

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR WILBERTO DE JESÚS MARTÍNEZ QUIROZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 02 2018 00283 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante y la demandada COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 2 y 5 de febrero de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por la Juez Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 25 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:13:14, acta de audiencia expediente virtual), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado del demandante ***WILBERTO DE JESÚS MARTINEZ QUIROZ*** identificado con cédula de ciudadanía 6.880.161 del régimen de ahorro individual realizado el 20 de mayo de 1994 con Colfondos S.A conforme a lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A pensiones y cesantías a trasladar dentro de los 45 días siguientes de la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante ***WILBERTO DE JESUS MARTINEZ QUIROZ*** identificado con cédula de ciudadanía 6.880.161 y que hubiese recibido producto de la afiliación del demandante con dicha entidad tal

como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses es decir con los rendimientos que se hubiesen causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del código civil sin que haya lugar a que dichas sumas se realicen descuentos como lo son los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes del accionante WILBERTO DE JESUS MARTINEZ QUIROZ identificado con cédula de ciudadanía 6.880.161 al régimen de prima media con prestación definida administrado por esa entidad proceda a corregir y actualizar su historial laboral y tenga como uno de sus afiliados al demandante como si nunca se hubiese trasladado.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor demandante WILBERTO DE JESUS MARTINEZ QUIROZ identificado con cédula de ciudadanía 6.880.161 conforme a los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 797 del 2003 por trece mesadas al año una vez este acreditada su desafiliación del sistema debiendo calcularse un monto aplicable según las normas favorables del artículo 21 de la ley 100 de 1993 y aplicándose una tasa de remplazo de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de dicha normatividad de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

QUINTO: Dadas las resueltas del juicio se **DECLARAN** no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte accionada Colfondos S.A pensiones y cesantías dentro de las que deberá incluirse el concepto de agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SÉPTIMO: Si no fuere apelado el presente fallo **CONSÚLTESE** con el superior.”

Inconforme con la decisión los apoderados judiciales de las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente COLFONDOS presenta inconformidad únicamente en lo atinente a la devolución de los gastos de administración, de pensión mínima y primas de aseguradoras, precisando que tales descuentos se efectúan por disposición del Decreto 4982 de 2001, no se encuentran en cabeza de esa administradora de pensiones y actualmente están amparando los riesgos de invalidez y muerte del actor

Adicionalmente, sobre el punto refiere no haberse establecido dentro de la fijación del litigio la devolución de dineros que estuviesen en poder de terceros quienes además no fueron vinculados al proceso, con lo que estima, se vulnera su derecho

de defensa y contradicción¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:17:37, acta de audiencia expediente virtual).

A su turno COLPENSIONES, aduce, si bien el demandante tenía derecho a recibir información suficiente, veraz y oportuna, al momento del traslado, así como los riesgos que podrían derivarse de la suscripción del contrato, no podía perderse de vista que el actor demandante también tenía deberes pues la ley prevé posibilidades para hacerlo.

Memora, conforme el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, tenía la posibilidad de retractarse dentro de los 5 días siguientes a su traslado, pero el mismo no fue ejercido por el demandante y, por el contrario, este permaneció vinculado al RAIS por más de 20 años sin manifestar inconformidad alguna.

Del mismo modo señala, las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993 esta norma que es de alcance nacional e impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por lo tanto, dice, a partir de su promulgación no es dable alegar la ignorancia como excusa.

En sentir de ese extremo procesal, resulta inadmisibile que se solicite el traslado cuando ya se encuentra en la edad para pensionarse, aduciendo un engaño por parte de una administradora en la que, insiste, ha estado afiliado por más de 20 años.

¹ “Gracias su señoría siendo la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la condena de devolver los gastos de administración de pensión mínima y las primas de la aseguradora e solicito a los honorables magistrados revoque la condena por conceptos de costas por conceptos de garantías de gastos de pensión en mínima y gastos de prima de aseguradora el cual se realiza por disposición legal conforme al decreto 4982 del 2007 artículo primero según el cual del aporte destinado al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte se distribuye el 11.5% con destino al CAI el 1.5% para el fondo de garantía de pensión mínima y el 3% de la comisión de administración es decir que estos recursos no están en poder de Colfondos, además en la fijación de litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuviesen en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso violándose así su derecho de defensa y de contradicción, Al paso de dichas garantías también fueron descontadas para Colfondos por tanto solicito a los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá se absuelva a mi representada de trasladar dichos conceptos al RPM pues no hay lugar a la misma máxime cuando la afiliación del RAIS estará vigente hasta la ejecutoria de este fallo y por tanto aun con la declaración de ineficacia o nulidad estará protegido y amparado el actor por los riesgos de invalidez y muerte razón de más para que se revoque la orden impuesta a Colfondos de devolver el porcentaje legalmente destinado al pago de las pólizas previsionales de aseguradora y garantía de pensión mínima de lo anterior solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, gracias su señoría.”

Con relación al reconocimiento de la pensión de vejez, alega no ser posible proceder en ese sentido como quiera que el demandante no se encuentra afiliado en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, de allí que esa entidad carezca de legitimación para reconocer la prestación y, en todo caso, esa entidad no cuenta con semanas a favor del demandante en razón a la emisión del bono pensional.

De confirmarse la sentencia dice, el derecho pensional deberá estar sujeto a la materialización de la migración a COLPENSIONES de los dineros por parte de COLFONDOS, máxime si se tiene en cuenta que nunca reclamó ante esa entidad la pensión² (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:19:33, acta de audiencia expediente virtual).

² “Gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación ante el tribunal superior Sala Laboral en los siguientes términos:

Aseguro la demandante que la administradora de fondo pensional Colfondos no le puso presente la información pertinente y completa, debe decirse que si bien el demandante tenía derecho a recibir esa información suficiente, veraz y oportuna así como los riesgos que podrían derivarse de la suscripción del contrato es de advertir que el demandante también tenía deberes como lo es el de informarse conforme al contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, toda vez que la legislación le ha otorgado herramientas para hacerlo del artículo 3 del decreto 1161 de 1994 que le brinda la posibilidad de retracto dentro de los cinco días siguientes a la suscripción del traslado de régimen derecho que el actor no ejerció y por el contrario permaneció por más de veinte años afiliado en el RAIS en la AFP Colfondos sin manifestar su inconformidad excusándose en el desconocimiento de la ley por ello es necesario traer a colación lo que ha ratificado la CSJ a través de la ponencia del doctor Luis Carlos SÁCHICA de marzo 30 de 1978 donde estableció “ La libertad no es la incondicionalidad de la voluntad el hombre en sociedad debe arreglarse su voluntad a la ley para ser compatible sus derechos con los de los demás se es libre dentro de la ley ejercer los derechos en ella reconocidos sin la protección y garantía de ley nadie tiene derechos y se está a merced del más fuerte”

Así como también es de advertir que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de ese régimen están consignadas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 de 1993 esta norma que está al alcance nacional e impone su conocimiento a todos los ciudadanos y a partir de su promulgación por lo tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa, lo anterior lo reitera la corte constitucional en sentencia posterior es decir en la C-651 de 1993 magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tiene que ver con su conducta, la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de cada uno; pues si así ocurriera el mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria se sustituiría la anarquía que la imposibilita. Resulta inverosímil que aquí el demandante hubiera firmado un documento sin haber formulado si quiera alguna inquietud o duda de la decisión tan importante que iba a tomar como lo es su futuro pensional, adicional a lo anterior es necesario que se documentara e informara por sus propios medios de sus derechos, obligaciones, así como de las consecuencias de la decisión que por su propia voluntad suscribió.

También resulta inadmisibles que teniendo la edad para pensionarse decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo un engaño por parte de las AFP en las que ha estado afiliado por más de veinte años, motivos más que suficientes que imposibilitan a mí representada al reconocimiento de pensión por parte de mí representada.

De otro lado frente al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con los preceptos establecidos en la ley 100 de 1993 se debe establecer que no es posible dicho reconocimiento teniendo en cuenta que el demandante no se encuentra afiliado al RPM Colpensiones y por lo tanto la misma carece de legitimación para reconocer dicha pensión decretada, adicional a lo anterior tiene que establecerse que a la fecha Colpensiones no cuenta con semanas a favor del demandante pues dichos aportes fueron trasladados a la AFP Colfondos en virtud del traslado realizado por el demandante y como consecuencia de la emisión del bono pensional. Ahora bien si se llegara a determinar de que efectivamente se declarase la nulidad de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante WILBERTO DE JESÚS MARTÍNEZ QUIROZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda y su subsanación (folios 1-2 y 77-78) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 2 – 6 y 78-82), aspirando principalmente se declare que COLFONDOS como administradora de fondo de pensiones y como profesional dentro del mercado faltó a su deber de información y de buen consejo al no proporcionar la “información de ilustración” suficiente, dando a conocer a su nuevo afiliado los beneficios y perjuicios que acarrearía para él el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, en especial la reducción de la mesada que recibiría en este último al momento de pensionarse y, en consecuencia, que existió un vicio en el consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación que realizó con COLFONDOS S.A. mediante el traslado del RPM al RAIS, debiendo por tanto, declararse la nulidad del acto jurídico realizado el 20 de mayo de 1994. En ese orden, se ordene a COLFONDOS *anular* la afiliación efectuada el 20 de mayo de 1994 y efectuar el traslado de la totalidad de los aportes cotizados incluidos los rendimientos generados a COLPENSIONES, última que deberá realizar el registro de su afiliación en el RPM sin solución de continuidad desde el 25 de abril de 1980. Pide igualmente se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993, junto con las mesadas retroactivas y los intereses moratorios. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la **nulidad** del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLFONDOS, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de**

confirmar el fallo antes proferido y como consecuencia de ello la AFP Colfondos debiera trasladar todos los aportes que tenga el demandante en su cuenta individual debe manifestarse que el eventual estudio del derecho pensional estará sujeto a la materialización de la migración a Colpensiones de dicho dineros, máxime si se tiene en cuenta que el demandante nunca ha realizado una reclamación administrativa respecto de esta situación ante la entidad.

Así las cosas su señoría solicito que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, gracias”

ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses es decir con los rendimientos que se hubiesen causado conforme lo previsto en el artículo 1746 del C.C. sin lugar a descontar los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado. Además encontró acreditados los presupuestos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 por lo que ordenó su reconocimiento, condicionado a que se efectúe el retiro del sistema.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 22 de agosto de 1955 (folio 73), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 17 de mayo de 2017 (folios 42 y 43) y a COLFONDOS el 17 de abril de 2017 (folio 39 a 41), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 61 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994⁴-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 694,86 semanas de cotización (reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones, folio 107 e historia laboral Ministerio de Hacienda, folio 48) equivalentes a 13,51 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **20 de mayo de 1994** (folios 47 y 155) específicamente conforme al formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

⁴ Era trabajador del sector privado.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de del actor al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto fue insistente en indicar que lo único que le advirtieron era que el ISS se iba a acabar, su pensión sería mucho más alta y que podría pensionarse antes de los 62 años, empero, dijo, nada le refirieron acerca de la existencia de una cuenta de ahorro individual, a dónde se dirigían los aportes, cuáles eran los requisitos en el RAIS para acceder a la pensión, qué es un bono pensional, entre otros aspectos.

Tampoco deviene acreditado con el testimonio rendido por LUZ MARINA ESPITIA SANTOS⁷ pues en realidad no estuvo presente en la asesoría individual que se le dio al demandante y que concluyó con la firma del formulario de afiliación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 47), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folio 157, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de

⁶ Audiencia realizada el 19 de septiembre de 2019, récord 39:15.

⁷ Despacho comisorio, audiencia realizada el 11 de febrero de 2020, récord 08:03.

normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (20 DE MAYO DE 1994, folio 158), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folio 156), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohijará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los

saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración –único concepto adicional a la cotización y a los rendimientos respecto de los cuales se ordenó la devolución- surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de

cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Es importante precisar frente a este tema, aunque no quedó expresamente consignada la procedencia de la devolución de los gastos de administración al momento fijarse del litigio por el *a quo*, lo cierto es que esta situación resulta ser consecuencial a la declaratoria de ineficacia, debiendo entenderse por tanto que era posible analizar lo atinente al retorno de este dinero y demás conceptos recibidos por la AFP en virtud de la afiliación efectuada por el actor.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folio 105), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

En otro giro, en virtud de la ineficacia del traslado, e iterando que el demandante NO es beneficiario del régimen de transición, conforme se expuso desde el inicio de esta providencia, se señala, la prestación pensional del convocante del juicio en efecto deber ser estudiada con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993⁹, disposición que exige para el caso de los hombres haber alcanzado 62 años en tanto a partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementó, y cotizaciones en total de 1.000 semanas las cuales se aumentaron desde el 1° de enero del año 2005 en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas.

⁸ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 11 de junio de 2019 (folio 159)

⁹ “**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 1° 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 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

Al efecto, como ya se mencionó se encuentra a folio 73 copia del documento de identidad del accionante, en el cual se consigna como fecha de nacimiento el 22 de agosto de 1955, por lo que acreditó la edad exigida de 62 años, el mismo día y mes del año **2017**.

Ahora bien, en cuanto a la cantidad de semanas de cotización para tal calenda, revisado el plenario se advierte que COLFONDOS no incorporó al plenario el reporte de semanas cotizadas en pensiones del señor MARTINEZ en la que consten los periodos efectivamente cotizados por este y aunque la parte actora allegó el reporte de folio 62 a 66, lo cierto es que ahí no constan los días cotizados para cada periodo certificado, pues en realidad dicho documento corresponde al detalle del movimiento financiero de la cuenta y la acreditación de la cotización respectiva, pero no es propiamente la historia laboral, por lo que, al omitirse el detalle de días cotizados para cada ciclo no es posible hacer el respectivo conteo en aras de establecer si el demandante cuenta con las semanas exigidas por la disposición a efectos de causar el derecho pensional, adicionalmente, tampoco se advierte la novedad de retiro correspondiente.

