. De la misma manera que al tener vocación de prosperidad las pretensiones, se debe condenar en costas a la accionada.

A su turno, la sociedad DRUMMOND LTDA. presenta recurso de apelación en lo tocante a la declaración de ineficacia de la cláusula que contempla que el cargo que ocupó el demandante es de dirección, manejo y confianza. Lo anterior, por cuanto en el debate probatorio quedó absolutamente probado que el cargo que desempeña el demandante tiene un amplió grado de instrucción, siendo el empleado discrecional en el manejo de la locomotora, y por ende, es la máxima autoridad en la misma.

Los testigos fueron claros al indicar que la superioridad de ellos disminuye una vez ingresan al vehículo, debido al poder de mando y de dirección que tiene el maquinista al interior de la locomotora, también quedó absolutamente claro que tiene personal a su cargo. En efecto, entrenan a las personas del SENA y esta actividad es muy similar a un capitán de un barco. Luego, en términos de la legislación laboral si ocupa la calidad de empleado de dirección confianza y manejo, como lo indica el artículo 32 del C.S.T.

El hecho que deba cumplir el reglamento de FENOCO de manera alguna aminora o limita la capacidad que tiene el maquinista. Se observa que el objeto de la compañía es la explotación, exploración y transporte del carbón, transporte que es responsabilidad de los maquinistas de la locomotora, de forma que no se puede relevar la importancia de las funciones.

En lo que tiene que ver con el proceso disciplinario, se hizo bastante énfasis que el poder disciplinario lo ejerce la Oficina de Talento Humano, y pretender que el Maquinista de una locomotora llame a descargos y adelante los descargos o sanciones a efectos de ser considerado de confianza y manejo, es una actividad que no es predicable aún del presidente de la compañía. De otra parte, la representación del maquinista frente a FENOCO y los demás usuarios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

compromete la responsabilidad de la empresa.

Precisa que sobre el particular existen precedentes jurisprudenciales en los que se establece que el cargo de Maquinista es de dirección confianza y manejo al interior de la sociedad DRUMMOND LTDA.

Adicionalmente, no se puede pasar por alto respecto a la interpretación que hace el juzgado frente a la aplicación del artículo 165 del C.S.T, al considerar que si se supera las 48 horas semanales, pues lo que ha dicho la jurisprudencia es que cuando se excede de 144 horas laboradas en 3 semanas, el tiempo adicional genera recargo suplementario. Así lo ha indicado en la sentencia SL 29569 del 2007, la sentencia No 30098 del 2007, la sentencia SL 30204 del del 2007, SL 32634 del 29 de septiembre del 2009 y la SL 59914 del 2018.

Respecto a que el representante de la demandada confesó que no se hicieron esas liquidaciones, aclara que se manifestó que están solucionados los recargos adicionales al salario básico por cualquier labor que supere las 12 horas de turnos, ello con el pacto acorde al cual el 15% del salario se destina a solucionar el trabajo suplementario.

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 cargo desempeñado por el demandante era de dirección, confianza y manejo; además, si le asiste derecho al pago de trabajo suplementario.

c. Del vínculo laboral:



No es objeto de debate que entre las partes existió una relación laboral que se extendió del 1º de enero del 2006 al 21 de noviembre del 2020. Pues así lo encontró probado el fallador de primer grado y no fue objeto de debate en esta instancia.

Para analizar el concepto de trabajadores de dirección, confianza y manejo, resulta imperioso recordar que el artículo 32 del C.S.T., precisa quienes tiene la calidad de representantes del patrono, así:

“Son representantes del patrono, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores, además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

- a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejercen actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del patrono, y*
- b) Los intermediarios.” (Subrayado fuera de texto)*

Posteriormente, en torno a los trabajadores que se encuentran excluidos de la jornada máxima legal prevista en el artículo 161 del C.S.T. El artículo 162 del C.S.T, establece:

“Quedan excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo los siguientes trabajadores:

- a) Los que desempeñan cargos de dirección, de confianza o manejo. (...)”*

Ahora, es sabido que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe imperar en las relaciones laborales, el cual impone al fallador analizar la situación fáctica en que se desarrolla el contrato de trabajo y no estarse a lo que formalmente se encuentre contenido en el contrato o en cualquier otro instrumento. Siendo esta, una de las formas de garantizar los derechos a los trabajadores, quienes histórica, doctrinal y jurisprudencialmente son reconocidos como la parte débil de la relación laboral, por manera que en aras de brindar una efectiva igualdad, el legislador dispuso a su favor una serie de derechos y garantías que fueron consagrados en la ley y que por su naturaleza, son de orden público, lo que implica que no pueden ser desconocidas bajo ninguna perspectiva, de suerte que la voluntad de las partes pasa a un segundo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

renglón y se tornan ineficaces, cuando contravienen cualquier norma de carácter laboral, tal como lo dispone el artículo 43 del C.S.T.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, a mantenido la tesis consistente en que la calidad de trabajador de dirección, confianza y manejo, no se adquiere por el simple hecho de haberse pactado así por las partes, sino que responde a la naturaleza de las funciones asignadas al cargo que desempeñe el trabajador.

Ahora, bajo ese racero ha puntualizado nuestro máximo órgano de cierre, algunas características particulares que nos permiten identificar si un trabajador es de dirección, confianza y manejo, así en sentencia con Radicación No. 34417 del 24 de septiembre del 2008, explicó:

“El artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo señala los trabajadores que quedan excluidos de la regulación sobre la jornada máxima legal de trabajo y entre ellos indica a los que desempeñan cargos de dirección, confianza o manejo. Sienta una regla general en cuanto ciertamente por ser ese grupo de trabajadores de una naturaleza especial, cuyos intereses tienden a confundirse con los del propio empleador, además de tener especial capacidad de mano y dirección sobre los demás asalariados de la empresa (...)”

Sobre este mismo concepto, en sentencia con Radicación No. 24428 del 19 de julio del 2006, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, explicó que el mismo comprende aquellas labores que requieran que el empleador deposite una especial confianza en su trabajador, en la medida que su función pueda comprometer los intereses de la empresa. Fue así como explicó:

“Para la Corte de las reseñadas funciones no es dable concluir que el cargo desempeñado por la trabajadora demandante reuniera con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa. En este caso, si bien el oficio desempeñado por la demandante tenía relación directa con el manejo de dinero, ello no es suficiente para catalogarla como trabajadora de dirección confianza y manejo, pues el grado de confianza que en ella depositó su empleadora no es el característico de ese tipo de empleados porque no fue de tal entidad que le permitiera, por ejemplo, darle a conocer la clave o combinación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la caja fuerte en la que se guardaba, por breves lapsos, el dinero recolectado”.

Se sigue de lo expuesto, que las características propias de un empleado de dirección, confianza y manejo son: tener la calidad de representante del empleador, ejercer actividades que puedan comprometer los intereses de la empresa, tiene capacidad de mando y ejercen dirección sobre los demás trabajadores de la empresa.

Al margen de lo expuesto, vale la pena precisar que si bien los trabajadores de dirección confianza y manejo se encuentran exceptuados, de la jornada máxima legal, por lo que no les asiste el derecho al reconocimiento y pago de las horas extra. Ello no obsta para que se cause su derecho al pago por recargos por el trabajo en dominicales, festivos o nocturnos. Como de forma clara lo expresa la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL-6738 del 2016 en la cual se indicó:

“Según el artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, los empleados que desempeñen cargos de dirección, confianza, o manejo, están excluidos de la jornada máxima legal, que por tratarse de una excepción a la regla general contenida en el primer inciso del artículo 161 del mismo ordenamiento, cuyo plausible propósito es proteger al trabajador en su salud, en la medida que le garantiza un tiempo de prudente descanso, que además, repercute en el mejor desempeño de sus labores, que se hace más evidente con lo preceptuado en los artículos 21, 22 y 23 de la Ley 50 de 1990, y 165 a 167 del estatuto sustantivo laboral, la interpretación que se impone al mencionado artículo 162, tiene que ser restrictiva, en la medida en que lo allí consagrado es una excepción, de suerte que, dentro de la expresión «jornada máxima legal de trabajo», no puede entenderse incluido lo relativo al trabajo en días dominicales y festivos, que si son trabajados generan la obligación de pagar el tiempo durante el cual se haya prestado el servicio, así se trate de un empleado de dirección, confianza, o manejo”.

Hechas las anteriores precisiones, corresponde a esta Sala descender al caso hoy puesto en su consideración. Para ello, es imperioso proceder a analizar el acervo probatorio, en aras de establecer si se logró acreditar que las funciones desarrolladas por el trabajador son propias de un empleado de dirección, confianza y manejo.

Se encuentra así en el material probatorio recaudado una misiva del 26 de septiembre del 2018, en la cual la entidad demandada reconoce que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandante desempeñó la labor de Maquinista de Locomotora (Fl 120), así como el reglamento de operaciones ferroviarias (282-325), los formatos únicos de entrenamiento regular y especial recibidos por el demandante, una comunicación del 1º de diciembre del 2011 en el cual lo ascienden al cargo de Maquinista de Locomotora, y los documentos relacionados con la investigación de un accidente de trabajo que sufrió el demandante.

En igual sentido, se escuchó al representante legal de la demandada quien en su interrogatorio de parte aceptó que al demandante no se le cancelaba trabajo suplementario, festivos, ni horas extras debido a que su labor era de dirección, confianza y manejo; además que la empresa trabaja las 24 horas y por ello aplican la jornada especial del artículo 165 del C.S.T conforme al cual es dable establecer turnos de 7 días sucesivos y descansos por 3 días; además se pactó que el 15% del salario corresponde a un pago anticipado por cualquier tipo de recargo, aunque aclara que el demandante no labora en la empresa desde el 7 de septiembre del 2017 debido a una incapacidad y luego fue pensionado; admite que el actor no tenía la facultad de imponer sanciones disciplinarias.

Asimismo fueron evacuados los testimonios de CALIXTO RAÚL ORTEGA ARREDONDO, quien expresa es Superintendente Asistente hace 2 años, y labora en el Departamento de Ferrocarril hace 20 años, por lo que conoce al demandante y le consta que fue maquinista y realizó todo el proceso de formación con el SENA, el cual tiene una duración de 5 o 6 años, además recibía capacitaciones de FENOCO. Agrega que FENOCO es el concesionario que tiene a cargo el mantenimiento y la regulación del tránsito ferroviario entre Chiriguana y Santa Marta, y son los encargados de establecer las normas, regular la movilización y el mantenimiento a la vía, además son reguladores, tienen trenes de pasajeros y transportan mercancías entre los dos puntos.

Refiere que el maquinista es la persona que representa a la empresa ante FENOCO, pues es quien mientras está en operación el tren, responde por los requerimientos del mismo y establece una jornada máxima para los maquinistas de 12 horas; por ello, están organizados por turnos de trabajo. Sin embargo, aclara que cuando el maquinista llega a su jornada de trabajo toma el tren en puerto y lo lleva a su destino, en un trayecto que dura de 5 a 4 horas y media, cuando llega a la mina se dirige al campamento donde puede



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

descansar por espacio de 12 horas, hasta que es citado nuevamente para llevar el tren al puerto, en donde también descansa.

Precisa que el demandante labora 7 días y descansa 4, en jornadas de 12 horas, y que la jornada laboral solo inicia cuando arriban al despacho de trenes, toda vez que reciben una charla de seguridad y de las precauciones que deben tener en la vía principal, las novedades que se han presentado en las últimas horas en la vía y se preparan para iniciar sus labores. Refiere además que en la mina existe un campamento diseñado para el descanso de los trabajadores, sin que se interfiera con dicho periodo hasta las 12 horas siguientes.

Refiere que el maquinista tiene a toda la tripulación a su cargo, no obstante en los trenes de la compañía solo viajan el maquinista y el ayudante, quien está a su disposición. Aunado a ello, los maquinistas deben cumplir la reglamentación ferroviaria. Igualmente, expone que el actor no llevaba a cargo procesos disciplinarios, por cuanto estos los tramita la oficina de recursos humanos, por manera que el maquinista y los supervisores solo se encargan del eventual reporte. Finalmente aseveró que no existe control de horarios, y solo se implementó una herramienta que controla los descansos.

De otra parte, se evacuó el testimonio del señor CARLOS HERNÁN HURTADO CETINA, quien afirma fue trabajador de FENOCO, esto es, la concesionaria de la vía férrea y actualmente es Supervisor de DRUMMOND LTDA. Por ello, le consta que la vía férrea es del Estado y se entregó en concesión a FENOCO, quien se encarga de la administración de la vía férrea de Chiriguaná a Santa Martha, por eso es la entidad encargada de establecer las directrices y procedimientos para garantizar las normas y procedimientos a fin que la operación férrea se haga de manera segura; señala que la tripulación mínima está conformada por un maquinista y un ayudante, siendo el maquinista el jefe del tren ante FENOCO; que la jornada máxima en que una tripulación debe estar en el tren es de 12 horas.

De igual manera en lo que atañe a la operación en DRUMMOND LTDA. refiere que se cita a la tripulación del tren una o dos horas con anterioridad al traslado a la mina, el cual tarda en promedio 5 horas, y una vez arriban se concede un



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

período de descanso en los campamentos, y una vez se verifique e cargue se dirigen al puerto, e inicia una nueva jornada laboral, a fin de retornar a la mina.

Refiere de igual manera que se debe recibir capacitación para recibir el título de maquinista y hacer tutorías para enseñar y transmitir su experiencia a nuevas generaciones.

De otra parte, el deponente FRANKLIN ALEXANDER RODRÍGUEZ GUILLEN, Ayudante de Maquinista, explica que cumplen jornadas máximas de 12 horas, suscriben una planilla cuando arriban al despacho de trenes, en donde se indica la hora de entrada y salida con los nombres de los tripulantes, maquinista y ayudante, los radios o documentos. Señala que el Maquinista no es el representante de DRUMMOND LTDA. ante FENOCO, en tanto sus funciones no se ciñen a esa actividad.

Refiere que el ayudante no recibe órdenes del maquinista, pues cuando se presenta un incidente en la línea, las órdenes las imparten FENOCO y la empleadora. Tampoco ejerce un poder disciplinario, en la medida en que no es el superior jerárquico.

De las pruebas recaudadas, se puede constatar con precisión que el demandante EDILFONSO ROLON PABA se desempeñó como Maquinista de la empresa desde el 1º de diciembre del 2011. Actividad que a juicio de esta Sala no corresponde a una actividad de dirección, confianza o manejo, pues el material probatorio aportado permite inferir que las actividades desarrolladas eran meramente operativas y de conducción de la locomotora, acorde los parámetros establecidos por la empresa y FENOCO.

Lo anterior, por cuanto es claro que el trabajador no tenía la potestad de tomar decisiones que afecten la responsabilidad de la compañía, realmente no fungió como un verdadero representante del empleador pues no tenía labores directivas, ni empleados a su cargo.

Así pues, no desconoce la Sala que una empresa descargue la facultad sancionatoria en el grupo de talento humano de una compañía y que por ello, ningún otro trabajador lleve procesos disciplinarios. No obstante, no debe



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

soslayarse que la facultad disciplinaria, no solo comporta la facultad de adelantar un proceso disciplinario o aplicar una sanción, sino la potestad de dar órdenes y directrices en su momento a los trabajadores a su cargo. Luego, puede que incluso el Gerente de la compañía no adelante directamente procesos disciplinarios, pero es claro que por su cargo y autoridad, tiene la facultad de dar órdenes y directrices a sus subalternos, además es evidente que sus decisiones comprometen la responsabilidad de la compañía y por ello a diferencia de un operario como el Maquinista, funge como un verdadero representante del empleador.

El otro argumento consistente en que el Maquinista se acompasa al cargo de Capitán de un Navío, quien conforme el artículo 32 del C.S.T. es un verdadero representante del patrono, no es compartido por la Sala, pues no era la actividad que desarrollaba el actor, quien no impartía órdenes a tripulación ni adoptaba decisiones que se requieran para mantener el orden del navío y llevarlo a puerto, como se predica del capitán de navío. Acciones que, se reitera, no se le pueden imputar al cargo de Maquinista que desarrolló el demandante, cuando es claro que dentro del tren tan solo viajaba en compañía del ayudante, quien tenía asignadas sus propias funciones y no estaba a cargo del actor, al punto que existe un supervisor que verifica que cada uno de ellos cumpla con sus propias labores.

Mucho menos, se le puede dar la calidad de representante del empleador por ante FENOCO, pues el hecho de que un conductor de cualquier medio de transporte atienda los requerimientos de la autoridad que regula y controla las vías, no lo convierte *per se* en representante del empleador. Dar este entendimiento, implicaría que todos los conductores ejercerían cargos de dirección confianza y manejo, en tanto deben atender requerimientos de una operadora o de los controladores de medios de transporte. Por tanto, tal argumento no demuestra la calidad que pretende hacer ver la demandada.

En lo que respecta al tema de la capacitación, para la Sala tal argumento no se relaciona con la calidad de empleo de dirección, confianza y manejo. En tanto el hecho que un trabajador requiera tener un título o formación determinado para desempeñar un cargo, es un aspecto que hace alusión a la cualificación y aptitud que debe cumplir para contar con los requisitos que se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

requieren para determinado cargo. De hecho, aun quienes, en una compañía, ejercen labores técnicas y operativas, requieren cierto grado de formación, pero ello no los convierte en empleados de dirección, confianza y manejo.

Bajo tales presupuestos de carácter fáctico y jurídico, ninguno de los argumentos esgrimidos en la alzada nos permite dar por probado que el cargo que desempeñó el demandante como maquinista era un cargo de dirección confianza y manejo. Por lo que esta Sala mantendrá incólume la decisión adoptada por la falladora de primer grado frente a este punto.

d. Sobre el trabajo suplementario.

En claro que el demandante no desempeñó un cargo de dirección, confianza y manejo, resta por establecer si le asiste el derecho al reconocimiento y pago de horas extras y recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos.

Ahora, por disposición del artículo 161 del C.S.T. la duración máxima de la jornada laboral es de 8 horas diarias y 48 a la semana; con todo, el empleador y el trabajador pueden acordar que la jornada semanal se realice a través de jornadas diarias flexibles distribuidas en 6 días de la semana, con un día obligatorio de descanso que puede o no concordar con el día domingo.

El legislador no resulta ajeno a que algunas labores, por la especial forma en que se ejecutan, requieren de la implementación de jornadas especiales que permitan a las empresas cumplir su objeto social de forma eficiente y así mismo, se respeten los derechos y garantías mínimas del trabajador, entre estos el derecho al descanso, como presupuesto indispensable para garantizar el derecho a la seguridad y salud de los trabajadores.

Bajo esta orbita, se previó en el artículo 165 del C.S.T. que en aquellas actividades que no requieran actividad continua, los trabajadores laboren en turnos de 8 horas o en más de 48 por semana, siempre que en un periodo de 3 semanas, no se excedan las 8 horas diarias y 48 a la semana. De igual forma, si la naturaleza de las actividades desarrolladas por la unidad de explotación económica impone que las labores se desarrollen de forma continua, podrá el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador establecer turnos rotativos siempre y cuando las horas de trabajo no se excedan de 56 por semana (Art. 166 del C.S.T).