En el plenario solo se tiene certeza de los periodos cotizados por el demandante entre el 25 de abril de 1980 y el 31 de mayo de 1994 a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, equivalentes a 703.67 semanas tal como se verifica del reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por esa entidad, actualizado a 21 de agosto de 2018, traído a las diligencias con la contestación de dicho extremo procesal (folios 107 y 108), las cuales resultan insuficientes para acceder a la pensión reclamada.

Conforme lo expuesto, se insiste, no es posible verificar si el promotor del litigio, a la data del cumplimiento de la edad, o con posterioridad a ello, acumuló la densidad de semanas exigida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -**1300**- que lo hagan beneficiario de la pensión de vejez.

En consonancia con lo expuesto, se revocará la sentencia de primera instancia en lo atinente al reconocimiento pensional y, en su lugar, se dispondrá a COLPENSIONES que una vez condensada la historia laboral de WILBERTO DE JESÚS MARTÍNEZ QUIROZ, proceda a estudiar la prestación por vejez a favor del actor, al tenor de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,

modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y de encontrar satisfechos los requisitos, efectúe el reconocimiento y pago de la prestación.

Frente a la falta de reclamación administrativa a que se refiere el artículo 6 del C.P.T y la S.S., advertida por Colpensiones en la alzada respecto del reconocimiento de la pensión, valga decir, su ausencia en el proceso es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

“Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.” sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.”

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entendió prorrogada la competencia del fallador para decidir el conflicto avocado y, particularmente sobre la petición de pensión, no siendo esta la oportunidad procesal para poner de presente tales deficiencias pues, en todo caso, estas se encuentran superadas.

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se modificará la decisión de primer grado en su numeral primero para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de Justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, y se revocará el numeral cuarto que reconoció la pensión, confirmando en lo demás de conformidad con las precisiones señaladas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

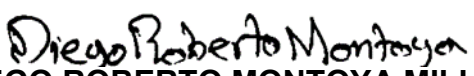
R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá para establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, al tenor de lo señalado por la Corte suprema de justicia en la sentencia SL 12136 de 2014, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida por la Juez Segunda Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, **ORDENAR** a COLPENSIONES que una vez consolidada la historia laboral de la demandante, proceda al estudio de la pensión de vejez a la luz de lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y en caso de que concurran los presupuestos previstos tal disposición, proceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO NOVOA
ARCINIEGAS CONTRA LA UNIVERSIDAD ECCI (RAD. 04 2019 00703 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folios 98 y 99), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Cd a folio 92, récord: 34:35, acta a folios 93 y 94), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada UNIVERSIDAD ECCI a pagar el cálculo actuarial que para el efecto realice COLPENSIONES respecto a los periodos de tiempo laborados y no cotizados dentro del 05 de febrero y 02 de julio del 2001, entre el 30 de julio y 01 de diciembre del 2001, dentro 04 de febrero y el 01 de julio del 2002, entre el 05 de agosto y el 23 de noviembre del 2002 y por los meses de febrero y marzo de 2003 con los salarios individualizados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandada interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se declaren probadas las excepciones, particularmente la de pago.

En sustento de ello, alude no entender por qué se ordenó el cálculo respecto de los periodos de febrero y marzo de 2003 cuando los mismos se encuentran incluidos en la historia laboral del demandante, ya que fueron pagados mediante referencia de pago 84C20040956412 con un IBC de \$742.850 pesos, por lo que, en su criterio, la orden del juzgador de primer grado redundaba en un doble pago.

Con relación a los periodos de las anualidades 2001 y 2002 refiere igualmente haber realizado el pago de los mismos, incluso conforme el ingreso base de cotización ordenado por el Despacho, mediante la cancelación de 18 planillas a través del operador aportes en línea con los respectivos intereses moratorios, prueba que fuera allegada al expediente antes de la clausura del debate probatorio¹ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, Cd a folio 92, récord: 35:34, acta a folios 93 y 94).

¹ “Gracias señor juez en estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho que se acaba de proferir valga la redundancia y apartándome por el sentido tomado por el señor juez y procedo a sustentar mi recurso de apelación de la siguiente manera:

Le solicito en primer lugar al Tribunal Superior de Bogotá a la Sala Laboral la revocatoria total de la sentencia toda vez que el despacho ordena el pago de un cálculo actuarial sustentándose en básicamente en la orden dada en el artículo 72 de la ley 90 de 1946, sin embargo debe decirse lo siguiente, tanto es así que sorprende a este apoderado que haya hecho una condena de los periodos de febrero y de marzo del 2003 cuando estos ya se encuentran incluidos en la historia laboral y que están dentro de la historia laboral que el despacho reviso, mi representada ya los había pagado hace bastante tiempo y se encontraban pagos, están incluidos por lo tanto cualquier tipo de omisión que hubiera correspondido a los meses de febrero y marzo del 2003 pues esto se había subsanado con las cotizaciones realizadas, inclusive puede observar la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que esos periodos fueron pagados con una referencia de pago la 84C20040956412 con un IBC de 742 850 pesos, una cotización pagada de 493 200 pesos y que están evidentemente incluidas dentro de la historia laboral, por esta razón existiría de acuerdo con lo ordenado por este despacho un doble pago de estos periodos.

Ahora bien frente a los periodos del 2001 y del 2002 que se ordenaron realizar y pagar a través del cálculo actuarial debo decirle señor juez que así como lo manifesté en mis alegatos y lo manifesté antes del auto que decretara el cierre del debate probatorio le informe a este despacho que fueron allegados a la secretaria del juzgado cuarto laboral de Bogotá los correspondientes documentos que demostraban y las cotizaciones realizadas por los periodos del 2001 y 2002 en dichos documentos se puede evidenciar que se hicieron las cotizaciones de conformidad con los ingresos base de cotización que inclusive fueron ordenados por este despacho en esta sentencia y que corresponden a los mismos y que se tenían reportados en los contratos de trabajo, por esta razón pues mal haría realizar y ordenarle un pago a mi representada cuando estos fueron subsanados en total fueron dieciocho planillas de pago que se hicieron a través del operador aportes en línea, operador del planilla integral de liquidación de aportes lo cual demuestra que las cotizaciones dejadas de realizar pues ya se realizaron en debida forma con los respectivos intereses moratorios a la tarifa correspondiente en ese entonces ordenada por la ley 100 de 1993 en su versión original y que pues obviamente posteriormente fue modificada por la ley 797 en cuanto a los porcentajes de cotización, por esta razón le solicito a la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá revocar íntegramente esta sentencia por el contrario declarar probadas las excepciones especialmente la de pago, por lo tanto pues deberá al ser revocada la sentencia pues tampoco imponerse ningún tipo de costas en contra de mi representada. De esta forma dejo sustentado mi recurso de apelación para que sea tenido en cuenta por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá básicamente este se sustenta en el pago

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GUSTAVO NOVOA ARCINIEGAS en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 2 y 3), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 y 4), encaminadas principalmente a que se declare que la UNIVERSIDAD ECCI omitió la obligación legal, como su empleadora, de efectuar las cotizaciones para pensión ante COLPENSIONES para los periodos comprendidos entre el 5 de febrero y el 2 de junio de 2001, entre el 30 de julio y el 1 de diciembre de 2001, entre el 4 de febrero y el 1 de junio de 2002, entre el 5 de agosto y el 23 de noviembre de 2002, y febrero y marzo de 2003. En consecuencia, se disponga a la demandada pagar a con destino a COLPENSIONES, los aportes aludidos conforme al cálculo actuarial que para el efecto realice la administradora de pensiones, tomando como base el salario que mes a mes y por cada uno de los periodos devengaba. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a la UNIVERSIDAD ECCI a pagar a favor del actor y con destino a la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado, el cálculo actuarial correspondiente a los periodos laborados y no cotizados conforme lo pedido en la demanda. Lo anterior tras considerar el juez de primer grado que, como quiera que no existía discusión frente a la existencia del contrato y los salarios devengados por el actor, al no evidenciarse prueba de los pagos al sistema general de pensiones ni reporte de afiliación, por los periodos echados de menos por el convocante, lo pertinente era disponer la cancelación de estos mediante cálculo actuarial.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la pasiva, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues

realizado en su momento en el año 2017 en lo que tiene que ver con los periodos de febrero del 2003 pago que se realizó el 25 de septiembre de 2017 y que respecto de los periodos del 2001 y el 2002 fueron realizados por mi representada el día 07 de diciembre del 2020, de esta forma repito dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias."

recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia que entre las partes existieron diferentes contratos de trabajo, en los que el actor se desempeñó como “*docente hora cátedra*”, en los siguientes periodos y con estas remuneraciones:

- Del 5 de febrero al 2 de junio de 2001, \$459.412,50
- Del 30 de julio al 1 de diciembre de 2001, \$542.584,50
- Del 4 de febrero al 1 de junio de 2002, \$589.000
- Del 5 de agosto al 23 de noviembre de 2002, \$697.875
- Del 3 de febrero al 31 de mayo de 2003, \$742.850

Situaciones estas que además de haber sido excluidas del debate probatorio por la aceptación de la pasiva al contestar la demanda (respuesta a los hechos 6 a 9, folios 31), se acreditan con la documental de folios 9, 10, 11, 12 y 13 a 14.

Así pues, memórese, conforme lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 el empleador debe ser el responsable del pago de su aporte y de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

Adicionalmente, téngase en cuenta, conforme el contenido del artículo 9° literal d) y parágrafo de la Ley 797 de 2003 y del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y lo reiterado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia entre otras, en sentencias con radicación 32096 del 2 de septiembre de 2008² y 32179 del

² “De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el cómputo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas”.

27 de enero de 2009³, es evidente que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral tiene la virtud de perjudicar la eventual expectativa pensional del demandante.

En este orden de ideas, y procediendo al estudio del objeto de la Litis, resulta que de conformidad con el resumen de semanas cotizadas en pensiones del demandante, expedido por COLPENSIONES el 8 de septiembre de 2020 (folios 69 a 74), no se avizora pago alguno, **así como tampoco novedad de afiliación** por parte de la UNIVERSIDAD ECCI a nombre del trabajador para los periodos comprendidos entre febrero y junio de 2001, julio y diciembre de 2001, febrero y junio de 2002 y agosto y noviembre de 2002, pese a que, como ya se anotó, en dichos interregnos existió una relación laboral entre las partes.

De lo anterior puede concluirse sin lugar a equívocos, los periodos que no aparecen reportados corresponden a lapsos en los cuales el empleador se sustrajo de la obligación del pago de aportes, pues se tiene certeza del vínculo laboral que el demandante mantenía con dicho empleador, y con lo cual se causó la obligación de realizar los respectivos aportes, por ende es claro que las cotizaciones se causaron y el empleador era quien debía realizarlas, sin que el ex trabajador pueda ver truncado su derecho pensional por el hecho del impago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado.

Ahora, aunque la pasiva asevera haber efectuado el pago de dichos aportes a través de la planilla pila con sus respectivos intereses moratorios, lo cierto es que ello solo ocurrió hasta el 7 de diciembre de 2020 (folio 88 a 91), esto es,

³ En el sub judice, cuando la demandante ingresó al servicio de la Corporación demandada, ya existía la obligación legal de afiliación de los trabajadores al régimen de seguridad social en pensiones, que para ese entonces era administrada por el Instituto de Seguros Sociales. No obstante existir dicho imperativo, en el caso analizado, el empleador dejó desprotegida a la actora por espacio de casi 18 años (16 de mayo de 1978 al 11 de marzo de 1996), porque durante los 25 años y 1 mes que estuvo prestando servicios, sólo fue afiliada a pensiones los últimos 7 años, bajo el régimen de ahorro individual administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El inciso 6º del artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, prevé la solución frente a la eventualidad referida, al establecer que “ ... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994”. (El subrayado es de la Sala).

transcurridos más de 13 años desde su causación y sin que se presentara ante la entidad pensional la respectiva novedad de afiliación, lo cual impide tener como válidamente efectuadas dichas cotizaciones a favor del trabajador por parte de COLPENSIONES

Igual ocurre con las cotizaciones efectuadas para los meses de febrero y marzo de 2003, respecto de los cuales, aunque se pagó el ciclo respectivo ello solo fue el 25 de septiembre de 2017, además, en el “*detalle de pagos efectuados a partir de 1995*” en los periodos 200302 y 200303 consta la observación “**No registra la relación laboral en afiliación para este pago**” (folio 72) razón por la cual, pese a que en días reportados figuran 30, en la columna “(45) Días cot.” se registran cero (0) días cotizados en esos meses.

En ese orden, claro resulta que la situación enunciada no puede ser enmendada simplemente con el pago de los aportes en tiempo posterior por cuanto, la forma legal para imputar válidamente los pagos de los aportes a pensión cuando existe **omisión en la afiliación** por parte del empleador, es a través del pago del cálculo actuarial respectivo.

Sobre este punto, recuérdese que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que si hay afiliación pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias diferentes para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los que se presenta mora patronal, los periodos pueden ser incluidos en la historia laboral del trabajador efectuando el pago de la cotización con los respectivos intereses moratorios, pero, **cuando no hay afiliación**, caso que se presenta en autos, **el empleador se ve compelido a trasladar el valor del cálculo actuarial a entera satisfacción de la entidad pensional** (literal d, párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁴.

⁴ 2. Diferencias entre «mora» en el pago de los aportes y «falta de afiliación» al sistema de pensiones. Consecuencias jurídicas de la omisión en la afiliación.

En consonancia con lo que viene de decirse, aun cuando la demandada intentó sanear el incumplimiento de la obligación del pago de aportes a seguridad social en pensiones a favor del aquí demandante, lo cierto es que tal yerro no se solventó en la forma legalmente prevista para tener como válido el pago realizado, resultando por tanto procedente la condena impuesta a cargo de la llamada a juicio, sin que con tal determinación pueda entenderse que se configura un doble pago, pues se itera, no era ese el mecanismo estatuido para los empleadores omisos.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará integralmente la sentencia de primer grado

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores.

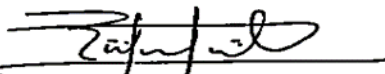
Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro. (...)

Dicho ello, la Sala reitera que, ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.”
(Subrayas fuera de texto)

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

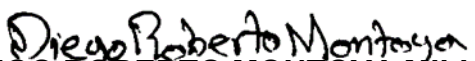
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA CRISTINA TELLEZ JARAMILLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (RAD. 04 2019 00722 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Porvenir, Colpensiones y la demandante (fls. 475 a 479, 481 y 483 a 486), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre del 2020 (CD folio 466, récord: 1:00:35, acta folios 467 a 470), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que hiciere la demandante MARIA CRISTINA TELLEZ CARREÑO al RAIS en su caso la administra la sociedad Colombiana de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a aceptar el traslado del régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a la demandada Porvenir se fijan como agencias en derecho en medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Se Concede el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones ante la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, la representante judicial de la demandada PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación, expresando que la información que se le brindo a la demandante fue una información totalmente completa, clara y comprensible según la ley 100 de 1993, indicando que la demandante se trasladó en el año de 1995 de forma libre y voluntaria resaltando que no es beneficiaria del régimen de transición y que tampoco hizo ningún tipo de trámite para retornar al régimen de prima media, reiterando la demandante estuvo válidamente afiliada sin que existiere ningún tipo de inconformismo y como consumidora financiera la tenía una serie de deberes como informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones.

Por otro lado señala que la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal establecida en la Ley 797 del 2003, norma sometida a un control previo constitucional conforme a la sentencia C-1024 del 2004 declarada exequible la cual tiene aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones (Cd folio 466, récord: 1:01:59)¹

¹ “Gracias su señoría Porvenir presenta recurso de apelación contra la sentencia proferida para que Honorable Tribunal Sala Laboral (sic) reiterar que la información que se le brindo a la demandante fue una información totalmente completa, clara y comprensible según la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios podemos validar que la demandante se trasladó en el año de 1995 de forma libre, de forma voluntaria resaltando que ella no es beneficiaria del régimen de transición y que tampoco hizo ningún tipo de trámite para retornar al régimen de prima media, sin tener en cuenta lo anterior el fallador de primera instancia declaro la ineficacia contenida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que nos habla de (sic) de un dolo que no fue probado (sic) y que en el año de 1995 se brindaba una asesoría de forma verbal entonces no es posible (sic) A mi representada (sic) que la demandante estuvo válidamente afiliada sin que existiere ningún tipo de inconformismo y como consumidora financiera la señora tiene una serie de deberes como informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación e información y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema general de pensiones y emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como lo es realizar un cambio de afiliación y revisar los términos y condiciones de esos formularios de afiliación, si recordamos en el interrogatorio de parte la demandante no recuerda si firmo o no el formulario de afiliación incumpliendo una serie de deberes de esta afiliación que no es unilateral es bilateral así como las AFP tienen unas obligaciones, también la aquí demandante tiene unas obligaciones que incumplió.

De otra parte es necesario reiterar que ella se encuentra inmersa en una prohibición legal que la establece la ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional conforme a la sentencia C-1024

COLPENSIONES por su parte apela el fallo de primer grado, manifestando que la accionante guardó silencio por más de 25 años respecto de la información que le fue proporcionada por la parte de la AFP Porvenir el 02 de mayo de 1995 lo que permite denotar por parte de la misma un abandono respecto de su asunto pensional y tan conforme estuvo la demandante que efectuó un traslado entre el mismo régimen de ahorro individual ante la AFP Colfondos, advirtiendo falta con su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliada.

En relación con la sostenibilidad financiera aduce el periodo de carencia del legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del RPM incluso afectaría las garantías de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional; señalando la accionante se encuentra inmersa en la prohibición tendiente a precisar que los afiliados que se encuentran a diez años o menos de adquirir el estatus pensional no pueden efectuar un traslado de régimen, toda vez que tenía 28 años de edad y no contaba con los 15 años de servicio o 750 semanas de cotización lo que claramente precisa que no es beneficiaria del régimen de transición (Cd folio 466, récord: 1:06:06)²

del 2004 fue declarada exequible teniendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones y en este caso lo que sucede es que la demandante no se encuentra conforme con su mesada pensional y por ello instaura una demanda cuando ni siquiera recuerda las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se instaura esta afiliación, esta apoderada respetuosamente no comparte la manifestación del fallador de primera instancia que indica que la demandante generó unas afirmaciones que debía mi representada contradecir y soportar, ella no hizo ningún tipo de afirmación, no existe ese hecho en contrario que diga que ella simplemente no recuerda la afirmación que se le brindó, además de ello se le impone cargas adicionales a las administradoras; las impuestas en la ley porque no se mencionó dentro del fallo ¿Cuál es esa prueba que entonces debería aportar mi representada? Para que se tomara como válida la afiliación, para que se declarara la ineficacia y se entendiera que efectivamente si se brindó una información totalmente clara y completa por lo anterior solicito muy respetuosamente al tribunal sea revocada la sentencia impartida y absolver a mi representada de los cargos, muchas gracias.”

² “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir para que el Honorable Tribunal superior de Bogotá revoque la sentencia en su integridad e igualmente solicito que al honorable tribunal superior de Bogotá sea concedido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones respecto a los puntos de condena que afectan a mi representada o de los puntos que en el recurso no se refiere.

El recurso de apelación lo sustentó en apartarme en la interpretación acatada por el despacho pues en principio se tiene que la señora demandante guardó silencio por más de 25 años respecto de la información que le fue proporcionada por la parte de la AFP Porvenir el 02 de mayo de 1995 lo que permite denotar por parte de la misma un abandono respecto de su asunto pensional tal y como puede verificarse en el interrogatorio de parte absuelto por la señora demandante. Igualmente es indiscutible conforme al interrogatorio de parte que la demandante efectuó el traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria y que claramente la señora demandante no se sintió coaccionada para efectuarlo y estuvo conforme con esa decisión; Tan conforme estuvo la señora demandante que tal como lo dije con antelación ella guardó silencio por más de 25 años y además de ello efectuó un traslado entre el mismo régimen de ahorro individual ante la AFP Colfondos.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante MARIA CRISTINA TELLEZ QUINTERO RAMÍREZ, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 a 8, aspirando, se declare la ineficacia del traslado de régimen por no haberse brindado información adecuada, suficiente, cierta y comprensible, en consecuencia se ordene el reintegro automático al régimen de prima media por lo que COLFONDOS actual administradora deberá llevar a cabo la restitución clara y completa de la totalidad de los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, costas y agencias en derecho, así como el reconocimiento de derechos *ultra y extra petita*. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a PORVENIR, ordenando a COLFONDOS, actual administradora del demandante, la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de prima media con prestación definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, con sus respectivos rendimientos, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada

Igualmente es deber manifestar que la señora demandante faltó con su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera dada la naturaleza del fondo privado en el que se encuentra afiliada tal como es precisada en el decreto 2241 del 2010 en su artículo cuarto por lo que es claro que en la actualidad no ha de recaer responsabilidades o no debieron haber recaído responsabilidades a las aquí demandadas.

Igualmente me permito indicar lo precisado por la corte constitucional en reiterada jurisprudencia en lo que refiere al principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional donde se precisó que justamente el periodo de carencia del legislador se hizo con el objeto de evitar la descapitalización que le provocaría al fondo común del RPM incluso afectaría las garantías de los afiliados que si cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional; esto último invertido (sic) del principio de equidad consagrado en el artículo 95 de la carta política y la eficiencia pensional, pues al respecto se tiene que igualmente la señora demandante efectuó remisión administrativa para el 11 de junio del 2018 contando para dicha data con 52 años de edad lo cual claramente permite indicar que conforme al artículo segundo de la ley 797 del 2003 se encuentra inmersa en la prohibición tendiente a precisar que los afiliados que se encuentran a diez años o menos de adquirir el estatus pensional no pueden efectuar un traslado de régimen.

Igualmente me permito solicitar al despacho del tribunal superior de Bogotá que haga pronunciamiento a lo que respecta a la carga dinámica de la prueba y si realmente en este caso en particular es o no aplicable, pues en principio se debe tener que la señora demandante (sic) que tenía 28 años de edad y no contaba con los 15 años de servicio o 750 semanas de cotización lo que claramente precisa que no es beneficiaria del régimen de transición por lo que esta parte consideraría prudente que se efectuara pronunciamiento respecto de la figura de la carga dinámica de la prueba.

En estos términos dejo planteado el recurso de apelación con el objeto que sean tenidos en cuenta con los indicados al dar contestación al escrito de la demanda para una eventual revocatoria del fallo proferido el día de hoy muchas gracias.”

PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, a folio 33 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 9 de diciembre de 1965, por lo que la edad de 57 años, la cumpliría el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante PORVENIR el 5 de julio del 2019 (fls. 39 a 46), COLFONDOS y COLPENSIONES el 11 de julio del 2019 (folios 47 y 48), es decir, cuando le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional –tenía 53 años-. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 432.28 semanas de cotización (folio 64 y 133) equivalentes a 8 años, 4 meses y 26 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

documentales obrantes en el proceso, acaeció el 2 de mayo de 1995 (folios 38 y 192) específicamente, conforme la información consignada en el formulario de afiliación a PORVENIR.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. “(...).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que la mejor opción era trasladarse, sumado a que podía pensionarse con una edad inferior a la establecida.

⁵ Cd folio 466, récord 12:22. Audiencia virtual.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (folio 38), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la dicha AFP demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 199 y 200, es de anotar, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que en el mismo se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (2 de mayo de 1995, folio 38) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial vinculaciones SIAFF fl. 197) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15

años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, actualmente administrada por COLFONDOS S.A. (folios 54 y 55), junto con sus rendimientos, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Por otro lado y para resolver las inconformidades expuestas en la alzada por COLPENSIONES, conviene precisar, en autos no tiene relevancia la financiación del sistema o que la convocante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

Finalmente, en lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁶ (fl. 130 y 131), basta con indicar que, conforme el

⁶ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 26 de agosto del 2020 (fl. 208)

criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

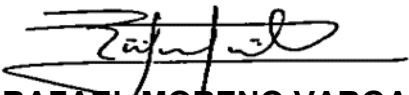
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Y ELIO ANTONIO HERNÁNDEZ ROPERO¹ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, trámite al que se vinculó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (RAD. 05 2018 00035 01).

Bogotá D.C. veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, sin que se hubieren presentado los alegatos de instancia por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T., récord 29:39, acta expediente digital) en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la pensión reconocida mediante resolución GNR-247835 del 14 de agosto del 2015 a favor del señor ARTURO SANCHEZ SANCHEZ corresponde a la pensión de jubilación establecida en la Ley 33 de 1985.

¹ Por auto del 21 de agosto de 2020 (expediente digital) se aceptó el desistimiento de la demanda propuesto por ELIO ANTONIO HERNÁNDEZ.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y re liquidar a favor del señor ARTURO SANCHEZ SANCHEZ la pensión de jubilación consagrada en la Ley 33 de 1985 a partir del 03 de julio del 2012 en cuantía de \$1.181.088 pesos debidamente indexada junto con los ajustes legales y mesada adicional.

Nota: Solo para dejarlo claro no hay lugar a la declaración de prescripción toda vez que la prestación se reconoció en 2015 agosto 14 y se presentó esta demanda en enero del 2018 simplemente para precisar eso.

TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar de la anterior condena lo pagado por concepto de la pensión reconocida mediante resolución GNR- 247835 del 14 de agosto del 2015 y el valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud.

CUARTO: Una vez se produzca realmente el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor ARTURO SANCHEZ SANCHEZ solo se pagara la que resulte más favorable entre la pensión de vejez y la de jubilación.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva por lo que se absuelve a la Unidad Administrativa de gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEXTO: SIN COSTAS.

SÉPTIMO: En caso de que este fallo no fuera apelado **CONSÚLTESE** con el superior a favor de Colpensiones.”.