En otro giro, encontramos que el artículo 167 del C.G.P prevé que: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, por ende corresponde al demandante, no solamente demostrar por los medios autorizados los días que efectivamente laboró, sino la jornada y el número de horas. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha sido enfática en indicar que para que haya lugar al pago de trabajo suplementario o recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos, requiere estar plenamente acreditado la prestación del servicio y las horas y días en que se desarrolló. De suerte que el fallador no tenga que entrar a realizar supuestos o inferencias deductivas para establecer cuál fue el trabajo suplementario efectivamente laborado por el trabajador o los días y horas que laboró durante la jornada nocturna, dominicales y festivos.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en la sentencia SL7578 de 2015, dispuso:

“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera 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.”

De otra parte, en la sentencia SL-6738 de 2016, indicó:

“Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena.”

En claro lo expuesto, al descender al caso que hoy nos ocupa, debe manifestar la Sala que comparte la línea argumentativa que llevó a la *a-quo* a impartir absolución frente a las pretensiones económicas del demandante. Ello, por cuanto si bien se encuentra plenamente claro que en la empresa se desarrolla una labor continua que permitió el establecimiento de turnos rotativos, que implicaban al demandante laborar 7 días de la semana y descansar 4, también quedó demostrado que durante el tiempo que el trabajador estaba en las instalaciones de la empresa, debido a que la operación conlleva que el trabajador pernocte en los campamentos de la compañía, durante dicho interregno de tiempo el trabajador si bien cumplía parte de la jornada laboral, también tenía un tiempo de descanso del cual disponía con libertad, sin que ello implicara un tiempo de disponibilidad, pues los testigos fueron claros al referir que luego de cumplir con el recorrido del despacho, se descansaban siempre 12 horas seguidas en el campamento, durante las cuales el trabajador tenía su tiempo libre y a disposición para hacer la actividad que deseara, pues no era llamado para desarrollar ninguna actividad.

Siendo ello así, no evidencia la Sala ningún medio probatorio que nos permita establecer con fehaciente claridad, cuales fueron los días y horas exactas durante las cuales el trabajador desarrolló sus labores como Maquinista en tiempo suplementario, lo que impide determinar si la empresa se excedió en la jornada laboral pactada incluso bajo los parámetros del artículo 166 del C.S.T. Mucho menos, si laboró durante días dominicales, festivos o si causó el derecho a percibir el recargo por trabajo nocturno.

La Sala no evidencia que dentro de las documentales que aportó la demandada y que reposan en el expediente digital, planillas en las que aparezca como lo afirma el recurrente, las horas exactas y los días durante los cuales el actor prestó efectivamente su servicio. Lo que impide que se fulmine la anhelada condena.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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:

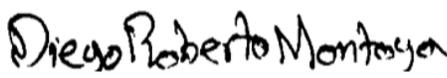
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de abril del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

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

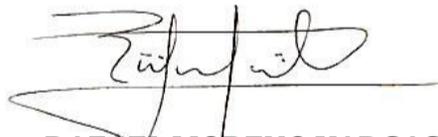
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 27 2019 00513 01
Demandante: JOSÉ ANTONIO FRANCO MONROY
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería al abogado ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO, identificado con C.C. 1.082.915.789 y T.P. 267.746 del C.S. de la J., en representación de COLPENSIONES para los fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ ANTONIO FRANCO MONROY formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que la encartada debe reliquidar la pensión de vejez que le fuese reconocida mediante sentencia judicial proferida en segunda instancia por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 17 de febrero de 2015, la cual fue acatada mediante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Resolución SUB 310129 de 2018, reliquidación que debe efectuarse conforme a lo establecido en el Acuerdo 029 de 1985, junto con el retroactivo desde el 7 de abril de 1990, pues fue la data en que cumplió 60 años de edad, indexación e intereses moratorios.

Asimismo, se declare que la demandada debe tener como soporte jurídico las semanas cotizadas por AVIANCA S.A. posteriores al 1º de febrero de 1984 y hasta cuando adquirió el estatus pensional por vejez, la Convención Colectiva de Trabajo celebrada el 22 de agosto de 1982 por la empleadora y sus trabajadores, que estuviera vigente por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 1982 y el 30 de junio de 1984, especialmente la cláusula 82, por lo que se debe condenar a la pasiva a aplicar como tasa de reemplazo el 90%, en los términos preceptuados en el párrafo único del artículo 1º del Acuerdo 029 de 1985 y el Decreto 2879 de esa anualidad, junto con 14 mesadas pensionales al año.

Por consiguiente, se condene a la reliquidación en los términos anteriormente establecidos con base en 1.365 semanas, además del pago del retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones sostuvo que inició labores en AVIANCA S.A. desde el 1º de diciembre de 1953 hasta el 31 de enero de 1984, es decir, por espacio de 31 años y 1 mes.

Que mediante Resolución GNR 015526 de 2013 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez teniendo como base de liquidación 1.365 cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con una tasa de reemplazo del 82%, negando el pago del retroactivo pensional bajo el entendido que no había sido retirado del sistema, de ahí que la prestación se hubiese reconocido a corte de nómina.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió que en virtud de ello, instauró demanda ordenada laboral que conociera en primera instancia el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, el que condenó al reconocimiento y pago de la reliquidación pensional a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía de \$1.180.174.50, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, sin reconocer el retroactivo deprecado en esta demanda, por lo que luego de apelar la decisión, la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá en sentencia del 17 de febrero de 2015 dispuso tener en cuenta tan solo 891.57 semanas sobre el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1967 y el 31 de enero de 1994, a pesar que fueron 1.350 semanas las que reconoció COLPENSIONES en la ya citada Resolución GNR 015526 de 2013, lo que significa que se excluyó de la liquidación pensional 473.43 semanas cotizadas a AVIANCA S.A. con posterioridad al 1º de febrero de 1984 con el argumento que no contaban con un soporte jurídico que les diera validez, dispuso que la tasa de reemplazo a aplicar fuese del 66% de conformidad con lo establecido en el parágrafo único del artículo 1º del Acuerdo 029 de 1985, pues se concluyó que el régimen aplicable a su caso era el Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el artículo 11 del Decreto 3041 de la misma anualidad al ser la disposición legal vigente para el 1º de febrero de 1984.

Que ante la decisión del Tribunal, recurrió el 9 de marzo de 2015 en casación ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que en decisión adiada el 30 de mayo de 2018 no casó con el argumento que la ausencia de la Convención Colectiva de Trabajo obligaba a reconocer la prestación con tan solo 891.57 semanas.

Insiste en que cotizó 1.365 semanas al antiguo INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, como trabajador activo 891.57 semanas y por intermedio de su empleadora AVIANCA S.A. 473.43 semanas; que mediante la Convención Colectiva de Trabajo celebrada por dicha empleadora y sus trabajadores el 22 de agosto de 1982, vigente hasta el 30 de junio de 1984, en la cláusula 88 se estableció que la empleadora se comprometería a seguir cotizando para pensión de vejez hasta que el jubilado cumpliera la edad y generara el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondiente derecho prestacional, siendo trabajador activo hasta el 31 de enero de 1984 y desafiliado del sistema el 1º de febrero de 1984, última calenda en que AVIANCA S.A. lo afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en calidad de jubilado con el fin de darle cumplimiento a lo preceptuado en la Convención.

Por último, destacó que adquirió el estatus pensional a partir del 7 de abril de 1990 cuando cumplió 60 años de edad, derecho que se obtuvo con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que el último régimen pensional al que estuvo sujeto fue el Acuerdo 029 de 1985, y al momento de entrar en vigencia la precitada Ley 100 de 1993 era beneficiario del régimen de transición, ya que contaba con 63 años, de ahí que al acreditar 1.365 semanas le debe ser aplicada una tasa de reemplazo del 90%.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que no es procedente la reliquidación reconocida al demandante por orden judicial mediante sentencia que profiriera la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá el 17 de febrero de 2015, ya que tal orden se acató mediante la Resolución SUB 310129 del 28 de diciembre de 2018.

Asimismo, precisó la entidad que frente a la reliquidación pensional opera el fenómeno de cosa juzgada como quiera que la misma ya se había deprecado y estudiado dentro del proceso No. 11001310501320140029600 que conociera la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá como se expuso en precedencia.

Formuló como medios exceptivos los denominados cosa juzgada, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá en sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que no fue objeto de discusión que COLPENSIONES mediante la Resolución GNR 015526 del 26 de febrero de 2013 le reconoció pensión de vejez al demandante; que el actor interpuso demanda ordinaria laboral, la cual correspondió al Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá bajo el radicado 2014-00269, el que a través de sentencia del 24 de septiembre de 2014 dispuso reliquidar la pensión a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía de \$1.180.174.05; que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en decisión adiada el 17 de febrero de 2015, revocó la decisión de primera instancia ordenando el reconocimiento y pago de la pensión del actor a partir del 7 de abril de 1990, calculando una mesada base en el artículo 1º del Decreto 2879 de 1985 con una tasa de reemplazo del 66%; que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia conoció recurso de casación que elevara el demandante, por lo que en sentencia SL2194 del 30 de mayo de 2018 mantuvo incólume la sentencia proferida por el Tribunal, decidiendo no casar la providencia objeto del recurso extraordinario de casación.

Seguidamente, la *a-quo* abordó la excepción de cosa juzgada propuesta por COLPENSIONES en lo que atañe al proceso que aquí nos ocupa y la decisión adoptada dentro del ya referido proceso ordinario laboral con radicación No. 2014-00269, concluyendo que se configura una identidad de partes entre este asunto y el fallado con anterioridad, como quiera que el demandante y la entidad demandada son los mismos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Frente a la identidad de objeto, expuso que en el proceso que aquí ocupa la atención de la Sala, las pretensiones gravitan en torno a la reliquidación de la primera mesada pensional reconocida por orden judicial, pago de intereses moratorios, indexación. Igualmente, de los resultados de la decisión proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso ordinario laboral No. 2014-00269, se advierte que el Juez abordó lo que atañe a la reliquidación de la pensión de vejez del demandante a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía mensual de \$1.180.174.5, descontándose los valores pagados por el mismo concepto, decisión que fue revocada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar se dispuso reconocer y pagar por parte de COLPENSIONES la pensión de vejez a favor del actor a partir del 7 de abril de 1990, la cual se calculó con base en el artículo 1º del Decreto 2879 de 1985 y tomando como tasa de reemplazo el 66% del IBL, junto con los reajustes de ley a que hubieren lugar, de ahí que la operadora judicial haya concluido que en efecto se configurara la identidad de objeto de ambos procesos toda vez que los Jueces *a-quo* y *ad-quem* en sus decisiones abordaron la reliquidación de la prestación económica, fijando los parámetros con los cuales la entidad demandada debía reconocer la pensión de vejez, circunstancia que torna improcedente nuevamente el estudio de una reliquidación pues con dicho análisis se estaría afectando la decisión jurisdiccional precedente como así lo ha asentado jurisprudencialmente la Corte Suprema de Justicia en diferentes providencias.

Respecto de la identidad de causa, sostuvo encontrar suficientes similitudes en las razones para pedir en una y otra demanda, pues en el proceso con radicación No. 2014-00269 la causa que motivó la acción fue que el demandante prestó su servicio para AVIANCA S.A. por espacio de 31 años, y a partir del 31 de enero de 1983 le fue reconocida la pensión de jubilación de orden convencional, que entre enero de 1967 a marzo de 2005 efectuó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que alcanzó 1.968 semanas, que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez y para efecto de la liquidación de dicha prestación económica no fue incluido el periodo comprendido entre febrero de 1984 y el 1º de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

septiembre de 1995, mismas pretensiones que se deprecian en este asunto; circunstancia por la cual, declaró probada la excepción de cosa juzgada formulada por COLPENSIONES.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Señaló en la alzada que de conformidad con lo establecido en la sentencia T-574 de 2015 emanada de la Corte Constitucional, una autoridad judicial vulnera los derechos fundamentales al acceso de la administración de justicia, a la seguridad y al debido proceso como quiera que el Juez unipersonal o colegiado incurre en defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 332 del C.P.C., cuando identifica la *causa petendi* de los procesos con las pruebas de los mismos, y confunde el objeto de la pretensión de reliquidación pensional con la súplica del reconocimiento de la prestación de vejez.

Que adicionalmente, esa hermenéutica significa que la pretensión del aumento de la pretensión nunca se ha estudiado de forma directa por los jueces, escenario que dispone una afectación desproporcionada, máxime si para la configuración de la excepción de cosa juzgada es necesaria la estricta verificación de los elementos que la compone, pues de no hacerse se vulneran derechos fundamentales.

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.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá establecerse si la excepción de cosa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

juzgada formulada por COLPENSIONES goza de prosperidad como lo decidió la falladora de instancia, o si, por el contrario, no se configuran los presupuestos que rigen la materia para su procedencia.

De no configurarse el medio exceptivo, la Sala entrará a analizar de fondo el *petitum* perseguido por el demandante señor JOSÉ ANTONIO FRANCO MONROY.

c. De la procedencia de la excepción de cosa juzgada:

Así pues, para desatar la controversia, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 303 del C.G.P, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S, consagrando la primera norma el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:

“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos”.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, recordada en la sentencia SL-1303 de 2018, que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

Igualmente, el máximo órgano de cierre en sentencia SL3915-2021, Radicación No. 8220 del 23 de agosto de 2021 enfatizó que:

“De igual forma, dicha figura tiene como propósito dejar en firme todas aquellas decisiones que hayan sido pronunciadas por los jueces conforme a derecho, para no reactivar dichos procesos de manera indefinida, alterando así la seguridad jurídica que para las partes representa un fallo proferido.”

Así las cosas, descendiendo al caso *sub examine*, debe dejarse se presente los siguientes tópicos que no fueron refutados en primer grado:

- (i) Que al demandante COLPENSIONES mediante Resolución GNR 015526 del 26 de febrero de 2013 le reconoció pensión de vejez en los términos de la ley 33 de 1985 a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía inicial de \$1.075.270, aplicando un IBL de \$1.311.305 y una tasa de reemplazo de 82% sobre un total de 1.365 semanas (Fls. 76 a 81).
- (ii) Que en virtud de lo anterior, el demandante presentó demanda ordinaria laboral, la cual correspondió al Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá con el radicado 2014-00269, el cual, mediante sentencia proferida el 24 de septiembre de 2014 condenó a la encartada a reliquidar al demandante la pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2013 en cuantía inicial de \$1.180.174.50, facultando a la entidad realizar los respectivos descuentos de ley (Fls. 83 a 85 incluido Cd de audio).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

- (iii) Que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en sede de segunda instancia y en sentencia proferida el 17 de febrero de 2015 revocó la sentencia emitida por el *a-quo*, condenando a COLPENSIONES a reconocer y pagar al aquí demandante la pensión de vejez a partir del 7 de abril de 1990, mesada que se debía calcular con base en el artículo 1º del Decreto 2879 de 1985 y tomando como tasa de reemplazo el 66% del IBL y los requisitos de ley a que haya lugar.

- (iv) Que luego que la parte demandante interpusiera recurso extraordinario de casación, la sentencia no fue casada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión que se profiriera el 30 de mayo de 2018 con radicación SL2194-2018, Radicación No. 72230 del 30 de mayo de 2018 (Fls. 88 a 100).

Así las cosas, en atención del primer requisito de la cosa juzgada, esto es, la identidad de partes, logra colegir la Sala sin dubitación alguna que se configura, en tanto, el proceso ordinario laboral con radicación 2014-00269 adelantado inicialmente en el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá y el que aquí nos ocupa, versan sobre los mismos sujetos procesales como lo son JOSÉ ANTONIO FRANCO MOPNROY en calidad de demandante y COLPENSIONES como demandada.

Frente a la identidad de objeto, es evidente que la pretensión principal formulada en este asunto por el demandante gravita en torno a que se reliquide la pensión que fuese reconocida en sede judicial por este Tribunal en sentencia proferida el 17 de febrero de 2015 bajo los preceptos del artículo 1º del Decreto 2879 de 1985, argumentando sus súplicas en el hecho que dicha reliquidación debe ser atendida teniendo en cuenta 1.365 semanas sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1967 y el 7 de abril de 1990, calenda última en que cumplió los 60 años de edad, haciendo entender en los supuestos fácticos de la acción que si bien trabajó por más de 31 años al servicio de AVIANCA S.A., lo cierto es que debió



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

aplicarse un beneficio convencional que suscribiera esta empleadora con los trabajadores en el año de 1986, la cual obligaba al patrono continuar cotizando pensión de vejez hasta que el jubilado cumpliera la edad y generara el derecho a la pensión de vejez.

De otra parte, de la lectura del proceso ordinario laboral con radicación 2014-00269, que inicialmente fue conocido por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, se puede apreciar que el demandante impetró demanda con el propósito de obtener una reliquidación de la pensión de vejez a partir del 7 de abril de 1990, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación, aduciendo allí igualmente, que trabajó al servicio de AVIANCA S.A. por espacio de 31 años, que a partir del 31 de enero de 1983 le fue reconocida pensión de jubilación de orden convencional, siéndole reconocida por COLPENSIONES una pensión de vejez a través de la Resolución GNR 015526 del 26 de febrero de 2013, misma que en inicio le reconoció la prestación con un total de 1.365 semanas.

En tal sentido, la Sala puede colegir la configuración del requisito de identidad de objeto, como quiera que desde el proceso ordinario laboral No. 2014-00269 el demandante se encontraba persiguiendo la reliquidación pensional, la cual fue solucionada con la decisión proferida en sede de segunda instancia por este Tribunal mediante sentencia del 17 de febrero de 2015, donde se definió no asistirle derecho al actor para que procediera la reliquidación conforme él lo pretendía, ya que debía tenerse en cuenta que previamente se le había reconocido una pensión extralegal en el año de 1984 que no podía ser compartida en los términos del Acuerdo 029 de 1985, en tanto la prestación se adquirió precisamente con anterioridad a la aplicabilidad del mentado acuerdo, de ahí que se consignó de manera certera en esa decisión que las cotizaciones que se hubieran realizado con posterioridad al 31 de enero de 1984 no podían ser contabilizados para el otorgamiento de la pensión de vejez por parte del ISS pues las mismas carecían de una fuente jurídica y por tanto no eran válidas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De cara a lo indicado, para esta Sala no cabe duda que el objeto de la presente litis ya fue abordado dentro del proceso 2014-00269, pues allí quedó plenamente consignada la improcedencia de la reliquidación pensional, misma que el actor persigue por segunda ocasión dentro de este proceso, por lo que es menester que quede por sentado que si bien aquí se elevan pretensiones para la reliquidación pensional sobre la pensión que este Tribunal reconociera en la sentencia del 17 de febrero 2015, siguen las súplicas siendo las mismas que las solicitadas dentro del proceso 2014-00269, que se itera ya fueron solucionadas; circunstancia por la cual, al configurarse los requisitos de la excepción de cosa juzgada, le asiste razón a la falladora de instancia de haberla declarada como probada.