Inconforme con la decisión, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación indicando, el retroactivo ordenado ya se encuentra prescrito, además, dice, no se presentó reclamación en ese sentido por parte del demandante² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T., récord 32:12, acta expediente digital).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

² “Su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia en cuanto al retroactivo teniendo en cuenta que el demandante solicito dicho reconocimiento y como el presente asunto al no cambiar la prestación tanto como un reconocimiento de pensión de jubilación pues dicho retroactivo ya se encuentra prescrito conforme a lo estipulado en el artículo 488 del CST con concordancia con el artículo 151 del Código procesal del trabajo, en ese sentido se debe indicar que el demandante debía solicitar la prestación a Colpensiones si se encontraba inconforme con dicha prestación antes de generar dicho proceso, en ese orden de ideas solicito al tribunal superior no se tenga encuenta el retroactivo pensional y en cuanto la otra decisión si se encuentra conforme Colpensiones.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, las pretensiones relacionadas a folios 91 a 93, las cuales encuentran sustento en los hechos vistos a folios 87 a 91; solicitando principalmente se declare que se encuentra cobijado por el régimen de seguridad social integral previsto en la ley 100 de 1993 y acto legislativo 01 de 2005 y que su régimen aplicable es el previsto en la Ley 33 de 1985. De igual forma pidió se declarara que la UGPP debe reconocer y pagarle la pensión de jubilación de carácter compartido con la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, esto es, por el periodo comprendido entre el 3 de julio de 2012 y el 31 de julio de 2015, fecha esta última a partir de la cual pide se disponga el pago del mayor valor. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones** pues se condenó a COLPENSIONES a reliquidar la pensión “*de jubilación*” reconocida a su favor a partir del 3 de julio de 2012 debidamente indexada junto con los reajustes legales y la mesada 13 y declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la UGPP, advirtiendo “*que una vez se produzca realmente el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del señor ARTURO SÁNCHEZ, solo se pagará la que resulte más favorable entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación*” y se absolvió a la UGPP con fundamento en una falta de legitimación en la causa por pasiva en cabeza de esa entidad. Lo anterior, tras considerar que la Ley 33 de 1985 es clara en señalar que la pensión está a cargo de la caja de previsión a la cual se efectuaron los aportes y en esa medida era COLPENSIONES y no la UGPP –Caja Agraria- la llamada a responder por el pago de la prestación. Adicionalmente, estimó, COLPENSIONES erró en el reconocimiento de la pensión a favor del actor pues lo pertinente era reconocer la pensión de “*jubilación*” y no la de vejez, y liquidar la mesada pensional tomando en consideración únicamente los tiempos servidos a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, anotando, al cumplir los 60 años podía estudiar la pensión de vejez y reconocer aquella que resultara más favorable.

En esa dirección, no es objeto de controversia en esta instancia que el demandante laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 2 de agosto de 1975 y el 27 de junio de 1999 (folios 65 a 75 y 76 – 77 y

78), esto es, por espacio de 23 años 10 meses y 25 días, y que nació el 3 de julio de 1957 (folio 14).

Tampoco se discute que mediante Resolución GNR 247835 del 14 de agosto de 2015 (folios 26 a 31) COLPENSIONES reconoció el pago de una pensión de vejez a favor de ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, causada el 3 de julio de 2012 y exigible a partir del 1 de agosto de 2015, en cuantía de \$1.266.101, por encontrar acreditados los requisitos de que trata la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del cual lo encontró beneficiario.

Así las cosas en primer lugar, pertinente es memorar, la multiplicidad de cajas de previsión social y de regímenes pensionales, entre otras motivaciones de carácter económico, conllevaron a que el Gobierno Nacional se viera obligado a procurar la creación de un nuevo sistema pensional el cual se materializó con la expedición de la Ley 100 de 1993. A partir de su entrada en vigor, los presupuestos pensionales para todos los afiliados se unificaron, encontrándose estos sometidos a las mismas reglas sin importar la naturaleza de su vinculación o actividad, salvo las excepciones expresamente contempladas en tal normativa.

En esa medida, aunque existían empleadores –particularmente del sector público– que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones legales, según el régimen aplicable, lo cierto es que dicha carga quedó subrogada a través del pago de la respectiva cotización.

Considerando lo anterior aunque el demandante pretende que bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 se reconozca por parte de la UGPP, quien asumió las obligaciones patronales de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, una pensión de jubilación por haber laborado para dicha Caja por espacio superior de 20 años -entre el 2 de agosto de 1975 y el 27 de junio de 1999- y contar con más de 55 años de edad, ello no se torna posible en razón a que su ex empleador, para dicho interregno, cotizó al sistema general de seguridad en pensiones a su favor en el Instituto de Seguros Sociales –hoy COLPENSIONES- tal como se constata del Certificado de Información Laboral – CETIL- expedido por el

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (folios 61 y 62) y en la Resolución GNR 247835 del 14 de agosto de 2015.

Bajo tal entendido, tratándose de la pensión legal, en efecto, no era la UGPP la entidad llamada a su reconocimiento pues esta no está cargo del empleador, y por el contrario, la misma debía ser reclamada ante COLPENSIONES para que esta estudiara su procedencia bajo los parámetros normativos aplicables, como así ocurrió, máxime cuando pretendía se le tuviera como beneficiario del régimen de transición.

De hecho, COLPENSIONES en el acto administrativo de reconocimiento pensional –GNR247835 del 14 de agosto de 2015- consideró que en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el cual le era aplicable por tener más de 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por haber sido servidor público de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, su régimen anterior era la Ley 33 de 1985, encontrando acreditados los presupuestos de edad y tiempo de servicios en ella previstos y procediendo a su liquidación teniendo en cuenta la tasa de reemplazo de esa ley.

De tal manera, como lo pretendido por el actor es en últimas el pago del retroactivo a partir de la fecha en que causó la pensión -3 de julio de 2012, en consideración a que la situación pensional del actor fue definida con fundamento en la Ley 33 de 1985, aspecto no debatido en esta instancia, es de recibo para pensiones de esta estirpe remitirnos a la normatividad anterior.

En este orden de ideas, se tiene que en la última resolución proferida por la Administradora de Pensiones del Régimen de Prima Media (fls. 26 a 30), se dejó consignado que el aquí demandante cotizó un total de 1605 semanas, que la última cotización realizada por el señor SÁNCHEZ SÁNCHEZ lo fue para el 30 de junio de 2015, por lo que el I.B.L. fue de \$1.688.134 al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 75% para una primera mesada de \$1.266.101.

Ahora, aunque la pensión se causó el 3 de julio de 2012 –según lo establecido por COLPENSIONES- fijó su disfrute a partir del 1 de agosto de 2015 por cuanto no se acreditó la novedad del retiro del sistema.

Al punto, téngase en cuenta, el régimen de transición permitió a las personas beneficiarias de este acceder a la pensión teniendo en cuenta la edad, tiempo de servicios y el monto (tasa de reemplazo) estatuida en el régimen anterior al que se encontraran afiliados, empero, claramente se indicó que las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez se regirían por lo previsto en la Ley 100 de 1993 (ver artículo 36), entre ellas, la forma de liquidación y el disfrute.

En tal medida, en lo que atañe al disfrute memórese, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable por disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que la pensión de vejez se reconoce a solicitud de la parte interesada pero *“será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a disfrutar de la misma”*.

Bajo la premisa anterior, si bien el retiro del sistema es requisito necesario para el disfrute del derecho pensional, ha sido criterio de la Sala, respaldado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicación 35605³, que deben examinarse las circunstancias

³ “No hay controversia, en este estadio procesal, acerca de que, en virtud de la petición elevada por EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA, el 8 de marzo de 2005, mediante Resolución No. 002940 de 27 de mayo de 2005, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES le reconoció pensión de vejez, a partir del mes de junio del mismo año, en cuantía de \$1.554.044.00. También, son pacíficos los supuestos fácticos referentes a que el demandante nació el 17 de agosto de 1942, por lo cual, ese mismo día del año 2002, cumplió 60 años, cuando ya había cotizado más de 1000 semanas para el riesgo de vejez.

Igualmente, se da por descontado que, a pesar de que para la fecha últimamente mencionada, el actor ya reunía las exigencias contempladas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, no se produjo el retiro del sistema del demandante, en los términos que lo requieren los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, *“para que pueda entrar a disfrutar de la misma”*, o si se quiere, la pensión de vejez sólo es pagadera *“previo retiro del asegurado o del régimen”*.

La labor hermenéutica del fallador de segunda instancia, concluyó en el sentido de estimar irrelevante la exigencia del reglamento del Seguro Social mencionada, además de considerar que las consecuencias derivadas de la inobservancia de la obligación que imponen tales normas, no son las que la entidad accionada pretende que se deduzcan, sino evitar que el aspirante a pensionado perciba simultáneamente, salario y pensión, así como también, que no es adecuado cargar al trabajador con los efectos de la incuria del empleador, que no reportó la respectiva novedad. En realidad, a juicio de la Sala, la desafiliación que debe informarse a la administradora de pensiones es de la mayor trascendencia, como los preceptos reglamentarios referidos paladinamente enseñan, para efectos de que el trabajador pueda entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es decir para que pueda recibir el pago del importe de la prestación, lo que no quiere

especiales que rodean cada caso con el fin de establecer la fecha de desafiliación o retiro del afiliado.

Así, si bien el accionante adquirió el status pensional el 3 de julio de 2012 pues para esa data alcanzó los 20 años de servicio y los 55 años de edad, resulta que su última semana reportada y cotizada lo fue para el mes de junio de 2015 según el cuadro de servicios tenido en cuenta por la administradora para reconocer la pensión (folio 26 vto.), por lo cual resultaba procedente el reconocimiento del derecho a partir del día siguiente a la última cotización pagada, esto es, el **1 de julio de 2015** y no del 1 de agosto de ese mismo año como lo hizo COLPENSIONES, modificándose en este punto la sentencia de primer grado,

decir que, si se omitió dar aviso al tiempo del cumplimiento de los requisitos para su otorgamiento, o mejor, de su causación, pierda el derecho a obtener el disfrute de las mesadas exigibles entre ese momento, y aquél en que se informe del retiro, ó se pida el reconocimiento de la pensión, porque así no está expresamente disciplinado por el conjunto normativo que gobierna el tema que se dilucida. En últimas, la desafiliación no depende del aviso que se dé, sino de las circunstancias que rodeen cada caso en particular, como en el presente, en que el actor dejó de trabajar y cumplió el requisito de la edad.

El sentido en que una norma pueda producir un efecto más benéfico al trabajador, debe prevalecer sobre aquél que le resulte desfavorable, en los términos de los artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo, y 53 de la Constitución Política. Por ello, interpretar el canon legal en la dirección propuesta por la censura, no es el más acertado para la Sala, por lo cual, la intelección que más atiende el principio aludido, conservando la añeja distinción entre la causación y el disfrute de una pensión, es que si la norma no sanciona la omisión comentada, con la pérdida de las mesadas no es dable que el intérprete infiera tal consecuencia.

La intelección que mejor se aviene a los supuestos fácticos demostrados, es que la institución de seguridad social no está obligada a pagar al trabajador el valor de las mesadas, hasta tanto no se le informe sobre la desvinculación del sistema, o hasta cuando solicite que se le conceda la prestación, que es el momento en que la entidad verificará el cumplimiento de los requisitos y adquirirá certeza de que el afiliado no está interesado en seguir cotizando, empero, le reconocerá y pagará, retroactivamente, las mesadas causadas desde la fecha en que completó las exigencias para acceder al derecho.

Entender lo contrario, significaría, ni más ni menos, adicionar un nuevo requisito a los establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, iría en contravía de cualquier línea hermenéutica que se quiera emprender, menos en este caso en que EVANGELISTA IBAÑEZ BARRERA registraba para el 30 de junio de 2001, cuando dejó de cotizar, 1343 semanas cotizadas, de suerte que ya no abrigaba la expectativa de alcanzar una tasa de reemplazo superior al 90 % del salario mensual de base, en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual, además, dejó de cotizar al Sistema desde aquella fecha, lo que supone que dejó de tener ingresos como trabajador dependiente.

Soluciones diferentes se han tomado en otros casos, cuando el afiliado, no obstante cumplir los requisitos, sigue cotizando, pues no se le puede impedir que amplíe cuantitativamente su pensión, como efecto de una mayor densidad de cotizaciones, siempre y cuando esos aportes adicionales no contribuyan a desmejorar el monto final de la prestación pensional, como se definió en sentencia de 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, ó en los eventos en que la permanencia del trabajador en el sistema, obedeció a error de la entidad de seguridad social (34514; septiembre 1/09). En cambio, en este proceso, dado el supuesto fáctico no controvertido de que la última cotización se efectuó por el ciclo 06-01, no aflora dubitación respecto de que la pensión debe reconocerse desde la fecha en que alcanzó la edad legalmente exigida, por manera que, de otra parte, se atiende el mandato contenido en la parte final del mencionado artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en cuanto que, para liquidar la pensión, se debe colacionar hasta la última semana cotizada”.

advirtiendo que no se justifica la razón por la cual el sentenciador de primera instancia tuvo en consideración la fecha de causación pues en este asunto la pensión se deriva de las cotizaciones sufragadas a COLPENSIONES durante su vinculación con la Caja Agrario y por ello aplica la Ley 33 de 1985, siendo su **disfrute** a partir del retiro del sistema.

Frente a la cuantía de la mesada, debe considerarse igualmente que el artículo 13 del referido Acuerdo 049 de 1990⁴ prevé que para la liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, de allí que no se explique que para la liquidación realizada por el juzgado se hayan considerado únicamente el promedio de los 10 últimos años servidos a la Caja de Crédito Agrario, desestimando, para efectos de obtener el valor de la mesada pensional, las cotizaciones realizadas entre el 2000 y 2015 como trabajador dependiente. Al tema, valga aclarar, que la verificación de los tiempos servidos exclusivamente al servicio público previsto en la Ley 33 de 1985 lo es únicamente para efectos de causación, no así para determinar el valor de la prestación.

En todo caso, no puede perderse de vista que la cuantía de la pensión fue un aspecto no controvertido por el demandante y en esa medida, lo procedente no era re liquidarla, sino tener en cuenta el valor reconocido por COLPENSIONES que para el 2015 ascendía a **\$1.266.101.**, y como la administradora de pensiones, según lo analizado, solo adeuda al actor una mesada (julio de 2015), será esta última cifra el valor del retroactivo que correrá a su cargo.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la indexación –objeto de condena pero no de exposición por el juez-, debe la Sala recordar en éste punto, que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

⁴ Aplicable en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que debió darse el reconocimiento pensional, 1 de julio de 2015 y la data en que se efectúe el pago del retroactivo producto de ello, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma reconocida como retroactivo pensional, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 31222 , por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual además recogió cualquier otra posición expuesta en decisiones anteriores.