Por último, la Sala recalca al apelante que si bien la Corte Constitucional en sentencia T-574 de 2015 realizó una interpretación de la figura de cosa juzgada en un asunto que versó sobre una reliquidación pensional, allí fue claro el órgano constitucional es precisar la debida interpretación de tal figura sobre cada caso en particular, por lo que no puede pretender el demandante que se aplique la misma situación cuando a criterio de esta Corporación, dentro del presente asunto es clara la configuración de los requisitos para la procedencia de este medio exceptivo, lo que a su vez conlleva a que no se incurra en la afectación de ningún derecho fundamental como tampoco la incursión en defecto sustantivo; circunstancia por la cual, la decisión de primera instancia 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

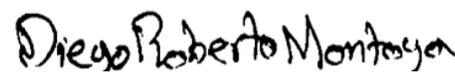
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

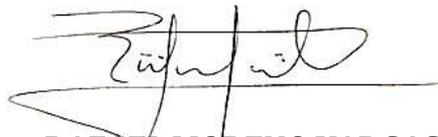
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **11 2017 00546 01**
Demandante: JOSÉ AGUSTÍN PÁRAMO ORTÍZ
Demandado: INVERKAM S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar la sentencia proferida el 19 de febrero de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá 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 las pretensiones de la parte demandante.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JOSÉ AGUSTÍN PÁRAMO ORTÍZ presentó demanda ordinaria laboral en contra de INVERKAM S.A.S. con la finalidad que se declare que al momento de la terminación de su contrato de trabajo se encontraba en estado de debilidad manifiesta, por lo que el finiquito es ineficaz en responsabilidad del empleador toda vez que no se solicitó el permiso ante el Ministerio del Trabajo.

Por consiguiente, se condene a la encartada a reintegrarlo a un cargo de iguales o mejores condiciones al desempeñado a la finalización de la relación laboral, junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2014 hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado, aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, la sanción preceptuada en el artículo 26



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de la Ley 361 de 1997 equivalente a 180 días de salario, costas procesales y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones refirió que suscribió contrato de trabajo por obra o labor contratada con la demandada INVERKAM S.A.S. a partir del 1º de octubre de 2013, desempeñando el cargo de Conductor de Doble Troque en el Proyecto de Riego Triángulo del Tolima en el Municipio de Natagaima, proyecto que inició el 23 de octubre de 2013, así como que su remuneración mensual era de \$800.000 mensuales.

Que el 25 de enero de 2014 en desarrollo de las labores encomendadas por la encartada, se disponía a lavar el trompo de un Mixer, sufriendo una caída que le ocasionó la fractura de la pierna izquierda, lo cual se calificó como accidente de trabajo por la ARL POSITIVA, de ahí que el 26 de enero de 2014 la Clínica de Occidente le diagnosticó múltiples fracturas y fue hospitalizado, así como que el 11 de junio de 2014 por medio de una consulta médica en la Clínica Orthohand S.A.S. le realizó diagnóstico que arrojó Ruptura del Ligamento Cruzado Anterior Colateral Interno, Retináculo Medial, Menisco Interno y Externo de la rodilla izquierda, Arto fibrosis del tobillo derecho, POP Osteosíntesis de Artejos de pie derecho.

Sostuvo que el 21 de agosto de 2014 la Clínica Orthohand S.A.S., por orden del médico tratante, le otorgó incapacidad médica de 30 días por diagnóstico de Esguinces y Torceduras que comprometen el Ligamento Cruzado Anterior y Posterior de la rodilla.

Argumentó que el 28 de agosto de 2014 se dio preaviso de su terminación del contrato de trabajo a partir del 30 de octubre de la misma anualidad argumentando la expiración del plazo pactado, sin que con antelación se hubiese solicitado el permiso ante el Ministerio del Trabajo en atención del notorio estado de discapacidad en que se encontraba.



Que la demandada le informó el 24 de octubre de 2014 que una vez culminara la incapacidad vigente para la época se terminaría su contrato de trabajo por cuanto ya había recibido su carta de preaviso y que la obra para la cual se le había contratado culminaría el 30 de septiembre de 2014.

Por último, indicó que las incapacidades que se le otorgaron se extendieron hasta el 19 de febrero de 2015 con posibilidad de seguirse prorrogando como venía sucediendo desde la incapacidad primigenia en término de 30 días.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada INVERKAM S.A.S. contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó la fecha de suscripción del contrato de obra o labor contratada celebrado con el demandante, y su remuneración.

De otro lado, argumentó que el contrato de trabajo finalizó como consecuencia del finiquito del contrato principal para el cual el actor había sido vinculado, aunado que para la fecha no se encontraba incapacitado ni mucho menos manifestó algún tipo de situación especial al momento de notificársele su terminación de contrato, por lo que resultan imprósperas sus súplicas.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia de la estabilidad laboral reforzada, inexistencia del perjuicio alegado, pago, prescripción, genérica y la de compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 19 de febrero 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, indicó en primer lugar que no fue motivo de discusión la relación laboral existente entre las partes, puesto que así lo afirmó la demandada desde la contestación de la demanda, vínculo que se pactó bajo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la modalidad de obra o labor contratada y que sus extremos se comprendieron entre el 1º de octubre de 2013 y el 23 de octubre de 2014, en virtud del cual el demandante desempeñó el cargo de Conductor de Doble Troque con una asignación salarial mensual de \$800.000.

Expuso que en lo que respecta a la figura de estabilidad laboral reforzada pretendida por el demandante y regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en concordancia con los postulados jurisprudenciales tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha situación no se configuró dentro del presente asunto, pues si bien es claro que el demandante sufrió un accidente laboral con ocasión a la prestación del servicio al empleador demandado, que le ocasionó una afectación en su salud, así como que el trabajador se encontraba en un proceso de recuperación de dicha afectación según se denotó de la historia clínica, a tal punto que fue calificado en dos ocasiones respecto de su pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que el vínculo contractual finalizó con ocasión a una causal objetiva como consecuencia de la expiración del contrato de obra o labor contratada.

Que igualmente quedó demostrado que no existió continuidad de la obra o labor por la que se le contrató al demandante, por el contrario la sociedad no mantuvo con posterioridad al finiquito alguna actividad o labor donde se pudiera reubicar al trabajador en atención de las condiciones y pérdida de capacidad laboral, concluyendo que la terminación del contrato no sucedió con ocasión a la merma en su capacidad laboral, sino con ocasión de la naturaleza del contrato de trabajo que unió a las partes, de ahí que no prosperaran las súplicas de la demanda.

III. GRADO JURISDICCIONA DE CONCULTA:

La sentencia proferida en primera instancia se está estudiando en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, por cuanto la decisión fue adversa a sus intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S.



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:

En aras de establecer el problema jurídico, se tiene que el mismo se contrae a determinar si el demandante al momento de la terminación de la relación laboral gozaba de la estabilidad laboral reforzada, y de ser así, la Sala deberá abordar un estudio de las pretensiones condenatorias perseguidas por el actor.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar que como lo determinó el fallador de instancia, no fue objeto de reproche que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada que tuvo como extremo inicial el 1º de octubre de 2013 y su finalización ocurrió el 23 de octubre de 2013.

Lo anterior, se corrobora con la copia del contrato de trabajo, el preaviso notificado al demandante el 28 de agosto de 2014 en el que se le indicó que el finiquito inicialmente sucedería a partir del 30 de septiembre de 2014, así como un segundo comunicado adiado el 24 de octubre de 2014 (Fls. 16 a 21, 53 y 54), último donde la encartada le manifestó:

“Como es de su conocimiento, le informamos que una vez terminada su incapacidad médica, su contrato de trabajo con INVERKAM S.A.S. terminaría en esa fecha, teniendo en cuenta que usted ya estaba preavisado para esa terminación y que contractualmente la obra que tenía la empresa finalizó el 30 de septiembre de 2014.

“Por lo anterior le informamos que a partir del 23 de octubre de 2014, su contrato terminó; debido a que su última incapacidad fue el 22 de octubre de 2014, en caso de presentar más incapacidades o necesitar del servicio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por parte de la administradora de Riesgos Profesionales "POSITIVA", lo puede solicitar directamente con ellos, "POSITIVA", será quien responda por todos los servicios y además que requieran para su recuperación, esto según lo informado por parte de la Administradora; quienes manifestaron que una vez terminara el contrato, ustedes continuarían el servicio normal por parte de Positiva; así se encuentren retirados de la empresa".

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 debido a dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si el demandante es beneficiario 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".



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial 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 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación 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 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; (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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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 No. 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.”

Bajo este entendimiento y descendiendo al caso *sub examine*, en lo que atañe a una causal objetiva para la terminación de la relación laboral, nuestro órgano de cierre ha sido enfático en determinar que el despido se presume discriminatorio, de no ser porque el empleador demuestre la causa legal de finalización. Así quedó plasmado en sentencia SL3252-2020, Radicación No. 67855 del 19 de agosto de 2020:

“En la misma providencia citada con antelación, esta Corte precisó que el alcance del artículo en mención no supone el derecho del trabajador a perpetuarse en el cargo que ejecuta, sino a permanecer en él hasta que exista una causa objetiva para su desvinculación. Así se dijo en la ya señalada sentencia:

*En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. **Esto, en oposición, significa que las decisiones motivadas en un***



principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.

“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.

“Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

“Con todo, la decisión tomada en tal sentido puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“[...]

“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 su lugar, se postula 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.

“Y, finalmente, concluyó que,

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

“b) A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro



del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.

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

Dentro del presente asunto no son objeto de discusión las siguientes circunstancias que en inicio podrían conducir al amparo de la estabilidad dispuesta en la Ley 361 de 1997:

- (i) Que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 25 de enero de 2014 según sea precia del Formato de Informe de Accidente de Trabajo emitido por la ARL POSITIVA, la investigación realizada por esta ARL el 22 de marzo de 2014 y la certificación y la constancia expedida por la Clínica de Occidente que advierte *“Paciente de 42 años de edad, con DX. Fracturas múltiples de dedos de pie derecho, fractura de pelvis inestable, Lesión ligamentaria en rodillas bilateral. POP lavado qxco más colgajo fasciocutánea. Hospitalizado desde el 26 de enero de 2014 por servicio de ortopedia hasta la actual fecha. Aún sin fecha probable de egreso hospitalización”* (Fls. 22, 23 y 125 a 128).
- (ii) Que como consecuencia de ello, de la Epicrisis acreditada y la historia clínica, se corrobora que el demandante presentó diferentes secuelas y tratamientos derivados del accidente presentado, tanto así que presentó reiterativas incapacidades por el periodo comprendido entre el 25 de julio de 2014 y el 19 de febrero de 2015 (Fls. 24 a 52).
- (iii) Que con ocasión al accidente de trabajo presentado, POSITIVA ARL mediante Dictamen emitido el 26 de marzo de 2015 le determinó al demandante una pérdida de capacidad de origen laboral equivalente al 33.26%, diagnosticándosele las patologías de *“S328-POP*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

FRACTURA DE PELVIS, S822-POP FRACTURA DE LA DIÁFISIS DE LA TIBIA DERECHA, S834-POP LESIÓN LCA RODILLA IZQUIERDA, S328-POP CONTUSIÓN DE LA RODILLA DERECHA y S328 FRACTURA I, II Y V ARTEJO PIE DERECHO”, decisión que fue revisada en primera instancia por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y a través de dictamen No. 310920-181 del 31 de julio de 2015 determinó una pérdida de capacidad laboral de 43.84%, la cual se decidió de manera definitiva en segunda instancia por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con un porcentaje del 37.20% (Fls. 55 a 62, 304 a 308 y 309 a 317).

- (iv) Que la situación derivada del accidente de trabajo sucedida al actor el 25 de enero de 2014 tuvo conocimiento la demandada INVERKAM S.A.S.

A pesar de lo anterior, y como lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que se presente una discapacidad incluso con un grado severo de su pérdida de capacidad laboral como se denotó del dictamen emanado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no implica que automáticamente opere la procedencia de la estabilidad laboral reforzada, toda vez que el empleador atendiendo la inversión de la carga de la prueba, puede demostrar que la terminación del vínculo contractual sucedió por causas objetivas, y no como un hecho discriminatorio, como ocurrió en el caso de autos.

Ello por cuanto, claro quedó para la Sala que el contrato de trabajo suscrito entre las partes fue de obra o labor contratada, además que en su parágrafo segundo de la cláusula primera, y en la cláusula segunda se estipuló:

“PARÁGRAFO SEGUNDO: LA CAUSA QUE DA ORIGEN AL PRESENTE CONTRATO ES LA REALIZACIÓN DEL PROYECTO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA, FASE II CONSTRUCCIÓN DEL CANAL PRINCIPAL NÚMERO UNO (1), ESTRUCTURAS, COMPONENTES Y OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL DISTRITO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA, EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA.

SEGUNDA: DURACIÓN: LAS PARTES ACUERDAN QUE EL PRESENTE CONTRATO SE CELEBRA POR EL TIEMPO QUE DURE LA REALIZACIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DEL CONTRATO PRINCIPAL DEL PROYECTO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA, FASE II CONSTRUCCIÓN DEL CANAL PRINCIPAL NÚMERO UNO (1), ESTRUCTURAS, COMPONENTES Y OBRAS COMPLEMENTARIAS DEL DISTRITO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA, EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (...)”.

Esto quiere decir que la finalidad de la obra o labor contratada era la realización del Contrato Principal del Proyecto de Riego Triángulo Del Tolima, Fase II Construcción del Canal Principal Número Uno (1), Estructuras, Componentes y Obras Complementarias del Distrito de Riego Triángulo del Tolima.

En el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte del liquidador de la demandada señor ALIRIO GIOVANNY CÁRDENAS RICO, quien manifestó que en la actualidad actúa como liquidador de la compañía, por lo que tiene conocimiento documental del proceso del demandante.

Que el demandante inició con la empresa un contrato de obra o labor el 1º de octubre de 2013 y que finalizó en el mes de agosto de 2014, precisando que INVERKAM S.A.S. era un subcontratista de la obra del Distrito el Riego del Triángulo del Tolima que se suscribió con la UNIÓN TEMPORAL EL TRIÁNGULO DEL TOLIMA y fue hasta la finalización de esa obra que ejecutó labores el demandante, obra que culminó a finales del mes de septiembre de 2014.

Que tiene conocimiento que el demandante manejaba una Doble Troque de concreto, y en el mes de enero de 2014 se encontraba limpiando su camión cuando se accidentó, lo que produjo una fractura en su pie izquierdo, situación que se le notificó a la ARL y fue atendido en dicho momento.

Que cuando se terminó el contrato de trabajo, el actor no había reportado a la empresa que se encontrara incapacitado, y fue después que se le notificó que la obra se terminaría que presentó dichas incapacidades.

De otra parte, el demandante expuso en el interrogatorio que se le practicó que celebró con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indicando además que le comunicó a la encartada de todas las incapacidades que presentó hasta el 19 de febrero de 2015.

Que con posterioridad al finiquito con INVERKAM S.A.S. laboró en algunas empresas desarrollando la actividad de conductor de Doble Troque, así como que la ARL POSITIVA le canceló una indemnización.

En concatenación a lo expuesto, se tiene que la sociedad INVERKAM S.A.S. era un subcontratista de la obra del Distrito el Riego del Triángulo del Tolima que se suscribió con la UNIÓN TEMPORAL EL TRIÁNGULO DEL TOLIMA, y fue hasta la finalización de esa obra que ejecutó labores el demandante, la cual finalizó en el mes de septiembre de 2014, lo cual se corrobora con la documental obrante a folios 331 a 334, en la que se aprecia que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE en calidad de contratante, y la UNIÓN TEMPORAL 2010 como contratista, suscribieron contrato comercial cuyo objeto consistió en:

“El contratista se compromete con FONADE a realizar la CONSTRUCCIÓN DE LOS CANALES PRINCIPALES, ESTRUCTURA, COMPONENTES Y OBRASCOMPLEMENTARIAS DEL DISTRITO DE RIEGO TRIÁNGULO DEL TOLIMA, EN EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA”.

Este contrato comercial tuvo vigencia a partir del 5 de abril de 2011, y tuvo cinco prórrogas, siendo la de vencimiento el 1º de octubre de 2014 (Fls. 330 a 334).

Por esa circunstancia, es por lo que la Sala puede colegir que al haberse supeditado el contrato de obra o labor contratada del demandante con plazo a la finalización del proyecto comercial suscrito entre el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE y la UNIÓN TEMPORAL 2010, que como ya se dijo expiró el 1º de octubre de 2014, ese tópico se entiende como una causa objetiva para que la demandada INVERKAM S.A.S. pudiese culminar el vínculo laboral, ya que la esencia de los contratos de trabajo por obra o labor es que su plazo se extienda hasta la culminación de la obra o labor por la cual tienen inicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En tal sentido, al estar consagrada la duración del contrato de obra o labor dentro de los referentes del artículo 45 del C.S.T., y en atención a los postulados del precedente jurisprudencial indicado con antelación, que la demandada IVERKAM S.A.S. en ningún momento dio por finalizado el contrato del demandante basado en una merma de su condición física, sino con base en una regulación propiamente del C.S.T. como lo es la expiración de la obra por la que se le contrató, lo que constituye una causal objetiva que no da lugar a la prosperidad de la estabilidad laboral de que trata la Ley 361 de 1997.

Y es tan así, que la encartada en inicio le comunicó el preaviso al demandante el 28 de agosto de 2014 en aras que el contrato culminara a partir del 30 de septiembre de esa misma anualidad, sin que lo despidiera para esa data dadas las afectaciones de salud del actor, de ahí que ampliara el finiquito hasta el 23 de octubre de 2014, fecha para la cual la obra de Construcción de los Canales Principales, Estructura, Componentes y obras complementarias del Distrito de Riego Triángulo del Tolima ya había expirado, lo que reafirma más aún el hecho que ninguna actuación ajena a la terminación del plazo de la labor incidió para que el contrato de trabajo no continuara.

Debe acotarse que en reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL3559-202, Radicación No. 79290, del 18 de agosto de 2021, señaló:

“Ahora bien, no hay duda de que para la terminación del contrato la institución educativa acudió al vencimiento del plazo fijo pactado previo aviso, sin embargo, de acuerdo con la doctrina vertida en fallo CSJ SL2586-2020, el simple vencimiento del plazo, no constituye razón objetiva para soslayar la garantía constitucional y legal, sino que adicionalmente, el empleador debe probar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas, es decir, la causa que dio lugar a la contratación y la materia del trabajo. En la aludida providencia se enseñó:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

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

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

En el presente evento se acreditó que la obra para la cual fue contratado culminó de manera integral, tal como lo certificara el FONADE (Fls. 330 a 334), el contrato que dio origen a su vez al contrato de trabajo, tuvo vencimiento el 1º de octubre de 2014, lo cual además fue corroborado por el testigo ALIRIO GIOVANNY CÁRDENAS RICO, quien manifestó que INVERKAM S.A.S. era un subcontratista de la obra del Distrito el Riego del Triángulo del Tolima que se suscribió con la UNIÓN TEMPORAL EL TRIÁNGULO DEL TOLIMA y fue hasta la finalización de esa obra que ejecutó labores el demandante, obra que culminó a finales del mes de septiembre de 2014.