En lo que toca a la excepción de prescripción oportunamente propuesta (folio 160)⁵, téngase en cuenta que el derecho a solicitar el pago del retroactivo pensional surgió a partir del 24 de agosto de 2015, calenda en la que fue notificado el acto administrativo de reconocimiento pensional al actor (folio 25), por lo que al ser incoada la demanda el 23 de enero de 2018 según el acta de reparto, claro resulta que no transcurrió el término trienal respecto de la mesada adeudada.

Finalmente, frente a la falta de reclamación administrativa a que se refiere el artículo 6 del C.P.T y la S.S., advertida por Colpensiones en la alzada respecto del retroactivo pensional, valga decir, su ausencia en el proceso es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

⁵ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 28 de febrero de 2020 (expediente electrónico)

“Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.” sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.”

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entendió prorrogada la competencia del fallador para decidir el conflicto avocado y, particularmente sobre la petición de retroactivo pensional, no siendo esta la oportunidad procesal para poner de presente tales deficiencias pues, en todo caso, estas se encuentran superadas. Adicionalmente, no debe perderse de vista que COLPENSIONES fue integrada al proceso de oficio por el juez de primera instancia en calidad de litisconsorcio necesario y las pretensiones de la demanda no estaban propiamente dirigidas a esa entidad.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el examen de los aspectos apelados por el apoderado de COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a su favor, procediendo a la revocatoria de los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUATRO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar condenar a COLPENSIONES a pagar la suma de **\$1.266.101** por concepto de retroactivo pensional adeudado, correspondiente a la mesada de julio de 2015, debidamente indexado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a pagar a favor del señor ARTURO SÁNCHEZ SÁNCHEZ la suma de **\$1.266.101**, por concepto de retroactivo pensional adeudado, debidamente indexado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas. .

TERCERO: Sin **COSTAS** en esa instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS JULIO RAMOS TORRES CONTRA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., CANO CONSTRUCTORES S.A.S Y SEGURIDAD CAMALEON LTDA (RAD. 05 2019 00392 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante y la demandada PROTECCIÓN mediante correos electrónicos del 4 y 3 de febrero de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en los numerales 1 y 2 del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, proceden al estudio de los recursos de apelación interpuestos contra el auto que negó el decreto de la prueba de interrogatorio de parte a las empresas demandadas y la sentencia de primer grado, y en consecuencia profieren las siguientes decisiones:

PROVIDENCIA

Inicialmente, decide la Sala el recurso apelación interpuesto por el apoderado de PROTECCIÓN, contra el auto proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, en audiencia celebrada el 3 de septiembre de 2020, mediante el cual negó a favor de esa entidad, el decreto de la prueba de interrogatorio de parte al demandante y a los representantes legales de las sociedades SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA y CANO CONSTRUCTORES S.A.S por considerarlos innecesarios (Audiencia Virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 07:04).

En la sustentación del recurso señala el apoderado recurrente que se aparta de la decisión proferida por el Despacho, y en su lugar considera debió decretarse el

“testimonio” de los representantes de CANO CONSTRUCTORES y SEGURIDAD CAMALEÓN por considerar dicho medio probatorio conducente. Al respecto anotó que parte de las excepciones propuestas se sustentan en la inexistencia de la obligación en cabeza de PROTECCIÓN frente al reconocimiento de la pensión y la consecuente responsabilidad de esas empresas como empleadoras por el pago extemporáneo de los aportes que precisamente no permiten al trabajador acceder al derecho pensional, situación esta última que aspira acreditar con la mentada prueba¹ (Audiencia Virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y la S.S. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 07:27, acta expediente digital).

Para resolver se hacen las siguientes,

CONSIDERACIONES

De conformidad con el numeral 4º del artículo 65 del C.P.T. y de la S.S. el auto mediante el cual se “... *niegue el decreto... de una prueba*” es susceptible del recurso de apelación, y en consecuencia procede la Sala a resolver lo pertinente atendiendo los puntos concretos objeto de controversia (Art. 66 A *ibídem*).

Al respecto es de advertir, la PROTECCIÓN S.A. solicitó el “testimonio” de los representantes legales de las entidades CANO CONSTRUCTORES S.A.S y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA (folio 164) sin hacer específica mención del objeto del mentado medio probatorio.

En esa medida, de manera preliminar se advierte, el testimonio está dirigido a obtener dentro del proceso la declaración de terceros que no hacen parte del mismo, y en ese entendido, no resulta procedente la prueba testimonial

¹ “**Intervención apoderado PROTECCIÓN (07:27):** Señor juez de manera respetuosa, le solicito, repongo el auto que acaba de ser notificado en cuanto señor juez, perdón repongo el auto y en subsidio presento recurso de apelación en cuanto a que se niega la prueba solicitada con respecto a los testimonios de los representantes de CANO CONSTRUCTORES y de SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA, como quiera que se considera que es una prueba conducente dentro del proceso. Gracias, señor juez.

Intervención juez (07:53): ¿Cuál es el objeto doctor?

Apoderado PROTECCIÓN (07:58): Señor juez, parte de las excepciones que nosotros hemos presentado es precisamente la falta de responsabilidad, o mejor de la existencia de la obligación por parte de PROTECCIÓN en el reconocimiento de la pensión y por el contrario la responsabilidad de los empleadores antes mencionados por el pago extemporáneo de los aportes que presamente no permiten al trabajadores obtener el reconocimiento por parte del sistema de seguridad social, en consecuencia se hará uso de la solicitud de los testimonios mencionados como parte, o como medio probatorio para establecer su responsabilidad. Gracias, señor juez”

pretendida, en los términos en que fue pedida por PROTECCIÓN, por cuanto las sociedades SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA y CANO CONSTRUCTORES S.A.S, integran el extremo pasivo y en esa medida, de quererse la confesión de estas, a través de sus representantes legales, debió pedirse el interrogatorio de parte. Además, en los términos del artículo 212 del C.G.P. cuando se piden testimonios, debe enunciarse, además del *“nombre, domicilio, residencia o lugar donde pueden ser citados los testigos”*, los hechos objeto de la prueba, presupuesto que no se cumplió.

No obstante, lo anterior, habrá de entenderse, como lo hizo el juzgador de primer grado, que lo pedido por PROTECCIÓN fue el interrogatorio de parte de estas codemandadas.

En este orden de ideas, a efecto de determinar la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba solicitada, es de advertir, las pretensiones a las que se refiere la demanda se circunscriben a que se condene a CANO CONSTRUCTORES S.A.S y a SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA, a cancelar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. la totalidad de los aportes para pensión del demandante, durante el periodo comprendido entre el 23 de julio de 2015 y el 17 de febrero de 2016 y del 5 de enero al 7 de junio de 2017, respectivamente, y, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a favor del actor la pensión de invalidez a partir del 16 de junio de 2018, junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas hasta su inclusión en nómina y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (folios 5 y 6).

Con relación a las pretensiones en contra de PROTECCIÓN esa entidad al replicar el libelo, señaló que el demandante no cumple con el requisito de cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, ya que en dicho periodo solo cuenta con 44,43 semanas de cotización en los tres años anteriores al 16 de junio de 2018, advirtiendo, el reconocimiento de la prestación corresponde a sus ex empleadoras por omisión en el pago de aportes a seguridad social pues el demandante refiere a la existencia de vínculos laborales con dichas empleadores por periodos no cotizados.

Así las cosas, debe recordar la Sala, con la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, se fortaleció el principio de oralidad, el cual supone los de publicidad, inmediación y concentración, así como la premisa según la cual el Juez es el director del proceso, quien se erige como tal en el curso de los juicios laborales, dadas las facultades que a él confiere el derecho procesal laboral, al consagrarlo así en el artículo 48 del C.P.L y S.S., norma que al otorgarle al Juez tal facultad, le permite conducir la litis en forma tal que garantice su rápido adelantamiento, así como el derecho de defensa de las partes, y por sobre todo, la inmediación, permitiéndole estar al tanto en la formación de los medios de prueba de utilidad para su convencimiento.

El principio de inmediación es de la esencia del proceso oral, pues este impone al Juez estar siempre presente dirigiendo la actuación, con lo cual adquiere el conocimiento del litigio en toda su extensión, y tiene contacto directo con los intervinientes, lo cual le permite un amplio conocimiento de los hechos, así como conducir el procedimiento evitando dilaciones, actuaciones o pruebas innecesarias, siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de las partes; igualmente, la concentración implica que los actos procesales deben aproximarse en el tiempo al máximo posible.

En la misma orientación, el artículo 53 del C.P.L. y S.S., confiere la facultad al Juez de rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito, mediante decisión motivada.

De tal manera, sea lo primero significar, el Juzgador de primer grado, al resolver la solicitud de la prueba, lo realizó precisamente en uso de tales facultades, atendiendo a las circunstancias propias del tema, por lo cual al negarse el decreto de la prueba solicitada, está ejerciendo las funciones derivadas de la inmediación y de la instrucción misma de la Litis, advirtiéndole la Sala si bien el artículo 198 del Código General del Proceso, da la posibilidad de citar a las partes en contienda a fin de interrogarlas, lo cierto es que en el presente caso no resulta pertinente decretarlo en favor de PROTECCIÓN, pues el asunto versa sobre un punto de derecho que bien puede ser esclarecido con la prueba documental arrimada al expediente, máxime cuando en el plenario no se presentó objeción alguna por parte de las sociedades CANO CONSTRUCTORES S.A.S y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA respecto de la existencia del contrato de trabajo con el

demandante, en los periodos advertidos en la demanda, situación que conllevó a la exclusión de esta discusión del objeto de la litis.

Razones por las cuales se considera, conforme a los supuestos planteados por las partes y los medios de prueba decretados, el interrogatorio de parte solicitado se hace innecesario, no encontrándose por ende errada la decisión del a quo ya que atendiendo sus facultades como director del proceso obró de conformidad, atendiendo los postulados de los artículos 48 y 53 del C.P.L, lo cual no obsta para que en caso de haberlo considerarlo viable el Juzgador de primera instancia, en ejercicio de las aludidas facultades, hubiera decretado los medios de prueba que estimara necesarios para resolver el debate planteado por las partes.

De conformidad con las consideraciones que anteceden procede la confirmación del proveído apelado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente -PROTECCIÓN-

En mérito de lo expuesto se

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado de conformidad con las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SEGUNDO: COSTAS de la alzada a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$200.000.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación propuestos por el demandante y la demandada PROTECCIÓN, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de septiembre de 2020 (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 59:52, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a reconocer a favor del señor CARLOS JULIO RAMOS TORRES una pensión de invalidez a partir del día 16 de junio del 2018 que se liquidará en la forma prevista en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, junto con sus reajustes legales y su mesada trece adicional.

SEGUNDO: AUTORIZAR a PROTECCIÓN S.A a descontar de la anterior condena el valor de los aportes de seguridad social en salud.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a reconocer en favor del señor CARLOS JULIO RAMOS TORRES los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del día 21 de mayo del 2019 y hasta el pago efectivo de la prestación.

CUARTO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda a SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA. y a CANO CONSTRUCTORES S.A.S declarando a favor de estas demandadas la excepción de cobro de lo no debido.

QUINTO: SIN COSTAS en este proceso.”

Inconformes con la decisión, los apoderados del demandante y la demandada PROTECCIÓN, respectivamente, interpusieron recurso de apelación.

En primer lugar, el demandante centró su reparo en dos aspectos, a saber: i) la fecha a partir de la cual se otorgó el pago de los intereses moratorios y ii) la absolución de la condena en costas.

Así, con relación a los intereses, consideró, la reclamación de la pensión de invalidez se realizó el 19 de septiembre de 2018, sin embargo, la entidad pensional a través de múltiples oficios negó el pago de la misma, aun teniendo conocimiento de las irregularidades en las cotizaciones realizadas por CANO CONSTRUCTORES y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA, sin ejercer una “acción

contundente” pues nunca realizó o desplegó actividad encaminada a obtener el pago de los aportes del convocante.

En ese orden, considera, PROTECCIÓN contaba con elementos de juicio y documentos suficientes para iniciar cualquier acción en contra de los empleadores, empero, por el contrario, el demandante se vio compelido a acudir a la jurisdicción ordinaria laboral en busca del reconocimiento de su derecho, por lo que, en su sentir, los intereses deben ser concedidos a partir del 19 de enero de 2019, esto es, cuatro meses siguientes desde que se realizó la petición de pensión.

Con relación a las costas, aduce, en los términos del artículo 365 del C.G.P. la parte vencida debe ser condenada a su pago y, en este proceso, dice, debe revisarse la conducta de las tres demandadas. Frente a las empresas ex empleadoras, sostiene, debe tenerse en cuenta que el actor estuvo solicitando el pago de los aportes a pensión, pero ello solo lo hicieron una vez notificados de la demanda, y, bajo tal entendido, de haberlo hecho antes, no hubiese sido necesario dar inicio al presente trámite procesal. Asimismo, señala, PROTECCIÓN fue vencida en juicio y omitió el cumplimiento de sus obligaciones con lo cual perjudicó al demandante privándolo por más de 2 años de recibir sus mesadas² (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S.,

² “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal establecida por su honorable despacho me permito interponer recurso de apelación para que dentro del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en su sala de decisión laboral contra la sentencia anteriormente notificada en estrados y solamente bajo dos aspectos.

Primero en cuanto la condena de intereses moratorios que a consideración de este procurador judicial no debió ser a partir del 21 de mayo del 2019 sino debió ser a partir del 19 de enero del año 2019 y así mismo respecto de la absolución de las costas procesales, entonces su señoría me permito sustentar mi recurso de apelación en los siguientes términos:

En el primer punto de controversia considera este procurador judicial que tal como y se encuentra establecido dentro del proceso y a lo sabiamente analizado y valorado por el señor juez no existe duda que mi representado con fecha de 19 de septiembre de 2018 ante protección solicito el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde ese momento se surtió todo el trámite administrativo en donde Protección con infinidad de oficios y situaciones negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de mi representado y aun teniendo conocimiento de que efectivamente las situaciones o las irregularidades que existían por parte de los empleadores CANO CONSTRUCTORES y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA respecto del pagos de los aportes de mi representado pues en trámite administrativo nunca ejerció la acción contundente, nunca realizó o desplegó una actividad tendiente a obtener el pago de sus aportes de la seguridad social de mi representado y nótese su señoría como pues mi representado pues es una persona que en este momento se encuentra en una situación médica complicada y económica; peor de complicada en cuanto por la posición radical y sin desplegar alguna actividad en trámite administrativo por parte de Protección S.A pues se ha visto perjudicada y efectivamente es la hora que no ha podido tener acceso a su pensión de invalidez aun teniendo las semanas y los requisitos cumplidos, entonces considera este procurador judicial que en este asunto desde el principio Protección tenía los elementos de juicio y los documentos y los soportes para desplegar cualquier acción en contra de los empleadores para obtener el efectivo pago para pensión de mi representado y tanto es así su señoría que mi representado tuvo que acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral en busca de ese derecho la pregunta es donde el ¿No hubiere accedido? Y él hubiera creído lo que le indicaban los asesores cada vez que se acercaba al fondo de

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:01:17, acta de audiencia expediente digital).

A su turno, el apoderado de PROTECCIÓN solicitó se revoque integralmente la sentencia y, en su lugar se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. En sustento de ello, refirió, se encuentra acreditado que existió un pago efectuado por parte de los empleadores CANO y SEGURIDAD CAMALEÓN en el año 2019, esto es, luego de notificarse la demanda y “*como un acto preparatorio de su defensa en este proceso*”, no compartiendo las conclusiones del juez respecto a darle aplicación al “*allanamiento a la mora del empleador*” pues las sentencias sobre las que se fundó la decisión, dice, no corresponden a las mismas situaciones de hecho a las aquí propuestas, ya que en ellas lo que se censura es la omisión del fondo en el cobro de aportes cuando existe una obligación clara y

pensiones que cobrar esa devolución de aportes pues quedaría desprotegido a toda luz de su derecho fundamental de la seguridad social, razón por la cual considera este procurador judicial que en el presente asunto si se deben aplicar estos intereses moratorios desde el 19 de enero del año 2019 cuatro meses siguientes a partir de la fecha de solicitud del reconocimiento y pago de la pensión del fondo de pensiones su señoría, entonces en este punto solicito al honorable tribunal se modifique la sentencia en este aspecto y se condene a Protección a reconocer y pagar en favor del demandante los intereses moratorios que tratan los artículos 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 19 de enero del año 2019

Así mismo su señoría en el segundo punto de discrepancia con su sentencia me permito manifestar como lo establece el artículo norma 365 del CGP Que la parte vencida pues se condenara en las costas del proceso para esto su señoría hay que analizar a las tres demandadas dentro del presente asunto: El primero frente de los empleadores Cano Constructores S.A.S y seguridad Camaleón Ltda. si bien es cierto su señoría como lo afirma el apoderado de la parte demandada Protección al momento de la notificación de la demanda si procedieron a realizar el pago de los aportes para pensión pero con el fin de evitar alguna absolución o alguna sanción por parte de su despacho, nótese que mi representado duró solicitándoles que le hicieran ese pago de sus aportes para pensión y pues a todas luces a él siendo un trabajador que de pronto no tenía los recursos en este momento le cerraron todas las puertas y le dijeron que efectivamente no iban a ser nada más y hasta ahí era lo que habían pagado y no iban a hacer más ¿Si? Entonces nótese su señoría que si aquí mi representado no hubiera acudido ante la jurisdicción ordinaria laboral en busca de demandar esas empresas para el pago de esos días que efectivamente le hicieron falta para consolidar su derecho a la pensión de invalidez ¿Qué Hubiera pasado de él? Razón por la cual considero que si bien es cierto dentro del proceso y con el único fin de evitar alguna sanción procediendo a realizar el pago de los aportes que le correspondían a mi representado pues si bien es cierto que existió un desgaste innecesario de la administración de justicia y la parte demandante a hacer comparecer al estrado a dichos empleadores razón por la cual considero que si es viable por lo menos establecer unas costas y unos gastos del proceso a cargo de los empleadores Cano Constructores y Seguridad Camaleón Ltda. Así mismo con Protección por cuanto fue la parte que resulto vencida dentro del proceso y de acuerdo con los argumentos establecidos por su despacho pues se pudo establecer que aun debiendo y ejercer esa obligación que le establece la Ley 100 de 1993 pues no hizo nada al respecto y esperó a que avanzara un proceso tanto es así que cierra toda la banda a una conciliación entonces su señoría aquí en el presente asunto es claro el tema que efectivamente el derecho a la pensión de invalidez estaba causado y que la entidad de seguridad social pues obviamente le siguió dando largas al proceso y va a seguir dándole largas al proceso razón por la cual que considero que no es justo su señoría que no se condene en costas a la entidad de seguridad social cuando primero es la parte vencida del proceso y segundo claro se encuentra demostrado que efectivamente omitió iniciar la obligación que tenía y con esto perjudico a mi representado más de dos años que no pueda en este momento recibir su pensión de invalidez, razón por la cual al ocasionarle unos gastos a mi representado habiéndose de familiares y todo para sobrevivir y poder iniciar este proceso pues hay una forma de resarcir los gastos del proceso y es con las costas procesales, razón por la cual le solicito comedidamente al honorable Tribunal que revoque este numeral de la sentencia y como consecuencia de ello se condene como a cano constructores S.A.S Como a Seguridad Camaleón Ltda., como al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A al reconocimiento y pago de las costas del proceso de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, En estos términos su señoría dejo presentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

expresa de cobro y no se ha presentado la novedad de retiro, lo cual, asevera, aquí no ocurre pues en autos se encuentra probado que los empleadores presentaron su novedad de retiro, privando a esa entidad del conocimiento necesario, para, si fuera el caso, iniciar las acciones respectivas, a más que con esa novedad, no puede predicarse la existencia de mora.

Reitera, los empleadores de manera “*dolosa*” o “*culposa*” realizaron la desafiliación del actor “*con el único ánimo de no realizar el pago de los aportes que correspondían, situación de la cual no puede ser culpada PROTECCIÓN.*”

De otra parte, alega, debe tenerse en cuenta que para el momento en el que se presenta la contingencia o siniestro de la invalidez, esa administradora “*no tenía facultades de iniciar acciones de cobro sobre una deuda que no consideraba existente*”, no siendo posible derruir sus argumentos con la comunicación del 21 de mayo de 2019 porque para esa fecha ya se había consumado el riesgo, considerando, “*hasta el momento de contestarse la demanda*” por parte de los empleadores, estos seguían en una situación en la que estaban asumiendo el riesgo de invalidez al haber retirado a su trabajador.

Advierte, el empleador debe realizar el reconocimiento de las prestaciones propias del sistema de seguridad social cuando no afilia al trabajador ni hace los aportes a su favor.

Arguye, no puede entenderse que PROTECCIÓN se ha allanado a la mora en el pago de los aportes por el hecho de no iniciar las acciones de cobro en mayo de 2019 porque, insiste, estaba presente la novedad de retiro, y se viene a presentar un pago en octubre y septiembre de 2019 con el fin de “*crearle una cobertura bajo el sistema de seguridad social y eludir al responsabilidad que les correspondía*”, pago al cual no podía resistirse porque se hace a través de las planillas, de un sistema transaccional.

Por último, de no accederse a la revocatoria de la providencia, pide de manera subsidiaria se le absuelva de los intereses moratorios pues la entidad ha actuado en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en aplicación a los preceptos legales, bajo la convicción de que existía una novedad de retiro y que el empleador es quien debe asumir las consecuencias de la inexactitud o error en el reporte de novedades al sistema, como en este caso.

Además, solicita se mantenga la absolución de la condena en costas³ (Audiencia virtual concentrada Arts. 77 y 80 del C.P.T y la S.S., realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:10:01, acta de audiencia expediente digital).

³ “Gracias señor juez de manera respetuosa le manifiesto al despacho que presento recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de ser notificada, solicitándoles a los señores Magistrados que se revoque en su integridad la sentencia. Gracias señor juez fundamento mi recurso de apelación en las siguientes consideraciones:

Es importante señor juez tener en cuenta tal como usted lo menciona que se encuentra plenamente acreditado que existió un pago efectuado por parte de los empleadores Cano y seguridad Camaleón en el año 2019 luego de notificarse de la demanda y como un acto pues preparatorio de su defensa en este proceso.

Ahora bien no comparte esta defensa las conclusiones del señor juez en cuanto la conclusión de darle aplicación al allanamiento a la mora del empleador por las siguientes razones: Las sentencias a las cuales hace mención el señor juez sobre la mora del empleador no descansan sobre exactamente las mismas situaciones de hecho porque en las sentencias o en la jurisprudencia que ha sentado la CSJ y la corte constitucional pues hacen relación precisamente a la existencia de mora en el pago de los aportes, pero bueno frente a este tema de la mora y trasladándolo precisamente a este caso lo que señala o censura la jurisprudencia de la cortes es que existiendo una obligación clara, expresa e incluso exigible de realizar el cobro de unos aportes pensionales en aquellos casos donde el trabajador estaba vinculado y no se había reportado una novedad de retiro que no es lo mismo que ocurre en este caso, pues no pude aplicarse con igual rasero dicha jurisprudencia porque en este caso se encuentra probado señor juez documentalmente tal como se indicó en los folios al momento de presentar las alegaciones de conclusión que efectivamente los empleadores pues presentaron sus novedades de retiro bajo lo cual debemos de entender que al retirar a un trabajador del sistema de seguridad social se le estaba privando de la información a mi representada con el fin de que pudiera si fuera el caso de hacer las acciones de cobro sobre unos aportes no pagados pero bajo la premisa de que no se hubiera reportado una novedad de retiro como en este caso, teniendo en cuenta estas consideraciones señor juez para mi representada nunca existió mora en el pago de los aportes como quiera que vuelvo y lo reitero los empleadores de manera dolosa o si fue el caso, culposa realizaron el retiro del trabajador con el único ánimo de no realizar el pago de los aportes que le correspondían situación de la cual no puede ser culpada Protección.

Ahora bien ha de tenerse en cuenta señor juez que para el momento en el cual se presenta la contingencia o siniestro de invalidez era un momento en el cual mi representada no tenía facultades de iniciar acciones de cobro sobre una deuda que no se consideraba existente, no se reportaban dentro del sistema de seguridad social en consecuencia nótese que también la jurisprudencia de la corte lo que echa de menos es el ejercicio de las acciones de cobro con antelación a la presencia de una contingencia o siniestro de la seguridad social, lo cual no ocurre en este caso y no puede darse cabida a la interpretación del folio mencionado por el señor juez correspondiente a la comunicación a la del 21 de mayo del 2019 conforme a la cual se eche o se derruya pues el argumento o la defensa sobre la responsabilidad de los empleadores en el pago de la pensión por una sencilla razón señor juez y es que para esa fecha 21 de mayo del 2019 ya se había presentado la contingencia por invalidez que fue asumida por los empleadores como quiera que para dicha data los mismos continuaban o habían hecho el reporte de la novedad de retiro por tanto mi representada no tenía acción de cobro hasta el momento de presentarse el siniestro por invalidez del tal manera que no puede endilgársele una diligencia o culpa o una inacción por no haber presentado unas acciones de cobro con antelación al 21 de mayo del 2019.

Ahora bien señor juez lo cierto es que hasta el momento de contestarse la demanda por parte de los empleadores los mismos continuaban en una situación en la cual estaban asumiendo por parte de ellos el riesgo de invalidez al haber retirado a su trabajador teniendo en cuenta esto entonces no se puede endilgar una responsabilidad de mi representada porque el sistema de seguridad social no asume las culpas patronales ni el dolo patronal ni tampoco los siniestros que ya estaban presentados, el sistema de seguridad social parte de ser un sistema de aseguramiento de riesgos o contingencias dentro los cuales resulta claro que un sistema como este no puede asegurarse siniestros señor juez sino riesgos, riesgo que reitero se había materializado en una contingencia en el año 2018 asumida directamente por el empleador porque también es clara la jurisprudencia por parte de la CSJ en el entendido que al no afiliarse al trabajador y menos aún hacerse aportes es responsabilidad del empleador realizar el reconocimiento de las prestaciones propias del sistema de seguridad social, situación que ya estaba causada desde el momento en que reitero se expide el dictamen de pérdida de capacidad laboral y se establece que el señor demandante es invalido pero con cargo a la responsabilidad del empleador de que retiro del sistema de seguridad social y no efectuó tampoco pagos al mismo.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS JULIO RAMOS TORRES las pretensiones elevadas a folios 3 a 6, las cuales encuentran apoyo en los hechos relacionados a folios 6 y 7, dirigidas principalmente a que se declare que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 50,3%, estructurada el 16 de junio de 2018 de origen común; que tiene acreditadas más de cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de su pérdida de capacidad laboral y por ende, que tiene derecho a que le sea reconocida su pensión de invalidez a partir de la calenda de estructuración. Además, solicita se determine que entre él y la sociedad CANO

Ahora bien mi representada no puede entenderse que ha asumido señor juez un allanamiento a la mora en el pago de los aportes por el hecho de no haber iniciado unas acciones de cobro en mayo del 2019 por una razón: Estaba presente la novedad de retiro la cual se puede evidenciar en los folios antes mencionados y se viene a realizar un pago y a generar una afiliación al sistema de seguridad social o ellos lo que se intenta con los pagos que se dieron en los meses de octubre y septiembre del año 2019 con la única intención señor juez de crearle una cobertura bajo el sistema de seguridad social y eludir la responsabilidad que les correspondía, mi representada por otra parte no se encuentra en capacidad de resistir al pago que efectúan las entidades administradoras a través de un medio como lo es el reporte de las planillas como quiera que no puede bloquear un pago a través de un sistema transaccional como puede ser “mi planilla” o los otros operadores de la planilla integrada de liquidación a aportes, conforme a lo anterior esto no presupone señor juez lo reitero que mi representada haya sido negligente en el ejercicio de las acciones de cobro por las razones antes mencionadas y menos aún que se haya allanado a la mora del empleador cuando no puede oponerse al pago de los aportes de seguridad social aquí estamos frente a un hecho evidente de mala fe, dolo por parte de los empleadores que deben responder patrimonialmente por el reconocimiento de las prestaciones, estas prestaciones reitero fueron pagadas no en un evento de mora del empleador, hubo un retiro se encuentra probado documentalmente y el pago fue efectuado con la única intención de entregarle la responsabilidad de este proceso a Protección cuando está claramente establecido el dolo con el cual actúan.