Por lo anteriormente expuesto, 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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de febrero del 2021 por el Juzgado Once 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 **11 2013 00366 03**

Demandante: MARLENY ÁLVAREZ en su condición de compañera permanente supérstite del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ y en representación de sus menores hijas KAREN YULIETH MUÑOZ ÁLVAREZ y YULY DANIELA MUÑOZ ÁLVAREZ

Demandado: OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 22 de junio de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARLENY ÁLVAREZ en su condición de compañera supérstite del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ y en representación de sus menores hijas KAREN YULIETH MUÑOZ ÁLVAREZ y YULY DANIELA MUÑOZ ÁLVAREZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., CONSORCIO ASEO CAPITAL E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

Ello con la finalidad que se declare que entre el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ (Q.E.P.D.), y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada para personal en misión cuyo extremo inicial fue el 25 de marzo de 2010, desempeñando la labor de Ayudante de Recolección, bajo su continuada subordinación y dependencia hasta el día 4 de junio de 2010, el cual finalizó por la muerte del trabajador acaecida por causa y con ocasión del accidente de trabajo ocurrido en los vehículos suministrados a los trabajadores en misión de la encartada a la sociedad CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO, como quiera que, tanto la empresa de servicios temporales como la beneficiaria de la labor obraron con absoluta negligencia, imprevisión, descuido y omisión al no adoptar las medidas de seguridad necesarias y efectivas para garantizar la protección del fallecido, al no controlar los riesgos propios de los vehículos y equipos suministrados para el cumplimiento de sus labores.

Asimismo, se declare que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALOCANTARILLADO DE BOGOGOTÁ E.S.P., en su calidad de beneficiaria de la labor desplegada por el fallecido, y al ser la contratante del CONSORCIO ASEO CAPITAL E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO, quien a su vez contrató a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para el suministro de personal requerido para las labores y operación de los vehículos y equipos para la prestación del servicio de aseo en esta ciudad, es solidariamente responsable, de ahí que la totalidad de sujetos pasivos sean responsables de todos los daños y perjuicios causados con ocasión de la muerte del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ.

Como consecuencia de lo anterior, se condene solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización plena de perjuicios de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del C.S.T., atinentes a los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro), y extrapatrimoniales (perjuicios morales y a la vida de relación), en razón del



fallecimiento del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, teniendo en cuenta la variación del IPC, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ el 25 de marzo de 2010 suscribió contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada para personal en misión con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., donde se pactó que percibiría una asignación básica mensual de \$558.178, lo que conllevó a que la pasiva en la misma calenda enviara al fallecido como trabajador en misión a la empresa CONSORCIO ASEO CAPITAL E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO para desempeñar el Cargo de Ayudante en Recolección de Residuos, última demandada cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios.

Que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ tiene a su cargo la prestación del servicio de aseo en la Ciudad de Bogotá a través de CONSORCIO ASEO CAPITAL E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO, siendo el fallecido señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ trabajador en misión de esta como Ayudante de Recolección de residuos sólidos en las calles a través de los vehículos compactados asignados para la ruta correspondiente, por lo que estos residuos debía trasladarlos a otro vehículo de mayor capacidad de manera manual, el cual los conducía hasta el sitio final.

Expuso que el día 4 de junio de 2010 estaban asignados como Ayudantes de Recolección del vehículo recolector de placas SIR 797 los señores SAMUEL URREGO y NELSON ROZO, y para ese mismo día al ex trabajador se le había designado como Ayudante del vehículo de placas SIS 764, por lo que aproximadamente a la hora de las 3:57 a.m. en la carrera 32 No. 21 A - 50 de la Localidad de Puente Aranda se estaba adelantando la transferencia de residuos en los enunciados vehículos, juntando la parte trasera de los mismos lo que conlleva a que no exista visibilidad, sitio que por demás es de baja



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

iluminación, cuando los señores SAMUEL URREGO y NELSON ROZO se percataron que se encontraba el cuerpo del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ prensado por la pala compactadora.

Que al cadáver del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ le fue practicado necropsia que arrojó se dio con ocasión de un poli trauma cerrado por mecanismo contundente por comprensión externa de cavidad toracoabdominal, así como que, según el informe elaborado por la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. los vehículos de recolección no contaban con paradas de emergencia, sistemas de advertencia aunado a la falta de señalización en los mandos de operación de la pala barredora, al igual que se asentó la falta de existencia de medios de seguridad para contrarrestar la falta de visibilidad entre los ayudantes de recolección, y que el extrabajador tuvo como jornada de ingreso el día 3 de junio desde las 5:00 p.m., lo que condujo a que su horario de trabajo al momento del deceso fuera de aproximadamente 11 horas, y por consiguiente, percibiera de manera permanente una remuneración superior a la pactada.

Que el fallecido convivía con ella en unión libre desde 11 años anteriores a la ocurrencia del siniestro, por lo que de dicha unión nacieron las menores KAREN YULIETH MUÑOZ ÁLVAREZ y YULI DANIELA MUÑOZ ÁLVAREZ, núcleo familiar que ha tenido que vivir sin la presencia del occiso ante lo sucedido quien era el eje central de la familia.

Sostuvo que la ARL COLPATRIA le reconoció pensión de sobrevivientes equivalente a un S.M.L.M.V., y que debió conseguir trabajo para su sostenimiento y el de sus menores hijas.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Adujo no haber suscrito contrato alguno con las empresas CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, como tampoco uno de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

carácter laboral con el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, por lo que a la luz del artículo 34 del C.S.T., no es responsable de las condenas que puedan resultar en contra de las empleadoras de este.

Propuso las excepciones denominadas prescripción, falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, e inexistencia de solidaridad.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. refirió en su contestación que en efecto con el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ suscribió contrato de trabajo de obra o labor determinada a partir del 25 de marzo de 2010, con la finalidad que el fallecido fuese trabajador en misión de la empresa ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. desempeñando el cargo de Ayudante de Recolección, cargo que no le era desconocido toda vez que el mismo fue desempeñado al servicio de diferentes empresas desde el año 2006.

Que las labores desempeñadas por el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLES atinentes a la recolección de residuos no obedecía a órdenes de su superior, sino que por el contrario, ese procedimiento se encontraba adscrito en las funciones del cargo recibiendo la respectiva capacitación, adicional a que el proceso de transferencia de los residuos estipula como prohibiciones por riesgo mecánico introducir las manos, los pies o todo el cuerpo como da cuenta el instructivo de actos inseguros que le fuese capacitado al trabajador.

Al unísono, mencionó que el ex trabajador de manera imprudente y desobedeciendo las instrucciones dadas en la inducción, decidió ingresar dentro de la máquina compactadora sin dar preaviso a sus compañeros, hecho que lo condujo a su muerte y por ende existe una culpa exclusiva de la víctima, por lo que advierte que como empleadora no tuvo responsabilidad sobre lo sucedido.

Formuló como medios exceptivos los denominados inepta demanda, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica, falta de causa y buena fe.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. indicó que suscribió contrato comercial con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en los términos de la Ley 50 de 1990, para el envío de personal en misión de acuerdo con las necesidades del servicio, siendo la empresa temporal la verdadera empleadora del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLES.

En lo que atañe al siniestro, manifestó que los vehículos cuentan con todos los sistemas de alarma correspondientes, tales como luces de advertencia. Frente al accidente, reseñó que como empresa cuenta con unos procedimientos de seguridad que los trabajadores deben cumplir de manera estricta y no como ocurrió, pues el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ de manera negligente e imprudente y sin ningún motivo se introdujo dentro de la tolva del camión.

Precisó que la operación de transferencia de residuos se hace de manera automática, por lo que el operario bajo ninguna circunstancia debía introducir su humanidad dentro de la tolva del vehículo, por el contrario, la única función del señor ORLANDO MUÑOZ consistía en accionar los comandos una vez ubicados los vehículos en posición labor, situaciones todas por las que se constituyó una culpa exclusiva del trabajador.

Formuló las excepciones de inexistencia de fundamento para que se declare que como sociedad sea responsable de los hechos expuestos en la demanda y de la obligación de pagar a título de indemnización las condenas solicitadas en el acápite de las pretensiones, falta de fundamento probatorio, cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

El extremo pasivo CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO formuló llamamiento en garantía respecto de SEGUROS DEL ESTADO S.A. bajo el entendido que la llamada expidió la póliza No. 21-43-101000415 para garantizar las obligaciones de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. respecto de los trabajadores en misión, lo que resulta que es verdadera empleadora del fallecido ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Fue por ello que SEGUROS DEL ESTADO S.A. expuso en su contestación que la póliza No. 21-43-101000415 se expidió con base en lo dispuesto en la Ley 50 de 1990 en caso de liquidez de la empresa de servicios temporales, sumado al hecho que CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. no es parte en el contrato de seguro.

Propuso los medios exceptivos de Inexistencia de obligación por inexistencia de cobertura del contrato de seguro, prescripción, falta de legitimación en la causa para hacer efectiva la póliza, indebido llamamiento en garantía, falta de legitimación en la causa por activa para llamar en garantía a la aseguradora, indebido llamamiento en garantía por no ser la persona autorizada por la ley y el contrato de seguro para exigir el cobro.

Mediante audiencia llevada a cabo el 18 de junio de 2014 el Juzgado de instancia se declaró probada la falta de reclamación administrativa con relación a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP, por lo que este sujeto fue desvinculado del pleito.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de junio de 2021 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir que formulara OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y las de inexistencia de fundamento para que se declare responsable de los hechos de la demanda y de la obligación de pagar a título de indemnización las condenas solicitadas, falta de fundamento probatorio y cobro de lo no debido propuestas por CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P.

Para arribar a dicha conclusión, refirió en primer lugar que no fue materia de discusión el vínculo laboral que ató al señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. por la duración de la obra o labor determinada para el personal en misión desde el 25 de marzo de 2010, donde desempeñó el cargo de Ayudante de Recolección con un S.M.L.M.V. de la época,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

vínculo que finalizó como consecuencia del fallecimiento del trabajador ante el accidente sucedido el 4 de julio de 2010 en ejercicio de sus labores.

Que en lo que respecta a la culpa patronal y la indemnización plena de servicios con ocasión a la responsabilidad del empleador en la muerte del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ en los términos de que trata el artículo 216 del C.S.T., indicó el *a-quo* que los elementos deben encontrarse suficientemente demostrados como lo es la existencia de un daño, la conducta omisiva del empleador y la relación de causalidad entre el daño y la culpa del empleador, sin que deba aplicarse presunción alguna toda vez que no existe una normativa que así lo disponga, de ahí que sea la parte demandante a quien le corresponda acreditar la realidad probatoria del asunto, carga que no logró demostrar.

Lo anterior, como quiera que si bien el daño se encuentra plenamente probado por la ocurrencia del fallecimiento que fue catalogado como accidente de trabajo, no se presentó la culpa suficiente y comprobada por el empleador, ya que se desatendió por parte de este los protocolos establecidos para el traslado de residuos sólidos de un vehículo a otro, los cuales si bien se hacían de manera manual, lo cierto es que al ingresar su humanidad a la tolva del camión recolector se actuó en contra de los procedimientos establecidos para realizar tal función, aspectos que quedaron establecidos con las declaraciones por el equipo recolector que desarrolló la labor al momento del accidente y que fueron compañeros de trabajo del occiso, las cuales reposan en el plenario, lo que advierte la consecuencia de la impericia fatal que ocasionó los hechos, máxime si el trabajador recibió sendas capacitaciones sobre la labor a desempeñar que enrostraron la falta de atención para la ocurrencia de los hechos catastróficos.

Por tal razón, concluyó que la culpa es atribuible al trabajador, por cuanto no se cumplió a cabalidad con los protocolos propios del cargo de Ayudante de Recolección, lo que impide la configuración de uno de los elementos preceptuados en el artículo 216 del C.S.T. para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios, absteniéndose entonces de estudiar el tercer requisito atinente al nexo causal entre el accidente y la culpa del empleador.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Resaltó en su alzada que en atención de los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la responsabilidad del empleador no desaparece así el trabajador tuviese algún grado de culpa, por lo que la existencia de los ayudantes en este tipo de vehículos grandes que requieren operación no son simplemente un requisito adicional para que le ayudaran al fallecido, sino que precisamente el ayudante debe verificar las condiciones de operación de los vehículos, tanto en la conducción como en la operación de equipos mecánicos.

Bajo este escenario, no era el objeto el determinar la manera en que se acomodó el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ en la tolva, ya que al colocarse el trabajador sobre los dos vehículos el mismo quedó sobre la parte alta sin que hubiese existido posibilidad que las demás personas que se encontraban en el lugar de los hechos pudieran ingresar, tópico del que surge una incongruencia en las declaraciones que surtieron los compañeros de trabajo del fallecido, pues la operación de los mandos se encuentran en la parte de delante de la tolva, por lo que su operancia debe hacerse por el ayudante quien debió estar en la parte de atrás del vehículo a efectos de que allí no estuviese en riesgo ninguno de los trabajadores, lo que advierte una responsabilidad por parte de los funcionarios que se encontraban accionando los mandos y por consiguiente una culpa patronal en los términos del artículo 216 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.

b. Problema jurídico:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si existió culpa patronal en el accidente de trabajo del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ que le ocasionara la muerte, dando lugar al pago a la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T.

c. Del contrato de trabajo.

Sea lo primero indicar que de acuerdo a lo determinado por el fallador de instancia, no fue objeto de reproche que entre el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. existió un contrato de trabajo en la denominación de obra o labor contratada en misión por el periodo comprendido entre el 25 de marzo y el 4 de junio de 2010, el cual finalizó como consecuencia del fallecimiento del señor ORLANDO en virtud del accidente de trabajo ocasionado, prueba de ello lo es la copia del contrato de trabajo que ejecutara con la ya referida Empresa de Servicios Temporales, así como el concepto técnico de accidente emitido por la ARL COLPATRIA (Fls. 35 y 37 a 40).

Tampoco el hecho que ante la contratación que ostentó ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ (q.e.p.d.) con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como trabajador en misión, fue que desempeñó sus labores ante CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. desempeñando el cargo de Ayudante de Recolección.

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“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...”

*“...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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 pregona 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 aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil ”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL492-2021, Radicación No. 67176, del 10 de febrero de 2021, señaló:

“4. En este orden de ideas, quedó establecida la concurrencia de culpas de la empresa y el trabajador. No obstante, como lo tiene explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018, CSJ SL1911-2019, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL2335-2020).

“5. La indemnización plena de perjuicios se genera en el derecho del trabajo cuando el empleador no acata el deber de seguridad y no despliega una acción protectora, conforme a dispuesto en los arts. 56 y 57 (nls. 1 y 2) del CST. Esta obligación del empleador se concreta con la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea o, en su defecto, no disminuye los riesgos asociados a ella, y está soportada jurídicamente en que quien aspira a beneficiarse del trabajo asalariado debe asumir las consecuencias de los riesgos inherentes a él, entre otras razones, porque es quien obtiene su principal rédito en el proceso productivo (CSJ SL 3169 - 2018).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Así las cosas, como se advirtió, no existió reproche en el accidente ocurrido al señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ que le ocasionó la muerte en su actividad de Ayudante de Recolección, insuceso que acaeció el día 4 de junio de 2010, talante que no fue reprochado por ninguno de los sujetos que conforman esta litis, de ahí que al quedar suplido este primer requisito, la Sala entrará a auscultar si el mismo se ocasionó por culpa imputable al empleador, esto es, al no haber dado cumplimiento a las obligaciones de diligencia y cuidado que le asistían acorde con la normatividad laboral que rige la materia.

Pues bien, en atención de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió el fallecimiento del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, se aprecia que este se acreditó por el extremo accionante con el Concepto Técnico de Accidente que emitiera la ARL COLPATRIA, respecto del cual se advierte que el suceso ocurrió el 4 de junio de 2010 a la hora de las 3:57 a.m., obteniendo una descripción detallada de la siguiente manera:

“CÓMO OCURRIÓ EL ACCIDENTE: EL GRUPO DE RECOLECCIÓN DE RESIDUOS SÓLIDOS SE ENCONTRABA REALIZANDO EL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE BASURA DEL VEHÍCULO RECOLECTOR NPR CON No. INTERNO 7075 Y PLACA No. SIR797 AL VEHÍCULO RECOLECTOR DOBLE TROQUE CON No. INTERNO 006 Y PLACA No. SIS764 EN LA CALLE 21 CON CARRERA 31 (PALOQUEMAO BOGOTÁ). EL SEÑOR ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, QUIEN SE ESEMPEÑABA COMO AYUDANTE DE RECOLECCIÓN DEL CARRO RECOLECTOR DOBLE TROQUE PLACAS SIS 764, SE ENCONTRABA OPERANDO LOS MANDOS DE OPERACIÓN DE ESTE VEHÍCULO DESDE EL PISO CON EL FIN DE REALIZAR LA TRANSFERENCIA DE BASURA. EL SEÑOR SAMUEL URREGO, AYUDANTE DE RECOLECCIÓN, QUIEN TAMBIÉN OPERABA AL TIEMPO LOS MANDOS DEL VEHÍCULO NPR. DE REPENTE Y AL NOTAR LA AUSENCIA DEL SEÑOR ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, EL GRUPO DE RECOLECCIÓN DE BASURA LO ENCUENTRA MUERTO DENTRO DE LA CAJA COMPACTADORA Y ATRAPADO POR LA PALA DEL VEHÍCULO RECOLECTOR NPR PLACAR SIR797.”

El referido concepto, también refiere en su acápite de causas básicas del siniestro por parte del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ las que a continuación se describen:

*_ DESVIARSE DE PROCEDIMIENTOS E INSTRUCTIVOS ESTABLECIDOS PARA ESTA LABOR.
_ NO RESPETAR LAS NORMAS DE SEGURIDAD.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*_ FACTORES PERSONALES QUE INDUZCAN AL TRABAJADOR A TERMINAR SU JORNADA DE TRABAJO.
_ FALTA DE AUTOESTIMA."*

De otro lado, a juicio de esta Sala y como lo asentó el *a-quo*, dentro del presente asunto no se logró probar la culpa suficiente y comprobada por el empleador que conlleve a determinar que las consecuencias del accidente del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ hubiese sido producto de la inaplicabilidad patronal de las reglas de seguridad.

Nótese que el punto de partida de esta conclusión surge precisamente del mismo concepto expedido por la ARL COLPATRIA que aportó como prueba la parte demandante, que se itera, llega a la conclusión que el occiso no respetó ciertas condiciones de seguridad mínimas que debía acatar para el desempeño de sus funciones, las cuales estima la Sala habían sido garantizadas por el empleador.

Es tan así, que con el Instructivo de Normas de Seguridad Industrial de la encartada CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. (Fls. 309 a 321), que no fuese refutado de falso, se aprecia que en el numeral 3.6 - *SEGURIDAD EN DESPLAZAMIENTOS - BASE RUTA - RUTA RELLENO Y RELLENO BASE*, se encontraba consignado que para la labor del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ, por pertenecer a la actividad de los vehículos recolectores de basura, era prohibido adentrarse a la tolva compactadora de dichos automotores para efectuar cualquier tipo de operación, misma restricción que quedó consignado en el numeral 3.8 del referido instructivo atinente a *SEGURIDAD EN COMPACTACIÓN DEL VEHÍCULO*, y por demás en el numeral 3.9 - *SEGURIDAD DURANTE EL TRASLADO DE RESIDUOS SÓLIDOS DE UN VEHÍCULO DE MENOR CAPACIDAD A UNO DE MAYOR CAPACIDAD* en el que se consignó "*No deben subirse a empujar ni introducirse dentro de la tolva de basura con los pies, ni manualmente para ayudar en el traslado de residuos sólidos de un vehículo de menor capacidad a uno de mayor capacidad*".

Al unísono, en la investigación de accidentes realizada por CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. realizada el 10 de junio de 2010 (Fls. 349 a 352), se citaron previamente a declarar el día 4 de junio de esa anualidad a los señores NELSON



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ROSO SÁNCHEZ, JOSÉ ALFREDO GUTIÉRREZ SANDOVAL, CARLOS TÉLLEZ y HENRRY CAMARGO (Fls. 359 a 362).

El señor NELSON ROSO SÁNCHEZ expuso que:

“Yo me encontraba al lado derecho de la Mini Matic, parte traseras sosteniendo la tabla para que la basura no se cayera, y mi compañero estaba controlando los mandos de la pala y la cortina, yo no me di cuenta en qué momento el compañero se metió dentro de la tolva sino cuando mi compañero se dio cuenta que él estaba ahí, presionando con la pala y el borde izquierdo trasero de la Mini Matic, la reacción que tomé fue avisar a mi conductor de código rojo.”

El señor JOSÉ AFREDO GIUTIÉRREZ SANDOVAL indicó:

“Llegamos a hacer la transferencia, todo transcurría normalmente, hacia (sic) un momento lo observé compactando normal, di la vuelta, observé a los otros operarios compactando desde la Mini Matic, me fui a la cabina por la parte del conductor a hacerle aseo cuando me llamaron alarmados porque el señor ya se encontraba dentro de la transferencia, llamamos de inmediato al radio”.

El señor CARLOS TÉLLEZ declaró:

“Yo me encontraba en la cabina ya que había (sic) que el vehículo debía estar acelerado y frenado, ellos se encontraban haciendo su labor cotidiana cuando se me acercó un compañero y me dijo que informara de un código rojo porque un compañero se había caído dentro y había sido aplastado”.

HENRRY CAMARGO sostuvo:

“Siendo las 4:10 a.m. hoy viernes 4 de junio, estábamos ingresando la transferencia y nos dimos cuenta cuando el compañero se cayó a la pala compactadora, ocurriendo una muerte instantánea, y cuando nos dimos cuenta se encontraba dentro de la tolva. Mi función era manejar los mandos del carro pequeño y el que ahora es muerto le pertenecía era manejar los mandos del carro grande. Además, él no tenía porque estar metido en esa área y menos sin avisar a algunos de los demás compañeros”.

Las pruebas descritas, denotan sin dubitación alguna una falta de atención del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ a las reglamentaciones que el CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. previamente tenía establecidas para el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desempeño de las actividades a desarrollar, especialmente las que giran en torno al manejo de los residuos que se trasladaban, depositaban y descargaban de los vehículos para tal fin, pues allí claramente se había determinado una prohibición para subirse a la tolva de los automotores, aspecto que como se advirtió desde los supuestos fácticos de la acción, el fallecido realizó sin que dentro del expediente repose una justificación de su actuar y que debió ser demostrado por la parte demandante al tenor de los postulados jurisprudenciales que rigen el asunto.

Tan es así, que de las declaraciones que rindieron los compañeros del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ al momento de los hechos dentro de la investigación que efectuara CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., no se vislumbra una acción entendible para que el fallecido hubiese tenido que ingresar a la tolva del vehículo, por el contrario, se aprecia de sus dichos una desatención del ex trabajador de protocolos de seguridad.

Otro aspecto a resaltar es el hecho que con un segundo concepto técnico de accidente que expidiera la ARL COLPATRIA, se referenció que el señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ contaba con experiencia previa de 60 meses para el desempeño de sus funciones, sumado a que, quedó claramente probado que con anterioridad al contrato de trabajo declarado en este asunto, ya había tenido previas vinculaciones en misión en CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., de ahí que existan reiteradas capacitaciones que le fueron realizadas entre los años 2009 y 2010, semblante que sigue sopesando una falta de atención del extrabajador de los protocolos mínimos de seguridad.

Por último, considera la Sala que los argumentos de reproche del apelante en el sentir que debió analizarse el asunto de marras bajo el escenario que la culpa del empleador se encuentra debidamente demostrada por la negligencia de los compañeros de trabajo del señor ORLANDO MUÑOZ GONZÁLEZ al momento de los hechos, resultan sin asidero como quiera que, de una parte no obra alguna prueba fehaciente que conlleve a establecer que el accidente hubiese sucedido ante una conducta indebida por parte de estos, pues se itera las probanzas indican que fue distinción precisa del occiso, y de otra, a quien le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

correspondía probar esas circunstancias era precisamente a la parte demandante en razón a la carga probatoria.

En ese orden de ideas, si bien se acreditó el daño, lo cierto es que en la ocasión del mismo no medió una culpa patronal ni un nexo causal, en tanto el insuceso se ocasionó exclusivamente por la culpa de la víctima que desatendió las instrucciones mínimas de seguridad, al punto que los compañeros de trabajo no tuvieron incidencia alguna en el ingreso del ex trabajador a la tolva, actividad que describen como prohibida, sin que se evidencia además que el empleador haya expuesto al actor a tal conducta abiertamente incongruente con el maniobrar de la actividad encomendada, sin avizorarse además que el ex trabajador se haya visto impelido al ingreso por alguna falla en las máquinas en que se desarrollaba la actividad o por alguna circunstancia que se haya presentado en la actividad.

De igual manera no se acreditó que el accidente se ocasionara por falta de vigilancia en la labor de terceras personas, siendo un hecho que no encuentra soporte probatorio alguno, máxime que no es dable que el empleador deba destinar trabajadores a fin de vigilar todas las actividades desarrolladas, en tanto la capacitación y los protocolos de seguridad deben ser acatados, pues los mismos tienden a evitar la exposición imprudente a riesgos propias de la labor. Reiterándose, no existe medio de convicción alguno que acredite que era menester que personal de la empresa vigilara constantemente la manera en que el ex trabajador desarrollaba las actividades encomendadas.

De tal manera que no es dable emitir condena bajo el argumento que cuando media una concurrencia de culpas no se exonera al empleador, por cuanto, en todo caso debe acreditarse la culpa del empleador y el nexo de causalidad, lo cual no se encontró demostrado en el presente evento, motivo que impele a confirmar la decisión de primer grado.

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 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:

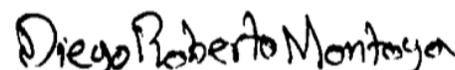
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio del 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

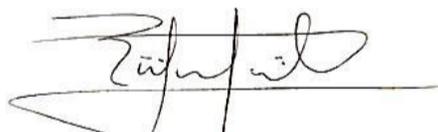
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 **10 2018 00284 01**
Demandante: LUZ DARY LÓPEZ GUZMÁN
Demandado: BEL – STAR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre 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 18 de junio de 2021 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora LUZ DARY LÓPEZ GUZMÁN promovió demanda ordinaria laboral en contra de BEL – STAR S.A. con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 1º de junio de 2009 y el 24 de abril de 2015, el cual finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora, así como que al momento del finiquito no le fueron cancelados salarios, liquidación final del contrato, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensión, prestaciones sociales e indemnizaciones a las que dice tener derecho.

Por consiguiente, se condene al extremo accionado al reconocimiento y pago del reajuste salarial, cancelación de prestaciones sociales y vacaciones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

intereses a las cesantías, sanción por despido sin justa causa, indemnización moratoria y la sanción por la no consignación de cesantías al correspondiente fondo.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones refirió que ingresó a laborar al servicio de la pasiva desde el 1º de junio hasta el 24 de abril de 2015, calenda última en la que el contrato finalizó sin justa causa.

Que el cargo desempeñado fue el de Juez Sensorial de Fragancias y Desodorantes en el área de Análisis Sensorial en las instalaciones de la accionada, consistente en realizar pruebas en piel, cabello, compactos, emulsiones, esmaltes, maquillaje y envases, cumpliendo un horario de 8:00 a.m. a 3:00 p.m., sin hora de almuerzo ni descanso.

Indicó que por las labores propias del cargo su jornada semanal era de 4 días, ya que su trabajo se fundamentaba en el sentido del olfato, por lo que debía descansar para que en las pruebas subsiguientes se encontrase en completo funcionamiento.

Que la demandada para el pago del salario la requería para que presentara previamente una cuenta de cobro, era la pasiva quien le impartía órdenes y le suministraba elementos para el desarrollo de sus labores, al igual que se le distinguía con un uniforme de bata azul el cual la diferenciaba como Juez Sensorial, e incluso de manera mensual la pasiva la remitía a revisiones con una dermatóloga quien le examinaba el estado de su piel, revisiones con medicina general para la revisión de su presión arterial, el estado de sus piernas en razón a los largos periodos de sedentarismo en el laboratorio y la sometían a pruebas de espirometría.

Argumentó que recibía órdenes directas de la científica MARÍA DEL PILAR HERENCIA ORTEGA quien se desempeñaba como Química Farmacéutica y de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

unos ingenieros que establecían las pautas del trabajo, que la empresa le ordenaba realizar capacitaciones obligatorias de carácter teórico prácticas, debía al término de cada jornada diligenciar la guía de técnicas del trabajo donde se constataba la información por ella suministrada en cada prueba, entre otras funciones.

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 demandante nunca tuvo relación laboral, por el contrario, desempeñó actividades de carácter netamente comercial y por ende, excluyente de la relación laboral como se puede denotar de los documentos denominados *“CARTA DE COMPROMISO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO”*.

Que la actora sin estar sometida a ninguna subordinación se presentó a las instalaciones de la sociedad con la finalidad de hacer uso de su sentido del olfato sobre fragancias y otros productos de belleza en aras de emitir un juicio de valor totalmente independiente y autónomo.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de subordinación laboral, falta de causa material, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago, pérdida del derecho a la indemnización moratoria y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de junio de 2021, declaró probada la excepción denominada inexistencia de contrato de trabajo que formulara la demandada, absolviéndola de las pretensiones formuladas en su contra.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión la *a-quo* manifestó que de las probanzas del plenario, en especial el interrogatorio de parte y los testimonios practicados, se logró auscultar que efecto la demandante prestó sus servicios personales para la empresa demandada como Juez Sensorial, constituyéndose así la presunción de un verdadero contrato de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del C.S.T., por lo que atendiendo los presupuestos jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le atañe al empleador desvirtuar la existencia del vínculo contractual.

Que tal aspecto se logró desvirtuar por la encartada, dado que dentro del juicio se probó que la prestación del servicio desarrollado por la demandante se ejecutó de manera independiente a través de un contrato de prestación de servicios y en forma voluntaria, actividad que por demás no fue continua ni mucho menos subordinada, de ahí que no se hayan constituido la totalidad de los elementos del contrato de trabajo dispuestos en el artículo 23 del C.S.T.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Adujo que este cuerpo Colegiado debe realizar un análisis minucioso de la totalidad de las pruebas, en tanto la operadora judicial emitió su decisión en favorecimiento únicamente de la empleadora.

Que se verificó la existencia de un salario, existió además subordinación ya que la actividad desempeñada se debía realizar bajo los parámetros dispuestos por la pasiva, aunado a que está plenamente probado el horario en la medida que en las normas Icontec se enrostran los tiempos en que se debían exhibir los productos.



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.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo.

En segundo lugar y de salir adelante el problema jurídico principal, se determinará la procedencia de las pretensiones de carácter condenatorio endilgadas en la demanda.

c. Del vínculo 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

Recientemente, la Corte en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante para la configuración de una verdadera relación laboral precisó:

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] 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 doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo¹, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. Derecho PUCP, 2007, vol. 60, p. 375.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

d. Del caso en concreto:

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales previamente descritos, procede la Sala a abordar el objeto de la litis, siendo del caso establecer si la labor desarrollada por la demandante como Juez Sensorial para la pasiva, estuvo sujeta a un contrato de trabajo como lo adujo la libelista.

En primer lugar, como lo determinó la falladora de instancia, no se discutió en la litis que la demandante prestara su servicio personal ante la encartada como Juez Sensorial, labor que consistía en términos generales en utilizar su sentido del olfato en ciertas fragancias, situación que incluso se aceptó por la Representante Legal de la encartada y se corroboró con los diferentes testimonios practicados durante el trámite procesal en primera instancia, tópico que por demás se corrobora con el documento suscrito por la actora denominado *“CARTA DE COMPROMISO Y CONSENTIMIENTO INFORMADO DE JUEZ PARA PARTICIPAR EN PRUEBAS DE ESTUDIO DE INVESTIGACIÓN EN EL*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

LABORATORIO DE EVALUACIÓN SENSORIAL” (Fls. 86 a 89), por lo que le atañe a la parte demandada desvirtuar el elemento subordinante.

De cara a lo aludido, se realizó un análisis detallado del acervo probatorio integrado por la declaración rendida por los testigos EDWIN MIGUEL CHÁVEZ CAMACHO y DIANA CONCUELO GARCÍA RAMÍREZ, trabajadores de la demandada.

La Sala advierte que de sus dichos se colige que la demandante de forma voluntaria participó en un programa de formación para Jueces Sensoriales; concluido el cual, participó en varias pruebas realizadas por la encartada consistente en que se convocaban a las instalaciones de la empresa a determinados Jueces como panelistas, dentro de estos la accionante, que debían hacer varias pruebas olfativas, entre ellas, las que se realizaban para determinar la intensidad de la fragancia y las denominadas triangulares, efectuando algunas en un mismo día con ciertos intervalos de tiempo, así como que se les entregaba un formulario el cual debían diligenciarlo, consistente en la identificación de la fragancia o su intensidad.

Ahora bien, los testigos EDWIN MIGUEL CHÁVEZ CAMACHO y DIANA CONCUELO GARCÍA RAMÍREZ fueron contestes en afirmar que para la realización de las pruebas en ningún momento a la demandante se le subordinó para el ejercicio de esta actividad, por el contrario, se le indicaba cuando podía asistir y se le consultaba si quería participar, pues podía no comparecer sin consecuencia alguna; que no existía programación sino un cuadro en el cual se dejaba el registro de las participaciones, además que dentro de los intervalos de tiempo entre una prueba y otra podían retirarse a hacer diligencias personales; que la demandante jamás recibió llamados de atención o se le impuso el cumplimiento de un Reglamento Interno de Trabajo y la empresa en ocasiones las remitía al dermatólogo u otorrinolaringólogo, para verificar que los productos no les generara inconvenientes médicos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

El señor EDWIN MIGUEL CHÁVEZ CAMACHO también destacó que con ocasión a los estándares internacionales, era indispensable que las participantes estuvieran relajadas durante la prueba y que por su participación se les reconocía un incentivo económico que en inicio se les cancelaba directamente, y con posterioridad la empresa dispuso que el mismo debía pagarse previa la presentación de una cuenta de cobro, pago idéntico a como lo describió la testigo DIANA CONCUELO GARCÍA RAMÍREZ.

De otra parte, se debe indicar que, si bien los testigos fueron tachados por ser trabajadores de la encartada, tal situación en modo alguno comporta que no deban ser tenidas en cuenta sus declaraciones, sino que impone para el fallador un mayor rigorismo en su análisis, como de contera ha sido explicado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, talante que se procederá a efectuar en la presente decisión, por lo que se analizarán los mismos en concordancia con los demás medios probatorios. Así en sentencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia SL 3721 del 2019, Radicado No 69418, recordó:

“Tiene dicho esta Corporación que «la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar” (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01),”

Y es tan así, que no se les asigna un juicio desproporcionado a sus declaraciones en el entendido que sus cargos dentro de la empresa se circunscriben a Líder en Categoría y Analista respectivamente, lo que conlleva a que por su actividad desempeñada al servicio de la pasiva, gocen de un



conocimiento preciso sobre los procedimientos desarrollados en lo que atañe a la actividad desempeñada por las diferentes Jueces Sensoriales, incluida la aquí demandante.

Al unísono, se resalta que las declaraciones de EDWIN MIGUEL CHÁVEZ CAMACHO y DIANA CONCUELO GARCÍA RAMÍREZ guardan congruencia con lo expuesto por la Representante Legal de la demandante en su interrogatorio de parte, como quiera que, esta última como ya se indicó, no desconoció la actividad desempeñada por la demandante, pero aclaró que la hizo de forma voluntaria y que si bien se realizó una capacitación inicial, tenía por objeto establecer que las participantes de la convocatoria contaran con las capacidades olfativas y sensitivas requeridas para ser Juez Sensorial, reseñando además que si la demandante fue remitida al médico, fue con el objeto de establecer que las fragancias no le generara ningún deterioro en la salud.

De lo hasta aquí indicado corrobora la Sala que en efecto la demandante desarrolló una actividad de forma personal para la demandada como Juez Sensorial. No obstante, le asiste la razón a la falladora de primera instancia al afirmar que la demandada derruyó la presunción legal contemplada en el artículo 24 del C.S.T, por cuanto no se evidencia que exista subordinación en el desarrollo de dicha labor, en la medida que la actora realmente de forma voluntaria aceptó participar en un programa para convertirse en Juez Sensorial y en las pruebas de olfato que ella deseara, lo cual se corrobora con el dicho de los testigos y la carta de compromiso y consentimiento informado de Juez para participar en las pruebas de estudio de investigación (Fls. 86 a 89); sin que se haya corroborado que la demandada estuviese sujeta a un horario como lo indica en el libelo genitor, en tanto los testigos EDWIN MIGUEL CHÁVEZ CAMACHO y DIANA CONCUELO GARCÍA RAMÍREZ, fueron claros al afirmar que la demandante siempre asistía en forma voluntaria y que no cumplía horario; tanto así, que podía ausentarse las veces que, por lo que no es de recibo estimar que asistiera 4 días a la semana, lo que incluso se puede confrontar con las cuentas de cobro y transferencias bancarias (Fls. 15 a 17),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pues los montos indicados en estas fueron siempre variables, lo que denota que la actividad no era desarrollada con la misma continuidad cada mes.

Sobre este aspecto y como lo puntualizó la *a-quo* en sus consideraciones, existió una contradicción entre los supuestos fácticos de la demanda y lo narrado por la demandante en su interrogatorio de parte, así como lo expuesto por la testigo ALCIRA LEGUIZAMO MORA, última quien fue Juez Sensorial al igual que la actora y sobre el mismo extremo que se alega en la demanda como declaratoria del contrato, toda vez que ambas manifestaron que la labor siempre se desempeñó de lunes a viernes, pero en el *petitum* se expone que las jornadas de trabajo lo eran únicamente de lunes a jueves, narraciones a las que la Sala les resta credibilidad para aseverar la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

Se reitera que la labor evaluativa de las pruebas era efectuada de forma autónoma, pues era la demandante en atención a la determinación de su sentido olfativo, quien calificaba las fragancias puestas a su disposición, sin que se corrobore injerencia alguna de ninguna personal, destacando que la fijación de directrices tales como no usar cremas o utilizar gorro o bata en la prueba, en modo alguno comportan órdenes, sino más bien parámetros de seguridad para la adecuada práctica de la prueba sensorial previamente establecidos como denota la Guía Técnica Icontec que aportaran ambas partes en juicio (Fls. 24 a 32 y 90 a 105); por el contrario, verifican la imparcialidad de las Jueces Sensoriales en su desarrollo, sin la presencia de factores externos. A más que se itera, que directrices de tal índole son propias de cualquier contrato de prestación de servicios, en los que deben existir parámetros de coordinación que permitan un adecuado desarrollo de las actividades, como se enunció en la jurisprudencia atrás citada.