Finalmente señor juez o señores magistrados en caso dado de que no se acceda a la revocatoria que se está solicitando se solicita de manera subsidiaria que mi representada no sea condenada al pago de los intereses moratorios como quiera que ya lo ha señalado anteriormente la jurisprudencia de la CSJ en este caso mi representada actuaba en plena aplicación de los presupuestos legales conforme al artículo 39 del 1406 de 1999 está claro señor juez que el trabajador estaba retirado y el empleador es el que asume las consecuencias propias de la inexactitud errores o culpa derivado del reporte de novedades al sistema de seguridad social como queda en este caso, teniendo en cuenta lo anterior actuó en plena aplicación de las normas de derecho no resulto una objeción de manera alguna caprichosa o infundada elementos de juicio, se aprecia señor juez que en este caso conforme a los cuales no existía al momento de objetarse el reconocimiento de la pensión cobertura del sistema de seguridad social menos aun información señor juez que evidencia que mi representada tenía conocimiento de la situación como la que acontece en este caso y más aun de ello existía una clara información de que no existía mora en el pago de los aportes, razón por la cual no se puede condenar a mi representada al pago de unos intereses de mora.

Finalmente igualmente quiero reseñar a los honorables magistrados que se mantenga la absolución a mi representada en cuanto a la condena justamente impartida por el señor juez a no realizar el pago de costas judiciales, si alguien requiere en este proceso y coincido con la parte demandante es en unas costas judiciales en contra de quienes realmente ocasionaron este proceso que no son otros que los empleadores Cano y seguridad Camaleón que debiendo haber realizado el pago de sus aportes y haber reportado la novedad de retiro cuando realmente correspondía y no con el ánimo que lo efectuaron en este caso son ellos llamado a resarcir por parte de las costas judiciales a mi representada

Finalmente, sencillamente quiero reseñar señor juez que protección de manera alguna a dilatado como lo dice la parte demandante este proceso se está haciendo uso de un derecho constitucional como lo es el derecho a la segunda instancia y de apelación y con base a fundamentos serios y fundados, gracias señor juez.”

CONSTRUCTORES S.A.S existió un contrato de trabajo entre el 23 de julio de 2015 y el 17 de febrero de 2016, y con SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA entre el 5 de enero y el 7 de junio de 2017. En consecuencia, se condene a estas últimas dos empresas a cancelar a PROTECCIÓN a efectuar el pago de la totalidad de los aportes a pensión por el periodo en que estuvo vigente su relación laboral con cada una de ellas y a PROTECCIÓN a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez a partir del 16 de julio de 2018, junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas hasta que sea incluido en nómina de pensionados y los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente a sus aspiraciones,** por cuanto se condenó a PROTECCIÓN a reconocer y pagar a su favor la pensión de invalidez a partir de la fecha pretendida en la demanda junto con los intereses moratorios a partir del 21 de mayo de 2019, absolviendo a las demás demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que era un hecho indiscutido la vinculación laboral del demandante con las dos empresas llamadas a juicio, las cuales incurrieron en errores a la hora de informar la novedad de retiro, los que, pese a haber sido informadas a PROTECCIÓN, esta no había iniciado acciones de cobro tendientes a considerar los tiempos faltantes dentro de la historia laboral del actor. Además, encontró que la falencia había sido saneada por los empleadores mediante el pago de los aportes con sus intereses moratorios, el cual no fue objetado por la administradora pensional. Así, considerando los tiempos laborados para ambas compañías, estimó encontrarse acreditadas las 50 semanas requeridas por la norma para hacerse beneficiario de la pensión de invalidez, pues estaba también probado su estado de invalidez.

Respecto a los intereses moratorios discurrió, estos solo podían entenderse causados a partir del momento en que PROTECCIÓN tuvo conocimiento de las inconsistencias en la historia laboral del actor y le advirtió a este que ejecutaría las acciones de cobro respectivas.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia los siguientes supuestos fácticos:

- i) Que el demandante laboró para la empresa CANO CONSTRUCTORES S.A.S entre el 23 de julio de 2015 y el 17 de febrero de 2016 y para SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA entre el 5 de enero de 2017 y el 7 de junio de ese mismo año, aspectos que además de haber sido excluidos del

objeto de debate por la aceptación de las partes, se verifican con la documenta de folios 52, 60, 61 a 64.

- ii) Que el actor fue calificado por SURAMERICANA SEGUROS DE VIDA S.A., con quien PROTECCIÓN tiene contratado el seguro previsional, con una pérdida de capacidad laboral del 50,3%, estructurada el 16 de junio de 2018, de origen común (folios 43, 44 a 48)

En ese orden, de conformidad con lo previsto en el artículo 39⁴ de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de estructuración de invalidez el actor (16 de junio de 2018) tendrán derecho a la pensión de invalidez los afiliados al sistema que de acuerdo al artículo 38 *ejusdem* sean declarados inválidos⁵ y acrediten 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez.

Con relación al primero de los requisitos, esto es, la condición de invalidez, el mismo se encuentra acreditado al tenor de lo consagrado en los artículos 38 y 250 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, en atención a que de conformidad con el dictamen emitido por la SURAMERICANA el señor RAMOS TORRES cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 50,3% (folios 44 a 48).

⁴ **Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria⁴.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años

⁵ **“ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

Frente a las semanas de cotización, de conformidad con la historia laboral emitida por PROTECCIÓN (folios 167 a 174) se tiene que entre el 16 de junio de 2015 y el 16 de junio de 2018 (3 años anteriores la estructuración), el actor cuenta con 47,71 semanas cotizadas, que resultan insuficientes para acceder a la prestación reclamada.

No obstante, la parte actora alega no encontrarse debidamente acreditados la totalidad de tiempos laborados para CANO CONSTRUCTORES S.A.S y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA, advirtiendo, PROTECCIÓN omitió efectuar las acciones de cobro respectivas por los periodos en mora.

En ese orden, pertinente es memorar, tal como se dejó anotado al inicio, no existe discusión frente a la existencia de los contratos de trabajo del demandante con las sociedades arriba mencionadas, así: entre el 23 de junio de 2015 y el 17 de julio de 2016 con la primera, y entre el 5 de enero y el 7 de junio de 2017, con la segunda, periodos de los cuales se advierte, se encuentran comprendidos dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Para solventar entonces lo referido por el demandante, aunque inicialmente figuraba en la historial laboral del actor solo un día para el mes de febrero de 2016 con la empresa CANO CONSTRUCTORES -reporte aportado con la demanda-, lo cierto es que ese yerro no se refleja en la historia laboral traída a juicio por PROTECCIÓN, en el que para ese mismo periodo, se evidencia una cotización adicional a nombre de ese empleador por los 16 días que se echaban de menos, si se tiene en cuenta que el contrato finalizó el 17 de febrero de 2016 (folios 167 a 174), de allí que se encuentren completo el interregno en el que laboró con la referida empresa y que no hayan tiempos adicionales a considerar en la contabilización de semanas.

Al punto, es importante anotar, pese a que en efecto CANO CONSTRUCTORES había cotizado para el periodo 201602 solo 1 día, presentando la respectiva novedad de retiro mediante planilla 8451819118 (folio 124) cancelada el 16 de marzo de 2016, tal situación fue corregida con el pago de los 16 días restantes, junto con los intereses moratorios, el 25 de septiembre de 2019 (folios 112 y 113), el cual fue recibido por la administradora de pensiones, sin objeción alguna, tanto así que fue incluida en la historia laboral.

Por otra parte, frente a la relación laboral sostenida con SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA, se encuentra que para el periodo 201705 solo se cotizaron 3 días a favor del trabajador, faltando de esta manera 27 días en el reporte, evidenciándose que, tal como lo alega PROTECCIÓN, aquí también se registró una novedad de retiro el 13 de junio de 2017 –fecha de pago de la cotización, (folio 153)-, y en esa medida, le asiste razón a la AFP en asegurar que no tenía obligación de promover cobro alguno pues según la información reportada por el propio empleador el vínculo con este había finiquitado.

Sin embargo, al plenario se incorporó planilla TIPO N -corrección-, con número 8498384090, cancelada el 30 de octubre de 2019 por la compañía Seguridad Camaleón (folio 153), a través de la cual esta última procura sanear el error registrado en planilla anterior y completar la cotización del demandante, pues es claro, y así está acreditado en autos, que pese a registrarse tal novedad de retiro el 13 de junio de 2017 –mes siguiente a la causación de la cotización para el periodo de mayo de 2017-, el vínculo laboral se encontraba vigente sin solución de continuidad, memórese, este finalizó el 7 de junio de 2017.

De lo anterior, emana diáfano, si bien se realizó el pago de la cotización para el periodo 201705 en el mes de junio de 2017 -que era cuando correspondía según los términos legales (folio 153)-, ésta la hizo de manera errada en cuanto solo canceló, inicialmente, 3 días registrando novedad de retiro, debiendo entenderse superada dicha situación en 2019 con el pago de la planilla 8498384090 (folio 153) en el que se corrige la cotización y se cancelan 30 días para el periodo 2017-05m precisando, aunque la misma no fue convalidada expresamente por la AFP, lo cierto es que una vez enterada de la irregularidad asumió la posición de realizar el cobro de la misma, tal como se advierte de la comunicación de folio 21 de mayo de 2019 (folio 80).

En una situación similar de reporte errado de desafiliación, pero al sistema de riesgos laborales por parte del empleador, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral consideró que es posible colegir la convalidación tácita de la irregularidad generada con la novedad de retiro registrada por el empleador a la ARL, situación que puede ser *mutatis mutandi* aplicada al caso de marras. Así, en sentencia SL823 de 2020, expresamente señaló:

“(…)

En este orden, se infiere que la recurrente pese a que se le puso en conocimiento por parte del empleador, sobre el error que cometió al retirar al señor Galeano de ese subsistema de protección, nada dijo frente a esa misiva, como tampoco respecto del pago de aportes por riesgos laborales que le hizo el 1 de octubre/08, y en los periodos siguientes hasta 2009; luego entonces, ante su silencio, pues palmariamente se advierte que no rechazó estos, permite colegir que tácitamente aceptó o convalidó, no solo el saneamiento de la irregularidad sino también la cancelación de las cotizaciones para cubrir esa contingencia, la que igualmente se le notificó en la fecha de la ocurrencia (f. 181), siendo precisamente por esas razones que el juez colegiado arribó a esa conclusión.

Entonces, si Positiva S.A., consideraba que ante la novedad de desafiliación, se requería de una nueva vinculación del trabajador a esa entidad para cubrir los riesgos derivados de la actividad laboral, como ahora lo sostiene, debió hacérselo saber al empleador en aquella oportunidad, lo que brilla por su ausencia en el informativo. Frente a ese aspecto, resulta pertinente señalar, que el argumento de la censura en cuanto a que se debía proceder a afiliarse nuevamente al señor Galeano, no resulta lógico ni razonado, en virtud de que no hubo una terminación del contrato de trabajo al asegurado, ni solución de continuidad en la prestación del servicio, evento en el que sí conllevaría necesariamente a efectuar dicho trámite. (...)”

Protección, a lo largo de las reclamaciones realizadas por el actor nunca le hizo saber la necesidad de registrar una nueva afiliación, y por el contrario, según se dijo, esta se comprometió a adelantar las gestiones de cobro (folio 80) asumiendo la falencia presentada en la novedad de retiro, que a todas luces resultaba errónea.

Bajo tales disquisiciones, para la Sala deben contabilizarse esos 27 días que se echaban de menos en la historia laboral del demandante, que ya se encuentran cancelados al Sistema, que corresponden a 3,85 semanas.

Así, adicionadas estas semanas a las 47,71 que figuran certificadas por PROTECCIÓN en el reporte (folios 167 a 174), el demandante acumula un total de 51,57 semanas cotizadas, que lo hacen beneficiario de la pensión reclamada, debiendo confirmarse en este aspecto la sentencia de primer grado.

En relación con los intereses moratorios, resulta pertinente mencionar, se encuentran contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó en precedencia, la norma que rige la pensión reconocida a la parte demandante es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de

resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar “(...) el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones (...)”⁶.