Así las cosas, se concluye que se desvirtuó la subordinación, lo que conlleva a que la sentencia de primera instancia se confirme.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 18 de junio de 2021 por el Juzgado Décimo 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 03 2018 00386 01
Demandante: DIANA LUCÍA MUNEVAR CAÑAVERAL en nombre
 propio y en representación de la menor JHOSELÍN
 ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA, y la tercera *ad*
 excludendum EMILY VANESSA CASTAÑEDA
 MUNERA.
Demandado: COLPENSIONES.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la bogada MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con C.C. 1.032.435.292 y T.P. 289.256, en los términos y fines de poder otorgado.

SENTENCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

Por otra parte, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES y la tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA, como quiera que la decisión fue adversa 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 DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL actuando en nombre propio y en representación de la menor JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, con la finalidad que se declare que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA (Q.E.P.D.) el día 19 de diciembre de 1998, el cual se mantuvo vigente hasta el 19 de diciembre de 2013, fecha en que la autoridad judicial mediante sentencia decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal, y con posterioridad a dicho finiquito, mantuvieron vida en común de manera permanente bajo el mismo techo, lecho y mesa con la intención de conformar un hogar y de prestar auxilio mutuo, afectivo y económico hasta la fecha del deceso del causante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se declare que no hubo liquidación de la sociedad conyugal con el fallecido, siendo la única beneficiaria de la prestación en su calidad de compañera permanente supérstite en un 50%, mientras la menor JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA ostenta la calidad de hija.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 a partir del 25 de noviembre de 2015, día del deceso del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA (Q.E.P.D.), con el correspondiente retroactivo, la indexación, intereses moratorios y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

Como pretensiones subsidiarias solicitó la declaratoria que JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA es la beneficiaria del 100% de la pensión de sobrevivientes y por ende le asiste derecho al reconocimiento y pago de la prestación desde la fecha del deceso del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, junto con la indexación, intereses moratorios, y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que contrajo matrimonio por el rito católico con el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA el 19 de diciembre de 1998 y que de dicha unión se procrearon dos hijas de nombres EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA y JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA, última quien en la actualidad es menor de edad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el día 19 de diciembre de 2013 el Juez Promiscuo Municipal de Viterbo Caldas, mediante sentencia No. 113 decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio que contrajo con el fallecido señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA y consecuentemente la disolución de la sociedad conyugal que conformaran como pareja, pero pese a la disolución de dicha sociedad continuaron conviviendo hasta el deceso del causante que lo fue el 24 de noviembre de 2015, con ocasión al grupo familiar que habían conformado, así como las condiciones particulares de convivencia mutua.

Que por tal razón, la convivencia como pareja con el fallecido fue de forma permanente, exclusiva e ininterrumpida desde el 19 de diciembre de 1998 hasta la fecha de su muerte, manteniendo una relación respetuosa, siempre velando por el bienestar y cubriendo las necesidades básicas del hogar y las de sus dos hijas.

Expuso que la familia se encontraba radicada en la ciudad de Pereira, y que el fallecido hasta la fecha de su deceso compartió con su familia fechas especiales, navidades, vacaciones, fines de semana, cumpleaños, aniversarios, viajes y todo tipo de reuniones sociales con familiares y amigos, sumado a que su muerte generó carencia económica en el hogar.

Por último, argumentó que elevó solicitud de reconocimiento pensional ante COLPENSIONES en causa propia y en representación de su hija menor de edad JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA, en virtud de los cual se le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

reconoció el 50% de la prestación a su menor hija, negando el derecho a su favor.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda argumentando que la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL no es beneficiaria de la prestación en calidad de cónyuge ni de compañera permanente, pues al liquidar su sociedad conyugal suspendió los términos de convivencia con el causante y los efectos civiles legales que hoy pretende reclamar, adicional a que no existe prueba que demuestre que mantuvo con el causante de manera permanente vida en común bajo el mismo techo, lecho y mesa con la intención de conformar un hogar y de prestarse auxilio mutuo, afectivo y económico hasta la fecha del deceso.

En lo que atañe al derecho de la menor JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA no encontró reproche pues adujo que previamente ya se le había reconocido la prestación.

Formuló las excepciones denominadas prescripción, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Resalta la Sala que en inicio el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 11 de marzo de 2020, donde condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

50% de la mesada pensional en calidad de compañera permanente supérstite del afiliado JUAN CARLOS CASTAÑEDA a partir del 25 de noviembre de 2015, porcentaje que será incrementado en un 50% una vez su hija JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA cumpla los requisitos para perder el beneficio pensional; condenó a COLPENSIONES a pagar a la demandante los intereses moratorios a partir del 24 de mayo de 2018 y hasta la fecha en que se verifique la inclusión en nómina de pensionados, autorizando a la entidad a descontar el retroactivo pensional y costas a la encartada.

Por ello, la sentencia fue apelada por la entidad, de ahí que la Colegiatura admitiera el recurso y declarara a su favor el grado jurisdiccional de consulta, lo que conllevó a que mediante decisión emitida el 30 de noviembre de 2020 decretara la nulidad de la sentencia proferida por el fallador de instancia, por incurrirse en la causal de nulidad de que trata el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P., bajo el entendido que dentro del presente asunto se omitió vincular a la señora EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA, sujeto que es hija del fallecido y que para el momento del fallecimiento de este contaba con 19 años de edad, por lo que eventualmente tenía derecho a la pensión de sobrevivientes de conformidad con lo establecido en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

La integrada como tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA, y quien acredita ser hija del causante, quien se allanó a las pretensiones de la demanda, manifestando que a la fecha del deceso del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, era mayor de edad y no se encontraba cursando estudio para el reconocimiento de la prestación conforme lo dispone la normatividad que regula la materia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Debido a todo lo expuesto, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL el 50% de la mesada pensional en su condición de compañera supérstite del afiliado fallecido JUAN CARLOS CASTAÑEDA (Q.E.P.D.), a partir del 25 de noviembre de 2015, porcentaje que será incrementado una vez su menor hija JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA cumpla con los requisitos para perder el beneficio pensional, junto con el pago del retroactivo pensional debidamente indexado a partir de la ya referida data 25 de noviembre de 2015.

Condenó igualmente a la encartada a pagar a DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL los intereses moratorios a partir del 24 de mayo de 2018 y hasta la fecha en que se efectúe la inclusión en nómina, autorizando a la demandada descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social.

De otra parte, declaró que a la señora EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA no le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en su condición de hija supérstite del afiliado fallecido, declarando además no probadas las excepciones planteadas por la pasiva.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar no ser objeto de reproche que la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y JUAN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CARLOS CASTAÑEDA contrajeron matrimonio por el rito católico el 19 de diciembre de 1998, matrimonio que mediante sentencia judicial emanada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Viterbo Caldas el 19 de diciembre de 2013 fue objeto de la cesación de efectos civiles del matrimonio, de ahí que por lo menos hasta esta última calenda se demuestre que la pareja convivió.

Que también se demostró que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA falleció el 24 de noviembre de 2015 como se demuestra del Registro Civil de Defunción, por lo que el estudio pensional debe efectuarse a la luz de lo preceptuado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

En tal sentido, en atención de los parámetros legales y jurisprudenciales independiente de la cesación de efectos civiles del matrimonio, de las pruebas que envuelven el juicio se logró establecer que DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL acreditó en su calidad de compañera permanente la convivencia en lo que atañe al modo, tiempo y lugar dentro de los últimos cinco años anteriores al deceso del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, convivencia que incluso se mantuvo en forma ininterrumpida desde 1998.

Que en lo que atañe al derecho que le podría asistir a EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA en calidad de hija del causante, fue ella misma quien al contestar la demanda afirmó que no existe persona con mayor derecho que el de DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL, adicional a que para la fecha del fallecimiento del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA, era mayor de edad y no acreditó estudios para percibir la prestación hasta los 25 años de edad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que respecta a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, decidió la condena de los mismos bajo el entendido que era evidente que la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL era merecedora de la pensión de sobrevivientes, situación que fue negada por la encartada a través de diferentes actos administrativos, condena que impuso a partir del 24 de mayo de 2018.

III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Sostuvo en su alzada que dentro del presente asunto existe sentencia judicial mediante la cual se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal entre la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y el causante JUAN CARLOS CASTAÑEDA, y que contrario a lo decidido por el fallador de instancia, del caudal probatorio no se logró demostrar la convivencia de la pareja dentro de los últimos cinco años al deceso del causante.

Que resulta improcedente la condena por concepto de intereses moratorios como quiera que no existía prueba idónea que conllevara al reconocimiento pensional de la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL, al igual que la solicitud de reconocimiento de la prestación fue resuelta dentro de los dos meses siguientes como lo exige la norma, adicional a que en caso de prosperar la condena debe analizarse el término de aplicación atendiendo lo regulado en las sentencias C-1024 de 2004 y T-588 de 2003.



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.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá establecerse si a la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y a la tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA les asiste el derecho el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA (q.e.p.d.).

c. De la calidad de afiliado del causante:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA (Q.E.P.D.) falleció el día 24 de noviembre de 2015, según se corrobora del Registro Civil de Defunción (Fl. 19), acreditando un total de 93 semanas cotizadas como se advierte de las Resoluciones SUB 128666 del 15 de mayo de 2018, SUB 184938 del 11 de julio de 2018 y DIR 15051 del 15 de agosto de 2018 (Fls. 39 a 42, 52 a 57 y 58 a 62).

Tampoco el hecho que la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL en la actualidad cuenta con 45 años de edad por cuanto nació el 7 de agosto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

1976 como se constata de la copia de su cédula de ciudadanía (Fl. 17), y que la vinculada como tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA es hija del fallecido y de DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERA conforme milita del Registro Civil de Nacimiento (Fl. 32).

Debe destacarse igualmente que la encartada en la citada Resolución SUB 184938 del 11 de julio de 2018 (Fls. 52 a 57), reconoció pensión de sobrevivientes a JHOSELIN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA en su calidad de hija menor del causante en un 50%, prestación que se reconoció de carácter temporal, reseñándose claramente que se pagaría hasta el día 29 de diciembre de 2019, día anterior al cumplimiento de la mayoría de edad de la menor, y hasta el 29 de diciembre de 2026, día anterior al cumplimiento de 25 años de edad, siempre y cuando acredite escolaridad conforme a los parámetros normativos, situación de consanguinidad que se acredita con el Registro Civil de la menor que da fe que nació el 30 de diciembre de 2001 (Fl. 30).

En tal sentido, y al haberse determinado que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA falleció el 24 de noviembre de 2015, las normas llamadas a gobernar la presente controversia son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales disponen para el caso de la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA lo siguiente:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

“[...]



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

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

c) <Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;”

d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional:

Atendiendo lo anterior, y como ya se referenció, no es objeto de discusión que el fallecido señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA acreditó el requisito de las 50 semanas durante los últimos tres años anteriores a su deceso, prueba de ello son los diferentes actos administrativos que emitiera la encartada donde



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

corroborar que el causante cotizó por el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2013 y el 23 de noviembre de 2015, un total de 93 semanas.

Verificada la anterior precisión, le resta a la Sala por establecer si la demandante tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe.

En tal sentir, lo primero que vale recabar es que conforme la precitada normativa son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con la causante y haya convivido con la fallecida no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Ahora bien, en una primera oportunidad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, se pronunció respecto del alcance de esta norma en sentencia del 20 de mayo del 2008, Radicación No. 32393, en la cual se determinó:

“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibídem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.

-

La segunda tesis consistió en que la normativa establece los casos en los que acorde a la norma el compañero permanente y/o el cónyuge tendrían derecho a la pensión de sobrevivientes, destacando que tan solo en una hipótesis el cónyuge con vínculo matrimonial vigente podría acceder a la pensión de sobrevivientes, acreditando cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, y ello sería únicamente cuando concurriera un compañero permanente; en tal sentir indicó:

“El evento 7 implica expresamente una excepción a la regla general de la convivencia, en cuanto permite al cónyuge sobreviviente que mantiene vigente el vínculo, pero se encuentra separado de hecho, reclamar una cuota parte de la pensión, en proporción al tiempo convivido, “...siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante”.

Ahora, vale la pena indicar que ambas posturas fueron objeto de estudio por parte de nuestro máximo órgano de cierre. En tal medida, la primera postura morigerada fue la atinente a la convivencia exigible para la cónyuge con vínculo matrimonial vigente, en la medida en que, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicaría con mayor detenimiento en la SL – 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente. Fue así como se indicó en la última de las providencias enunciadas, lo siguiente:

“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 u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho. [...]

“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.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Posición que se mantiene incólume y fue reiterada recientemente, entre otras, en la sentencia la SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113, en la cual se precisa:

“Esa orientación, pese a que en algún momento tuvo soporte en algunas decisiones emitidas por esta corporación, resulta errónea a la luz de la vigente interpretación que tiene esta Sala frente al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en tanto, como lo reclama la censura, dicha norma resguarda el derecho pensional del cónyuge separado de hecho, con vínculo matrimonial vigente, que demuestre el desarrollo de una convivencia no inferior a cinco (5) años, en cualquier tiempo, sin necesidad de más aditamentos o requisitos no previstos en la norma como el de mantener un «vínculo dinámico y actuante» hasta el momento de la muerte¹ [...]

“De otro lado, aunque el Tribunal también puso tímidamente en duda el presupuesto mínimo de una convivencia durante cinco (5) años, por la existencia de conflictos de pareja, lo cierto es que, como lo aduce la censura, ello aparejaría otro error jurídico, en tanto, como lo ha explicado esta corporación, tal presupuesto legal no se puede negar o desdibujar automática y maquinalmente por la existencia de discusiones o desavenencias familiares que, en términos proporcionales, no desdienen de una solidaridad y acompañamiento familiar estable. (Ver CSJ SL12029-2016, CSJ SL18068-2016, CSJ SL6286-2017, CSJ SL6519-2017, CSJ SL11940-2017 y CSJ SL2010-2019, entre muchas otras).

“Finalmente, no le asiste razón a la oposición al hacer hincapié en el hecho de que el demandante no «participó en la construcción de la pensión de vejez» o no acompañó a la fallecida «durante su vida productiva», por dos razones fundamentales. En primer lugar, desde el punto de vista jurídico, a pesar de que la Corte ha reivindicado esos supuestos para reforzar la argumentación tendiente a clarificar el derecho del cónyuge separado de hecho, nunca ha esbozado una regla jurídica estricta y cerrada en tal

¹ Posición jurídica que sustenta la Corte en lo que se explicó en la sentencia SL-5169 del 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sentido, que indique que quien no demuestra en el proceso esa forma de acompañamiento deja de ser beneficiario de la prestación”.

En lo que respecta a la otra postura, sentada en la sentencia con Radicación No. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, debemos precisar que la misma se mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL-793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta ese momento y precisó, que acorde a un nuevo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a la cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.

“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

“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***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

***pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, 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; (subraya y negrilla fuera de texto)*

*“Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).*

*“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.***” (Negrilla fuera de texto)

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textuales, esto es, acorde la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluye que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la *“condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida”*.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues de hecho existen diversas sentencias posteriores a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, tal como la sentencia SL-362 del 10 de febrero del 2021, Radicación No. 86239, en la cual se puntualizó:

“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 1 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal»; así lo precisó la Sala en sentencia SL 1399 de 2018: (...)

“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:

“[...]

“Finalmente, en esta oportunidad corresponde a la Sala precisar que la lectura de las anteriores citas jurisprudenciales, relativas a la connotación del vínculo matrimonial para efecto del derecho pensional del cónyuge separado de hecho, debe acompasarse con la sentencia CSJ SL 1730-2020, bajo el entendido de 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.” (Negritas fuera de texto).

Hechas las anteriores apreciaciones, desde ya debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con acreditar la calidad de cónyuge o compañero permanente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

Así las cosas, se aprecia que la demandante señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL en inicio celebró matrimonio por el rito católico con el causante el 19 de diciembre de 1998 según se acredita con el Registro Civil de Matrimonio y la certificación parroquial, al igual que obra la sentencia judicial proferida el 19 de diciembre de 2013 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Viterbo Caldas, donde se decretó la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico contraído por la pareja (Fls. 20 a 21 y 24 a 25).

En el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte a la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL quien manifestó que es Zootecnista con una especialización en docencia, que convivió con el causante desde el año 1996 hasta la fecha de su fallecimiento, procreando como pareja dos hijas, exponiendo a su vez que el señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA falleció en la ciudad de Pereira como consecuencia de un accidente de tránsito.

Que si bien hizo trámites para separarse del señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA en el Juzgado de Viterbo en el que se profirió la sentencia de cesación de los efectos civiles del matrimonio católico, en ningún momento se efectuó disolución de la sociedad conyugal, pero siempre permanecieron unidos, siendo enfática que la cesación de efectos civiles se hizo para que el causante realizara cambios en su personalidad para el bienestar de la relación siendo una de ellas la manutención de sus hijas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió que entre el año 2013 y hasta la fecha del fallecimiento del causante siempre convivieron como pareja, y que ella trabajaba en Manizales y Pereira pero viajaba todos los fines de semana a la finca donde vivían, por lo que el causante a partir de octubre de 2014 vivió donde la madre, pero teniendo un trato permanente con ella y frecuentándose como pareja aproximadamente cada ocho o quince días en la finca o en la Ciudad de Pereira. Manifestó no tener conocimiento si el causante desde el año 2013 y en adelante hubiese tenido otra relación amorosa ni tuvo hijos con otra persona.

Se recepcionó el testimonio de CLARA INÉS CIFUENTES MORALES, manifestando que conoció al señor JUAN CARLOS CASTAÑEDA desde el año 1996, fue novio de DIANA LUCÍA MUNERA CASTAÑEDA, la cual al quedar embarazada se fue a vivir como pareja con el hoy fallecido a Puerto Tejada, posteriormente se casaron y procrearon una segunda hija, de ahí se fueron a vivir a Viterbo aproximadamente en el año 2005, y ella como declarante tuvo contacto con el causante hasta la fecha de su deceso

Que después que la demandante empezó a trabajar en la ciudad de Pereira la pareja siempre estuvo en continuo contacto en el sentido que ella se dirigía a Viterbo y el fallecido a Pereira, y esto le consta por cuanto los visitaba ya que vivía a quince minutos de Pereira, exponiendo a su vez que el causante falleció para el mes de noviembre de 2015 con ocasión a un accidente que tuvo en Viterbo, luego lo trasladaron a Pereira y fue allí acaeció el fallecimiento.

Que ella como declarante asistió a la inhumación del causante al igual que lo hizo la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL, se enteró del trámite del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

divorcio de la pareja resaltando que a pesar de eso, la convivencia como esposos fue normal hasta la fecha del deceso.

Indicó que el motivo del trámite del divorcio de la pareja sucedió por cuanto tienen una niña que para esa época estaba próxima para entrar a la universidad, por lo que la accionante se separó para que el causante pudiera conseguir un trabajo y así poder sacar sus hijas adelante, pues era la actora y su familia la que aportaban económicamente al hogar, más no el fallecido. Que siempre la pareja permaneció unida a pesar que se encontraban en lugares distintos por razón del trabajo de la demandante.

Rindió declaración la tercera *ad excludendum* EMILLY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA quien manifestó que es hija de DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y del fallecido JUAN CARLOS CASTAÑEDA. Que la relación de sus padres entre el año 2013 y 2015 fue vía telefónica y se veían cada ocho o cada quince días aproximadamente por cuanto tuvieron que cambiar de domicilio por asuntos laborales.

Que su madre siempre estuvo pendiente de su padre, en especial en lo referente a su situación médica, y que su padre siempre fue beneficiario del sistema de salud de su madre, sosteniendo que la causa del fallecimiento de su padre fue un accidente de tránsito, y su madre se hizo cargo de las exequias y todo el tema de Medicina Legal.

Expuso que el divorcio de sus padres en el año 2013 sucedió porque su padre no se visionaba en un futuro para la educación de ella, por lo que su madre lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

presionó con dicho divorcio en aras que este se reorganizara económicamente. Que la comunicación de la pareja fue muy afectiva basada en el respeto, y el causante desde el año 2013 hasta el año 2015 vivió con la madre ya que su lugar de trabajo era el Municipio Viterbo, así como que los gastos económicos de la pareja eran compartidos.

La testigo MARÍA ELCIRA CIFUENTES señaló que conoció al causante en Viterbo porque fueron vecinos desde años atrás por vivir en el mismo municipio, conociendo allí también a DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL aproximadamente hace 34 años, ya que como declarante laboró con la madre de ella.

Que DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y JUAN CARLOS CASTAÑEDA procrearon a su primera hija, luego se casaron, sin tener conocimiento de la cesación de efectos civiles de la pareja, así como que el causante falleció en el mes de noviembre de 2015, cuando tuvo un accidente en una moto en una vereda de Viterbo.

Que siempre vio a la pareja juntos, y si bien la accionante trabajaba en Pereira, viajaba cada quince días a Viterbo a reunirse con el fallecido, dando fe de ello como quiera que siempre se le veía a la pareja en el pueblo, inclusive en fiestas navideñas. Tiene conocimiento que el causante ayudaba económicamente en el hogar pues lo conoció desde muy joven, de ahí que expusiera que el causante siempre fue responsable con su hogar.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La testigo KATHERINE LÓPEZ ORTEGA indicó que conoció al causante aproximadamente en el año 2013 ya que era compañera de estudios de la demandante, por lo que se reunían en la casa de esta última a hacer trabajos; asevera que la actora y el causante eran pareja y por lo general los observaba juntos los fines de semana o cada quince días, además que ella trabajaba con la demandante.

Recuerda que el fallecimiento del causante ocurrió aproximadamente en el mes de noviembre de 2015, que siempre respondió económicamente por el hogar, tanto así que la actora le comentó que en algunas ocasiones el causante se demoraba para colaborar respecto de los gastos de sus hijas pero aun así lo hacía.

Por tal razón, la Sala puede concluir al igual que el fallador de instancia, que dentro del presente asunto a pesar que en el matrimonio de la pareja conformada por DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL y JUAN CARLOS CASTAÑEDA, mediante sentencia judicial se decretó la cesación de los efectos civiles el 19 de diciembre de 2013, permaneció una convivencia constante e ininterrumpida hasta la fecha del fallecimiento del causante ocurrida el 24 de noviembre de 2015, cobijada de ayuda mutua e incluso apoyo económico.

Ello por cuanto, las declaraciones de CLARA INÉS CIFUENTES MORALES, MARÍA ELCIRA CIFUENTES y KATHERINE LÓPEZ ORTEGA, fueron concordantes y precisas en manifestar que si bien la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL se trasladó por cuestiones laborales y de estudio a la ciudad de Pereira, quedándose el causante en el Municipio de Viterbo – Caldas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

lo cierto es que el distanciamiento en nada afectó para la fecha del deceso del causante la convivencia entrañable e incondicional que los envolvió en su vida amorosa, pues a juicio de la Colegiatura quedó ampliamente demostrado que la pareja se reunía cada ocho o quince días aproximadamente desde el año 2013 y en adelante, compartiendo una vida de pareja.

Y es que los testigos también enfatizaron que la accionante en todo momento permaneció pendiente de la salud del causante hasta cuando este tuvo el accidente de tránsito en Viterbo, siendo trasladado a la ciudad de Pereira donde falleció, y que, tanto la actora como el causante al vivir en sitios diferentes se trasladaban a Viterbo y a Pereira respectivamente para frecuentar su relación, sumado a que quedó por sentado que existía un apoyo económico como pareja, tanto así que la tercera *ad excludendum* EMILLY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA, concluyó que la cesación de los efectos civiles del matrimonio ocurrida en el año 2013 se dio con ocasión a que su padre no quería ofrecer un apoyo necesario para la manutención del hogar, y que con posterioridad a ello, el causante lo empezó a realizar de manera constante.

Aunado a ello, debe advertirse que lo declarado por la testigo MARÍA ELCIRA CIFUENTES guarda congruencia con la declaración extra proceso que ella misma suscribió el 23 de septiembre de 2017, y las demás declaraciones extra proceso rendidas por FABIO ANTONIO PARRA MURIEL y la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL (Fls. 33 a 35); circunstancia por la cual, al tenor de los postulados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo una de ellas la sentencia SL3452-2021, Radicación No.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

77759 del 11 de agosto de 2021, se puede colegir que dentro del presente asunto sin ninguna dubitación se encuentra configurada la convivencia entendida como la afectiva comunicad de vida, construida sobre una real convivencia de la pareja, basada en lazos de efecto y el ánimo de brindarse sostén y asistencia recíproca, yendo más allá de lo meramente económico, pues implica el acompañamiento espiritual permanente, proyecto familiar común, apoyo económico, el compartir vida de pareja, entre otros aspectos más, situaciones que se constituyeron en el caso de marras y que conllevan a que el concepto de familia se haya dado hasta la fecha del deceso.

Debe acotarse además, que a la accionante le asistiría el derecho pro cuanto mantuvo un vínculo matrimonial entre el 19 de diciembre de 1998 y el 19 de diciembre de 2013. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3080-2020, Radicación No. 63879 del 12 de agosto de 2020, señaló:

“De lo expuesto, no es acertada la interpretación del juzgador de segunda instancia, según la cual solo se puede contarse para efectos de la sustitución pensional, el último periodo de convivencia entre los cónyuges, y por ende, omitir por completo, por efecto del divorcio, la que se mantuvo durante el primer matrimonio pues, si al momento del deceso del pensionado había entre la pareja un vínculo matrimonial vigente, era suficiente acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años, que como se adoctrinó pudo haber ocurrido en cualquier tiempo”.

En tal sentido, la Sala habrá de confirmar la decisión de primer grado por este puntualísimo aspecto, toda vez que como lo concluyó el *a-quo*, DIANA LUCÍA MUNEVAR CAÑAVERAL es beneficiaria del 50% de la pensión de sobrevivientes en su condición de compañera supérstite del fallecido señor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

JUAN CARLOS CASTAÑEDA, porcentaje que deberá ser incrementado una vez su menor hija JHOSELÍN ANTONIA CASTAÑEDA MUNERA cumpla los requisitos para perder el beneficio pensional, prestación que deberá pagarse de manera retroactiva e indexado desde el 25 de noviembre de 2015 y en adelante, respecto del cual se le autorizará a COLEPENSIONES el descuento al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

e. Del derecho pensional de la tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA:

Como lo regula el literal c) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y al haber fallecido el causante el 24 de noviembre de 2015, la tercera *ad excludendum* EMILY VANESSA CASTAÑEDA MUNERA para dicha data tenía 19 años de edad, sin que para ese entonces hubiese acreditado estudios en aras que su derecho se pudiera extender hasta los 25 años de edad, máxime si así lo sostuvo en su contestación, por lo que atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor en que se estudia el asunto según lo preceptuado en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., no hay lugar a la revocatoria de la decisión de primer grado sobre este tópico.

f. De la condena por concepto de intereses moratorios.

Sea lo primero indicar, que en tratándose de pago de intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la Corte en sentencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

SL3405-2021, Radicación No. 79723 del 27 de julio de 2021, fue específica sobre las situaciones de su aplicabilidad, al respecto señaló:

“Ahora, aun cuando la Sala entendiera que al confirmar la decisión de primer grado avaló la imposición de los mencionados réditos, lo cierto es que resultarían procedentes conforme a lo que se explica a continuación:

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispuso que:

A partir del 1o. de enero de 1994, 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.

Tales réditos tienen una naturaleza resarcitoria y no propiamente sancionatoria, dado que buscan subsanar económicamente al acreedor por la mora del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho, en otros términos, corresponden a una compensación encaminada a aminorar los efectos adversos que produce la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones (CSJ SL13388-2014 y CSJ SL7893-2015).

En tal dirección, se ha precisado que se deben imponer al margen de la buena o mala fe en que haya incurrido la administradora, siempre que se demuestre el retardo injustificado por parte del obligado.

Además, la jurisprudencia ha establecido una serie de eventos en los que se exceptúa su pago. En efecto, la Sala ha puntualizado algunas circunstancias en las que se releva el pago de los intereses moratorios, entre estas, cuando se niega la pensión con apego minucioso a la ley vigente o cuando la prestación se otorga en virtud de un cambio jurisprudencial, dado que la entidad obligada no podía prever el nuevo entendimiento o interpretación dada a la norma que regula el derecho pensional (CSJ SL5079-2018, reiterada en CSJ SL4103-2019 y CSJ SL1346 de 2020).”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Bajo esta exégesis, a criterio de la Sala los intereses moratorios condenados en primer grado habrán de revocarse, en tanto, claro es que el derecho pensional aquí reconocido a la señora DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL fue estudiado en el *sub-judice* bajo los lineamientos del precedente jurisprudencial que envuelve el análisis normativo del pensionado no afiliado como fue el especialísimo caso del causante JUAN CARLOS CASTAÑEDA, situación que conlleva que al cumplirse uno de los presupuestos de absolución de este rédito no proceda condena, máxime si la petición de pensión fue resuelta por la encartada dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición en los términos de la Ley 717 de 2001, como quiera que se elevó el 23 de marzo de 2018 y se resolvió a través de la Resolución SUB 128666 del 15 de mayo de 2018, acto administrativo que se notificó de manera personal en esta misma calenda (Fls. 39 a 43).

Por tal razón este puntualísimo aspecto se revocará, y como consecuencia de ello se dispondrá que la condena se imponga debidamente indexada al momento del correspondiente pago en atención de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

g. De la prescripción:

De conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo regulado en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., no operó el fenómeno prescriptivo de ninguna mesada pensional, ya que el causante falleció el 24 de noviembre de 2015, elevándose solicitud de pensión el 23 de marzo de 2018, esto es, dentro del término trienal preceptuado en la norma, la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cual se suspendió hasta que la entidad mediante Resoluciones SUB 128666 del 15 de mayo de 2018, SUB 184938 del 11 de julio de 2018 y DIR 15051 del 15 de agosto de 2018, última que se notificó el 6 de septiembre de esa anualidad, resolviera los recursos de reposición y apelación respectivamente (Fls. 39 a 43, 52 a 57 y 58 a 62).

Seguidamente, la demanda se presentó el 9 de abril de 2019 como se advierte del Acta individual de reparto (Fl. 64), siendo notificada la demanda a COLPENSIONES dentro del año siguiente, más exactamente el 8 de agosto de 2019, lo que conlleva a que la prescripción alegada por la encartada no goce de prosperidad.

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 el numeral segundo de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de absolver a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

favor de la demandante DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ORNEDAR a COLPENSIONES que la pensión reconocida a DIANA LUCÍA MUNERA CAÑAVERAL se pague de manera indexada.

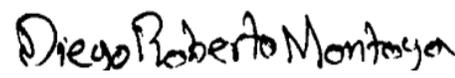
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

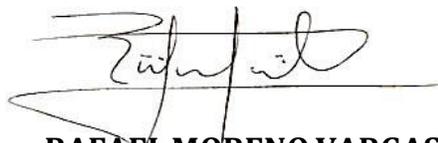
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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 2015 00303 00**
Demandante: IVAN NOSSA ALARCÓN
Demandado: COTRANSCOPETROL S.A.S.
 SEGUROS DE RIEGOS LABORALES
 SURAMERICANA - ARL SURA S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 7 de julio del 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor IVAN NOSSA ALARCON, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COTRANSCOPETROL S.A.S. y SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA - ARL SURA S.A, a fin que se declare que los hechos acaecidos el 19 de diciembre de 2013, se constituyen en accidente de trabajo al acaecer en el vehículo de labor asignado por la empresa para el cumplimiento del contrato de trabajo, obrando la empleadora con absoluta negligencia, imprevisión, descuido y omisión al no adoptar las medidas de seguridad necesarias y efectivas para garantizar la protección del trabajador, al no controlar los riesgos propios de los vehículos y equipos suministrados para el cumplimiento de sus labores.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo se declare solidariamente responsable a la sociedad SEGUROS DE RIEGOS LABORALES SURAMERICANA - ARL SURA S.A., por virtud de lo establecido en el artículo 34 del C.S.T.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia que se condene solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización plena de perjuicios de conformidad con lo establecido en el artículo 216 del C.S.T., atinentes a los perjuicios patrimoniales (daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro), y extrapatrimoniales (perjuicios morales y daño a la vida de relación), teniendo en cuenta la variación del IPC, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que el 1º de enero de 2013 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa COTRANSCOPEPETROL S.A.S, en el que se pactó que percibiría un salario de \$2'180.000, para desempeñar en el cargo de conductor para el traslado de crudo en la sede de PACIFIC RUBIALES ENERGY-CAMPO CAJUA, en el municipio de Puerto Gaitán, departamento de Meta, con un horario de trabajo de 12 horas comprendidas entre las 6 a.m. y las 6 p.m. establecidos por turnos, que rotaban cada 10 días, estando además bajo disponibilidad de 24 horas; refiere además que contaba con 39 años para la fecha del insuceso.

Expuso que el día 19 de diciembre de 2013, en las instalaciones del campamento de PACIFIC RUBIALES ENERGY, cuando se disponía a verificar el descargue del vehículo, se presentó la ruptura de uno de los estribos de la cisterna, propiciándose un golpe en el hombro derecho con el tanque de transporte y caída en el sitio de aparcamiento y descargue. Se menciona que el supervisor asignado para esa área atendió los hechos trasladándolo al sitio donde pernotaba el personal médico.

Que posterior a la caída la empresa no atendió con diligencia el siniestro, por lo que por sus propios medios salió del sitio donde estaba prestando el servicio y se dirigió a un centro asistencial para la atención requerida;



posteriormente la ARL SURA S.A. inicia la atención desde el 21 de diciembre de 2013, la cual asegura se realizó hasta el 4 de julio del 2014, fecha en la cual por parte de la ARL SURA S.A., dejaron de brindarle la asistencia médica, los procedimientos quirúrgicos, terapias, medicamentos requeridos y prestaciones económicas del caso.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La sociedad COTRANSCOPEPETROL S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó la existencia de una relación laboral desde el 1º de noviembre del 2013 y aceptó la ocurrencia del accidente en la fecha establecida, aduciendo que se garantizaron las medidas de protección y de asistencia médica, sin que el actor se haya presentado a fin de establecer que en efecto haya perdido la capacidad laboral.

Propuso las excepciones denominadas falta legitimación en la causa por Competencia y cobro de lo no Debido.

Por su parte la sociedad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Adujo no ser la empresa encargada de la Administración de Riesgos Laborales, al momento del accidente, y por tal motivo no le era dable intervenir en el proceso.

Formuló como medio exceptivo previo y de mérito el de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En audiencia llevada a cabo el 1º de diciembre de 2015 el Juzgado de primera instancia declaró probada la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva excluyendo a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., no obstante, la sociedad COTRANSCOPEPETROL S.A.S. solicitó la vinculación de SEGUROS DE RIEGOS LABORALES SURAMERICANA - ARL SURA S.A., dado que esta es la empresa que para el momento del accidente laboral estaba afiliado el señor IVAN NOSSA ALARCON.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La ARL SURA S.A. operó la *litis contestatio* señalando que el actor estuvo afiliado entre el 1º de enero de 2013 y el 1º de agosto de 2014, siendo reportado el accidente de trabajo acaecido el 19 de diciembre de 2013, por lo cual procedió a cubrir las prestaciones asistenciales del Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales, sin que se haya establecido la pérdida de capacidad laboral por falta de comparecencia del accionante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 7 de julio del 2021 condenó a la demanda COTRANSCOPEPETROL S.A.S. al pago del lucro cesante consolidado y futuro, lucro cesante y al daño moral subjetivado; absolvió de las restantes pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, refirió en primer lugar que no fue materia de discusión el vínculo laboral que ató al señor IVAN NOSSA ALARCÓN y la sociedad COTRANSCOPEPETROL S.A.S., asimismo tampoco se controvertió la ocurrencia del accidente de trabajo, pues este se aceptó en las condiciones de tiempo, modo y lugar descritos tanto en la demanda como en su contestación.

En lo que respecta a la culpa patronal y la indemnización plena de perjuicios con ocasión de la responsabilidad del empleador por la lesión del señor IVAN NOSSA ALARCON en los términos de que trata el artículo 216 del C.S.T., indicó el *a-quo* que los elementos de la responsabilidad patronal se encontraron suficientemente demostrados, como lo es la existencia del daño, la conducta omisiva del empleador y la relación de causalidad entre el daño y la culpa del empleador.

Lo anterior, dado que el daño se encuentra plenamente probado por la ocurrencia de la lesión que fue catalogada como accidente de trabajo, con una pérdida de capacidad laboral dictaminada por la Junta de Calificación Nacional de Invalidez; aunado a ello se acreditó la culpa del empleador, en tanto se desatendieron los protocolos establecidos para el mantenimiento del vehículo, pues si bien el demandante pudo haber incurrido en alguna imprudencia al momento de ascender por el peldaño a limpiar el automotor, dicha situación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no exime al empleador de mantener en condiciones debidas para el funcionamiento óptimo del vehículo, no solo en su parte estructural, sino en todo lo que concierne a las labores que se cumplen con este. De igual manera, advirtió la demostración del nexo causal, en tanto si el vehículo hubiese contado con un adecuado mantenimiento, se habría prevenido la ocurrencia del accidente de trabajo.

Por tal razón, concluyó que la culpa es atribuible al empleador, configurándose los elementos preceptuados en el artículo 216 del C.S.T. para la procedencia de la indemnización plena de perjuicios.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Resaltó en su alzada que era responsabilidad del demandante estar pendiente del estado del vehículo diligenciando sucesivamente el denominado *check list*, lo cual no reposa en el acervo probatorio; además manifiesta una actuación de mala fe del actor al ocultar información, máxime que se acreditó la culpa exclusiva de la víctima, pues fue el demandante quien generó el riesgo al operar un vehículo defectuoso, sin advertir al empleador por el medio de control dispuesto por la empresa para tales efectos.

En lo que refiere la contestación de la demanda, manifiesta que si bien se aceptaron algunos hechos, estos no conllevan a la aceptación de la culpa; además refiere que dentro del informe aportado a folio 194 se evidencia que no medió culpa patronal en el insuceso, pues si bien en las causas quedaron establecidas las fatigas del material del vehículo, ello no acredita que se haya incurrido en omisiones por el empleador o que se hayan incurrido en culpa alguna.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si medió culpa patronal en el accidente de trabajo acaecido al señor IVAN NOSSA ALARCÓN, dando lugar al pago a la indemnización plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T.

c. Del contrato de trabajo:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre el señor IVAN NOSSA ALARCON y COTRANSCOPEPETROL S.A.A., existió un contrato de trabajo (Fls. 179 a 186), desde el 19 de enero de 2013, el cual terminó el 24 de julio de 2014, según decisión del empleador adoptada el 6 de agosto de 2014.

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***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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., [subjctiva] 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...”

*“...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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 pregona 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 ”.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL492-2021, Radicación No. 67176, del 10 de febrero de 2021, señaló:

“4. En este orden de ideas, quedó establecida la concurrencia de culpas de la empresa y el trabajador. No obstante, como lo tiene explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017, CSJ SL2824-2018, CSJ SL1911-2019, CSJ SL4570-2019 y CSJ SL2335-2020).

“5. La indemnización plena de perjuicios se genera en el derecho del trabajo cuando el empleador no acata el deber de seguridad y no despliega una acción protectora, conforme a dispuesto en los arts. 56 y 57 (nls. 1 y 2) del CST. Esta obligación del empleador se concreta con la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea o, en su defecto, no disminuye los riesgos asociados a ella, y está soportada jurídicamente en que quien aspira a beneficiarse del trabajo asalariado debe asumir las consecuencias de los riesgos inherentes a él, entre otras razones, porque es quien obtiene su principal rédito en el proceso productivo (CSJ SL 3169 - 2018).

Así las cosas, como se advirtió, no existió reproche en el acaecimiento del accidente ocurrido al señor IVAN NOSSA ALARCÓN que le ocasionó la lesión en su hombro derecho, insuceso que data del 19 de diciembre de 2013, talante que no fue reprochado por ninguno de los sujetos que conforman esta litis, de



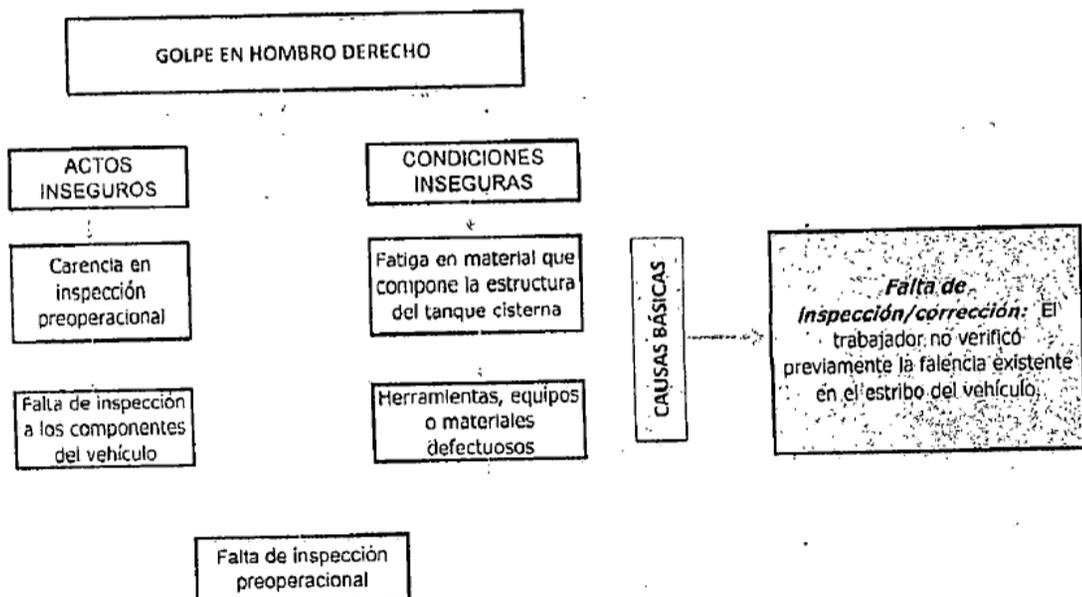
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ahí que al quedar suplido este primer requisito, la Sala entrará a auscultar si el mismo se ocasionó por culpa imputable al empleador, esto es, al no haber dado cumplimiento a las obligaciones de diligencia y cuidado que le asistían acorde con la normatividad laboral que rige la materia.

De esa manera, en atención de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrió la lesión del señor IVAN NOSSA ALARCÓN, se aprecia que en el Formato de Investigación de Incidentes o Accidentes de Trabajo para empresas afiliada a ARP-SURA Resolución 1401 de 2007 y en el Informe de Accidente de Trabajo del empleador o contratante (T. 2-Fls. 193 a 198), respecto del cual se advierte que el suceso ocurrió el 19 de diciembre a la hora de la 1:30 a.m., se obtiene una descripción detallada de la siguiente manera:

“EL DIA 19 DE DICIEMBRE DE 2013, EL SEÑOR IVAN NOSSA ALARCÓN IDENTIFICADO CON C.C. 7126371, DE CARGO CONDUCTOR, INFORMÓ QUE SOBRE LA 1:30 AM, ESTANDO EN EL DESCARGADERO RB372, CON LA INTENCIÓN DE VERIFICAR QUE SE ENCONTRABA DESOCUPADO EL TANQUE, SE SUBIÓ AL ESTRIBO DE LA MISMA DEL TANQUE ANCLADO A LA ESCALERA, AL PISAR EL SEGUNDO PASO SE ROMPIO EL MISMO HACIENDO GIRAR DE COSTADO HACIA SU LADO DERECHO LASTIMÁNDOSE EL HOMBRO”

El referido concepto, también refiere en su acápite de Diseño esquemático de Árbol de Causas del siniestro de la siguiente forma:



De la cual se deduce que por lo menos concurrieron no solo los actos inseguros que podrían ser imputables al señor IVAN NOSSA ALARCÓN, sino también se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecen como CAUSAS BÁSICAS unas CONDICIONES INSEGURAS dentro de las cuales explícitamente se señala: *“fatiga en material que compone la estructura del tanque cisterna y herramientas, equipos o materiales defectuosos”*, lo que hace arribar a la conclusión del desgaste operacional del vehículo en el cual cumplía las labores la parte activa; y si bien se puede establecer la falta de inspección del vehículo, esto no obsta para el mantenimiento preventivo de los medios para desarrollar la labor encomendada por parte del empleador.

De otro lado, a juicio de esta Sala y como lo asentó el *a-quo*, dentro del presente asunto si se logró probar la culpa suficiente y comprobada por el empleador que conlleva a determinar que las consecuencias del accidente del señor IVAN NOSSA ALARCÓN fueron producto de la inaplicabilidad patronal de las reglas de seguridad.

Nótese que el punto de partida de esta conclusión surge precisamente del mismo concepto expedido por la ARL SURA que aportó como prueba la parte demandada, que se itera, llega a la conclusión que si bien pudo haber una falta de cuidado por parte del trabajador, se verificó la desatención de las condiciones mínimas de seguridad del vehículo encomendado para la labor, las cuales estima la Sala, no fueron garantizadas por el empleador.

En efecto, al plenario no se aportó ninguna prueba que desacredite el estado defectuoso del vehículo y que permita establecer la diligencia debida en la operatividad e integridad de los vehículos; interrogado sobre este aspecto el representante legal de COTRANSCOPEPETROL S.A.S., admitió, la falta de tal documental, haciendo referencia a problemas administrativos de la empresa en ese punto de trabajo, lo que denota una desorganización en el manejo de información y atención en los procesos internos de la compañía.

Al unísono, la testigo presencial del accidente de trabajo señora ADRIANA PAOLA VAQUERO VIDAL, observa la avería en el estribo al momento de los hechos y señala a su turno que se debía hacer la respectiva revisión pre operacional, actividad que no obstante no cuenta con la rigurosidad a efectos de establecer la verdadera condición del vehículo, pues se trata de una simple



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

observación periférica, en la cual solo se alcanzan a percibir algunos elementos dentro del funcionamiento de la máquina; adicionalmente sostiene que los detalles operativos como las escaleras o estructuras adicionales la empresa no le prestaba la suficiente atención, en tanto el mayor interés versaba sobre la tracción del automotor; se debe añadir que al momento del siniestro se carecía de instrumentos de protección para el ascenso y descenso de las escaleras en las cisternas, acción realizada constantemente por los conductores.

Las pruebas descritas, denotan sin dubitación alguna una falta de atención de COTRANSCOPEPETROL S.A.S. con sus obligaciones básicas de seguridad para con el trabajador, pues se demuestra una actitud omisiva respecto al mantenimiento de los vehículos, lo cual ocasionó precisamente el insuceso acaecido por el actor.

Por último, considera la Sala que los argumentos de reproche del apelante en el sentir que debió analizarse el asunto de marras bajo el escenario de la culpa exclusiva de la víctima al momento de los hechos resultan sin asidero, como quiera que de una parte no obra alguna prueba fehaciente que conlleve a establecer que el accidente hubiese sucedido ante una conducta indebida que rompa el nexo causal derivado del estado del vehículo.

A *contrario sensu*, se acreditó el daño, con mediación de culpa patronal y del nexo causal, en tanto el insuceso se ocasionó por las omisiones del empleador al no adelantar de forma diligente las revisiones y mantenimiento oportuno y adecuado del vehículo.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2335-2020, Radicación No. 72129 del 24 de junio de 2020, señaló:

“En providencia CSJ SL, del 10 de mar. 2004, rad. 21498, la Corte precisó el anterior criterio, para señalar que no hay responsabilidad del empleador de conformidad con lo regulado en el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador accidentado, pero no cuando en tal infortunio concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo, dado que no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes. En esa oportunidad se puntualizó:



“[...] La otra inconformidad de la impugnante con el fallo del Tribunal estriba en que este para determinar la responsabilidad de la empleadora demandada en el accidente de trabajo donde murió el empleado [...] no examinó, como era su deber, si hubo negligencia, imprudencia o descuido del trabajador en la ocurrencia de dicho percance.

“Pero lo cierto es que a la luz del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que contiene una regulación especial de la responsabilidad laboral, para determinar la obligación del empleador al reconocimiento y pago de la indemnización total y ordinaria de los perjuicios le basta al juzgador establecer la culpa “suficientemente comprobada”, en la ocurrencia del accidente de trabajo o en la enfermedad profesional, de suerte que, en este caso, una vez determinada esa conducta culposa no se hacía necesario analizar la responsabilidad que en el infortunio pudiera haber correspondido al trabajador, salvo que se hubiese alegado por las demandadas que el accidente laboral se produjo por un acto deliberado de aquél, lo que no aconteció. Y se afirma lo anterior, por cuanto, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, no es posible que la responsabilidad laboral del empleador desaparezca por la compensación de las faltas cometidas por las partes”.

“Así lo dijo en la sentencia de la extinta sección primera del 9 de febrero de 1984, a la que corresponden los apartes que a continuación se transcriben: “<Los principios jurídicos arriba expuestos, que surgen nítidamente en el campo del derecho laboral, encuentran apoyo inequívoco en el moderno derecho civil que en materia de ‘neutralización de actividades peligrosas’ o ‘neutralización de culpas’, no acepta que la responsabilidad desaparezca por la compensación de faltas cometidas por las partes. Menos aún en casos como el presente, en que no hubo acto deliberado y ni aún voluntario de la víctima, ni culpa grave de su parte-conforme se ha visto- de suerte que no tiene aplicación la fórmula clásica volenti non fit iniuria>

“De lo citado se concluye que no se presentará la responsabilidad del empleador de que trata el señalado artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el accidente de trabajo haya ocurrido por culpa atribuible exclusivamente al trabajador, pero no cuando en tal insuceso concurra la culpa de los dos sujetos de la relación de trabajo”.

“[...]”

“Así las cosas, siguiendo las anteriores directrices o enseñanzas jurisprudenciales que la censura no logra hacer variar, y como en el asunto a juzgar, quedó debidamente acreditada la culpa de la empleadora demandada, lo cual no es materia de cuestionamiento en sede de casación, en definitiva, no puede operar la compensación de culpas en los términos peticionados en el ataque, ni la reducción en el monto de la condena por la referida indemnización. Además, no se olvide que no está demostrada culpa del colaborador en la ocurrencia del suceso, que en voces del artículo 2357 del Código Civil tiene que ser determinante.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De tal manera que en el presente evento se acreditó de manera fehaciente la culpa patronal, en tanto el insuceso acaeció ante la *“fatiga en material que compone la estructura del tanque cisterna y herramientas, equipos o materiales defectuosos”*, y si bien también se señala que el trabajador no verificó la falencia del estribo, lo cierto es que tal situación ni implica acreditar una culpa exclusiva de la víctima, dado que el empleador tenía la obligación de velar por el mantenimiento y operatividad de los vehículos, sin que sea dable exonerarlo de responsabilidad ante la alegada por el recurrente, concurrencia de culpas.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **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 7 de Julio del 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

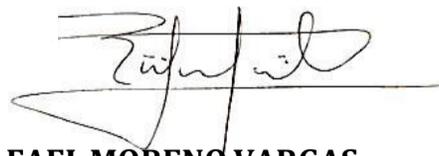
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 **04 2020 00066 01**
Demandante: NUBIA ILIANA GALÁN DELGADO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de agosto de 2021.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora NUBIA ILIANA GALAN DELGADO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. a efectos que se declare la nulidad de la afiliación y correspondiente traslado de régimen pensión de ahorro individual efectuado por la demandante el 1º de junio de 1999, con la sociedad Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., toda vez que en la etapa precontractual, nunca le proporcionaron una información completa, comprensible y oportuna sobre una elección de régimen pensional a fin de ilustrarla en las diferentes alternativas, ventajas, desventajas, beneficios e inconvenientes en uno y otro régimen; se declare que el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no fue válido, y en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior, retornando automáticamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver al sistema todos los dineros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que hubiera recibido por 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 se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de junio de 1999, no obstante, precisa que para la data del traslado jamás se le brindó una información completa y comprensible para adoptar una elección de régimen pensional ilustrada, ni le indicaron cual era el capital necesario para acceder a la pensión de vejez, ni que modalidades existían, como tampoco se le hizo un estudio de su situación particular.

No obstante, refiere que se le indicó que el monto de la pensión sería superior al que obtendría en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; señala que el 3 de enero de 2020 mediante derecho de petición elevado a PROTECCIÓN S.A., solicitó información sobre los parámetros que se tuvieron en cuenta para su afiliación, sin que exista constancia alguna de la información suministrada.

La AFP PROTECCIÓN S.A. le realizó una simulación acorde a la cual el monto de la pensión para el año 2021 ascendería a \$1.139.394, precisando que el monto de la mesada pensional en COLPENSIONES le resulta superior. Finalmente, que el 3 de enero del 2020 solicitó a COLPENSIONES la afiliación y traslado de régimen, pero la misma le fue negada a través de comunicación del 7 de enero del 2020.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Precisa que se puede analizar en el formulario de afiliación que el mismo se suscribió de forma libre y espontánea.

Propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la genérica.

COLPENSIONES a su turno se opuso a las pretensiones indicando que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma libre y voluntaria, en goce de su derecho a la libre escogencia de régimen.

Propuso como medios exceptivos los que denominó la inoponibilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo proferido el 2 de agosto del 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, administrado por PROTECCIÓN S.A. el cual se realizó el 1º de junio de 1999; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen, y por ende, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas; ordenó a COLPENSIONES que una vez efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida con sus correspondientes aportes, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como sustento de su decisión rememora lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia con Radicación SL 17595



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de 2017, en la que se indica que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, por lo que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute del derecho, por lo que tienen el deber de proporcionar la información completa y comprensible, máxime que se debe diferenciar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

Así, como quiera que desde la demanda la parte actora indicó que no se le ha otorgado la información suficiente, en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia 68852 de abril de 2019.

Concluyó que es la AFP quien debía demostrar que le otorgó la información debida a la demandante, *onus probandi* que no cumplió, en tanto solo aportó el formulario de afiliación, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES presenta recurso de apelación en el que en suma indica que existió un abandono absoluto por parte de la demandante frente a su derecho pensional, tal como se verifica en el interrogatorio de parte.

Indica que la demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria, sin que haya mediado presión alguna ni una indebida asesoría. Por el contrario, como se indica en el interrogatorio de parte, el único motivo por el que se trasladó en 1999 fue en tanto le informaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, suceso que quedó desvirtuado con el Decreto 2012 del 2011, por medio del cual entró en operaciones COLPENSIONES, tal como en efecto fue manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, al indicar que sabía sobre la existencia del fondo pensional.

Igualmente, a la demandante se le proporcionó la información adecuada, por parte del fondo al cual se encuentra afiliada, conocía cuáles eran los aportes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

voluntarios y los beneficios tributarios. Además, se le hizo una reasesoría, en la cual se le indicó la diferencia en las mesadas en cada régimen, pese a lo cual decidió de manera libre y voluntaria permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En ese sentido, la demandante faltó a su deber respecto de su futuro pensional.

De otro lado se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, máxime que en virtud del mismo se estableció el periodo de carencia con objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común e incluso la afectación de las garantías de los afiliados que cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional, en virtud del concepto del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la Carta Política y el de eficiencia pensional.

Finalmente, reitera que la Corte Suprema de Justicia hace alusión a la necesidad probatoria de establecer la existencia de un vicio al momento de realizar un traslado y analizar las particularidades de cada caso en particular, soslayándose en primera instancia que la accionante no era una filiada Lego, al ser enfermera profesional, por tanto podía buscar asesoría, aunado a ello que no contaba con ninguna expectativa legítima al momento de su traslado.

A su turno, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. presenta recurso de apelación en lo atinente a los gastos de administración, pues dicha deducción operó por ministerio de la ley, además los montos fueron administrados de manera correcta y oportuna, presentado rendimientos superiores a los aportes que ha realizado. Por tanto, dicha cuenta no ha sufrido ningún detrimento. Por el contrario, se ha beneficiado de la misma.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 desvirtuarse 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 de la demandante a PROTECCIÓN S.A. del 28 de abril de 1999 (Fl 123), 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. Lo anterior, en tanto se limitó a indicar que en el año 1999 laboraba en el área comercial de una empresa, en donde se realizó una reunión en la cual asesores de la AFP informaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES sería liquidado, y por lo tanto, la única opción que tenían eran los fondos privados.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de	Contenido mínimo y alcance del deber de información
--------------------------	--	--



	pensiones a dar información	
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora una confesión que se le haya suministrado a la actora para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, no se aportaron pruebas que demuestren el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual, esta Sala comparte la decisión del *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja 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, 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 las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros previsionales, 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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 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»”.

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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.

De otra parte, en lo que respecta a 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. Criterio que a juicio de la Sala se extiende inclusive a los gastos de administración, rendimientos y las primas de aseguramiento, por cuanto en últimas, estos fueron sufragados con cargo a los dineros que recibió la AFP por concepto de cotizaciones.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

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

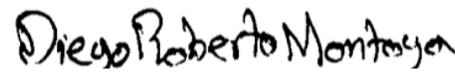
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto del 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

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

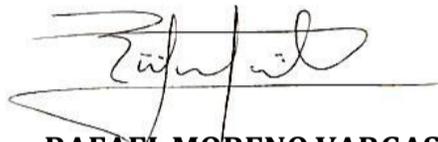
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



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