Del mismo modo, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha sostenido que los intereses moratorios son simplemente resarcitorios y no sancionatorios⁷ de manera que no es pertinente efectuar algún análisis sobre la conducta de la respectiva entidad de seguridad social y a su posible apego a los postulados de la buena fe, salvo que la negativa se funde en el ordenamiento legal vigente o que la definición del derecho obedezca a las reglas jurisprudenciales fijadas, entre otras condiciones analizadas en concreto, pudiéndose colegir en consecuencia, el pago tardío de mesadas pensionales de una prestación originada en dicha preceptiva, debe ser sancionado en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, siempre y cuando no se evidencie una razón que justifique el actuar de la entidad en el desconocimiento del derecho que le asistía a la demandante⁸, criterio reiterado recientemente por la Corte en sentencia SL3130-2020⁹, en la que precisó:

“(...)”

En primer lugar, que permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe. Ello con la salvedad de algunos casos en los que, según la jurisprudencia, las entidades niegan administrativamente un determinado derecho pensional o definen su cuantía con amparo en el ordenamiento legal vigente y teniendo en cuenta que, finalmente, la obligación se produce por la aplicación de reglas jurisprudenciales relativas a la validez de algunas normas.

(...)” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así las cosas, y revisado el elenco probatorio, se tiene que la pensión de sobrevivientes fue solicitada inicialmente por el actor el 19 de septiembre de 2018

⁶ Sentencia SL1681 de 2020.

⁷ CSJ SL, 23 sep. 2002, rad. 18512; CSJ SL, 29 nov. 2011, rad. 42839; y CSJ SL10728-2016, entre muchas otras, reiteradas en sentencia SL3130 de 2020.

⁸ Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013.

⁹ En la cual hace extensivos los intereses moratorios cuando lo pretendido es la reliquidación o reajuste.

según se advierte a folios 195 y 196), petición que le fue negada por la AFP el 29 de julio de 2019, en los siguientes términos (folio 255 y 256)

“Luego de realizar el análisis de su cuenta individual y teniendo en cuenta que usted fue calificado con fecha de estructuración 16 de junio de 2019, Protección se permite reconocer a su favor la prestación subsidiaria de Devolución de Saldos, como respuesta al trámite que usted adelantó con dicha Administradora; esta definición de sa luego de considerar que en la cuenta de Pensión Obligatoria usted no tiene las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que solo cotizó 44,43; lo anterior de conformidad a lo establecido en la Ley 860 de 2003 artículo 1º (...).”

Como puede verse, y tal como se analizó en apartes anteriores, la razón de PROTECCIÓN para negar la petición efectuada por el demandante encontraba asidero en la información reflejada en su historia laboral, donde no se evidenciaban aportes en mora a ser cobrados por esa administradora a sus empleadores. Adicionalmente, no era posible para la AFP conocer sobre la verdadera duración de las relaciones laborales y menos aún de la inexactitud en las novedades de retiro presentadas por CANO CONSTRUCTORES S.A.S y SEGURIDAD CAMALEÓN LTDA que conllevaron a tener en cuenta dentro del reporte menos semanas de las efectivamente laboradas, discusión que solo fue solventada a través del presente litigio.

Al punto, si bien ha sido criterio de órgano de cierre de esta jurisdicción que las semanas reportadas en mora, cuando un empleador incumple su obligación de cotizar y la entidad de seguridad social no ejerce las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del trabajador, toda vez que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y su Decreto Reglamentario 1887 de 1994 (SL300-2020, SL181-2018, SL553-2018 y SL18906-2017), esa Corporación también ha reconocido que no puede predicarse mora cuando se presenta la novedad de retiro por parte del empleador, que fue lo que aquí ocurrió, y bajo tal entendido la administradora solo contaba con esa información respecto de su afiliado. Puntualmente sostuvo la Corte:

“(…)

Ahora bien, se anticipa que no fue desatinada la determinación del Tribunal, si se tiene en cuenta que en el presente caso no hubo mora, al evidenciarse novedades de retiro registradas con el empleador Sofasa, entre esas, en octubre de 1982, por lo que Colpensiones contaba con esa información respecto de su afiliado.

Lo anterior, se observa al analizar la historia laboral (f.º 46 a 49), acusada por el recurrente como erróneamente apreciada, en la que se encuentran consignadas diez novedades de retiro e ingreso con el empleador Sofasa entre el 26 de julio de 1982 y el 8 de junio de 1993.

(...)

*De lo anterior, se desprende que los períodos no reconocidos por Colpensiones corresponden a aquellos en los cuales el trabajador se encontraba desafiliado, pues así se había reportado tal y como se desprende de las novedades de retiro, luego «[...] **mal podía el tribunal atribuir la obligación pensional a la administradora convocada a juicio**, sin el lleno de la totalidad de los requisitos establecidos, para el caso, en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, máxime cuando no hubo una omisión en la ejecución de las acciones de cobro coactivo, tendientes a la obtención de los aportes constitutivos de mora por parte del empleador” (SL5607-2019, reiterada en SL1343 de 2020).*

En tono a lo dicho, claro resulta que los motivos que fundaron la decisión de la administradora de pensiones de negar la prestación al convocante, en su momento, tenía asidero en el ordenamiento legal y jurisprudencial vigente, ante el incumplimiento de los requisitos exigidos por la norma, y que se justifique el actuar de la sociedad del sistema pensional, por lo que habrá de revocarse la condena impuesta a su cargo respecto a los intereses moratorios.

Atendiendo tales conclusiones, y por sustracción de materia, el Despacho se releva de la alzada formulada por la parte actora sobre este asunto.

Finalmente, respecto de las costas procesales objeto de apelación por el demandante, téngase en cuenta que el legislador nacional ha acogido el criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*”, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado PROTECCIÓN, lo atinente a derecho es sea condenada en costas, motivos por los cuales se revocará la sentencia en este aspecto, para en su lugar imponer el pago de las mismas a cargo de la AFP llamada a juicio.

Así las cosas, agotada la competencia de esta instancia por el estudio del grado jurisdiccional de consulta, se revocará parcialmente la decisión únicamente en lo que atañe a los intereses moratorios y las costas de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar **ABSOLVER** a la PROTECCIÓN, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y correrán a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INES
CARRASQUILLA DE PATIÑO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 06 2018 00743 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES (fls. 66 a 68), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, contra la sentencia proferida por la Juez Sexta Laboral

del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre del 2020 (Cd. fl. 61, record 8:07 acta a folio 60), en la que se resolvió:

“CONDENAR a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a reconocer y pagar a la demandante señora CLARA INES CARRASQUILLA DE PATIÑO la pensión de sobrevivientes a partir del día 07 de abril de 2001 en cuantía inicial de \$1.211.440, junto con los aumentos legales y las mesadas adicionales previstas legalmente, y la indexación de sus mesadas adeudadas.

Se AUTORIZA a Colpensiones a descontar la suma de \$8.877.125 que pagó por concepto de pago de indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes

Se ABSUELVE de las demás pretensiones de la demanda.

La excepción de prescripción se **DECLARA PROBADA PARCIALMENTE** a partir del día 04 de octubre del 2015, hacia atrás de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de \$3.800.000 por concepto de agencias en derecho.”.

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, en relación con la absolución a Colpensiones del pago de los intereses moratorios, señalando que la jurisprudencia ha indicado que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios los jueces no deben analizar el actuar de la administradora de pensiones para determinar si se marcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación sino que la condena de intereses moratorios opera de manera automática cuando a partir de la solicitud la prestación no se otorga ante los plazos establecidos, por lo que en su sentir es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley se ha entender por tal, únicamente a la pensión de vejez, de sobrevivientes y de invalidez, advirtiendo la postura actual es que los intereses moratorios del artículo 141 aplican a todo tipo de pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones. (Cd. fl. 61, record 10:41)¹.

¹ “Doctora muchas gracias me permito interponer recurso de apelación contrala sentencia. En este sentido me permito sustentar el recurso apelando lo que tiene que ver con la absolución a Colpensiones del pago de los intereses moratorios en favor de mi representada en ese sentido solicito a los honorables magistrados del tribunal superior del distrito se condene a la entidad aquí demandada al reconocimiento de los intereses moratorios desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales teniendo en cuenta la fecha de prescripción que se ha acogido en la sentencia desde el 04 de octubre del 2015, así las cosas establece el artículo 141 de la ley 100 de 1993 “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” sobre el tema hace referencia las sentencias SL 508 del 2020 y SL 4601 del 2019 de la CSJ en al cual se ha indicado que para establecer la viabilidad de los intereses moratorios los jueces no deben analizar el

COLPENSIONES por su parte recurre la decisión manifestando que el ISS reconoció a la señora Clara Inés Carrasquilla de Patiño indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, por lo que se debe tener en cuenta la aplicación del Decreto 1295 de 1994 en consonancia lo estipulado con el artículo 138 de la constitución política que señalan abiertamente la incompatibilidad preexistente entre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, precisando su representada no reconoció la prestación puesto que el causante no dejó el derecho causado teniendo en cuenta las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior del fallecimiento, razón por la cual el ISS en la oportunidad legal procedió a efectuar el reconocimiento de la indemnización, por lo que solicita se revoque el fallo de primer grado (Cd. fl. 61, record: 13:52)².

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

actuar de la administradora de pensiones para determinar si se marcó dentro de los postulados de la buena fe al negar una prestación sino que la condena de intereses moratorios opera de manera automática cuando a partir de la solicitud la prestación no se otorga ante los plazos establecidos, adicionalmente en la reciente sentencia SL 1681 del 2020 magistrada ponente la doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo se indicó que en este orden de ideas no existe razón para negar el derecho a los pensionados al régimen de transición ley 33 de 1985 y el 71 de 1988 entre otras a obtener los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 que se repite esas prestaciones hacen parte del sistema general de pensiones, así las cosas es incorrecto afirmar que cuando el artículo 141 de la ley 100 de 1993 alude a la mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley entender por tal únicamente a la pensión de vejez, de sobrevivientes y de invalidez, finalmente en esta sentencia la sala concluyo que en este artículo 141 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las mesadas, por consiguiente esta frene a una regulación unificadora aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal, la sala abandono su criterio jurisprudencial anterior y en su lugar postula que los intereses moratorios del artículo 141 aplican a todo tipo de pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, así las cosas se solicita el reconocimiento de los intereses moratorios en favor de la demandante desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales, en ese sentido su señoría dejo sentado el recurso de apelación, muchísimas gracias.”

² “Muchas gracias su señoría me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable tribunal superior de distrito judicial sala laboral solicitándole comedidamente revoque el fallo proferido en esta instancia y en consecuencia absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que en ese entonces el ISS reconoció a la señora Clara Inés Carrasquilla de Patiño indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, debe tenerse en cuenta al respecto la aplicación del decreto 1295 de 1994 el cual se encuentra en consonancia lo estipulado con el artículo 138 de la constitución política que señala abiertamente la incompatibilidad preexistente entre el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, debe tenerse en cuenta que mi representada no reconoció la prestación puesto que el causante dejo el derecho causado teniendo en cuenta las 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior del fallecimiento por lo que el ISS en la oportunidad legal procedió a efectuar el reconocimiento de la indemnización, la cual como señale en precedencia es abiertamente incompatible con la prestación que se pretende reconocer en esta instancia por lo anterior le solicito al honorable tribunal revoque el fallo proferido en esta instancia y absuelva a mi representada de todas las pretensiones muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLARA INES CARRASQUILLA DE PATIÑO las pretensiones relacionadas en la demanda a folios 9 y 10, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 y 4, aspirando de manera principal se declare que el afiliado fallecido José Jairo Patiño Hidalgo dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa y por ende es beneficiaria de la prestación a partir del 7 de abril del 2001, en consecuencia solicita su reconocimiento junto con el retroactivo correspondiente, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones en donde se accedió al reconocimiento pensional en aplicación al principio de la condición más beneficiosa, a partir del 7 de abril del 2001, en monto equivalente a \$1.211.440, junto con las mesadas adicionales y los aumentos de ley; todo lo anterior tras considerar que el afiliado fallecido cumplió con las semanas requeridas en el Acuerdo 049 de 1990 y la demandante acreditó en debida forma la calidad de beneficiaria, ordenando pagar las sumas adeudadas de manera indexada y autorizando a Colpensiones a descontar del retroactivo adeudado los valores pagados por indemnización sustitutiva, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las mesadas adeudadas con anterioridad al 4 de octubre del 2015 (3 años anteriores a la presentación de la demanda).

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, se abordará el estudio de la procedencia de las condenas impuestas a cargo de la demandada.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, respecto a la normatividad que ha de trazar los derroteros para determinar cuál es el titular o titulares de la pensión solicitada, y cual la proporción que se ha de tener en ella, ha expresado la Corte Suprema de Justicia que por regla general la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado determina la norma que regulará la sustitución pensional y el derecho a la pensión de sobrevivientes³, razón por la cual, en principio, la normatividad

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia 24421 del 25 de mayo de 2005.

aplicable sería la vigente al momento del fallecimiento del señor JOSE JAIRO PATIÑO JARAMILLO, ocurrido el **7 de abril del 2001** conforme se indica en el registro civil de defunción visible a folio 12, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993 sin modificaciones, artículo 46, el cual prevé como requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en el caso del afiliado que fallezca, como es el que se presenta en autos:

- a) *Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte, y*
- b) *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.*

De tal manera, en relación con el requisito de semanas de cotización, obran en autos a folios 64 y 65 “*Historia de Ingresos Bases de Liquidación*” allegada directamente por la encartada en el expediente administrativo de Cd. fl. 54, en donde se observan cotizaciones realizadas por el señor José Jairo Patiño Jaramillo (q.e.p.d.) entre el 1° de abril de 1971 y el 31 de diciembre de 1996, por lo que en total aportó 681.14 semanas al sistema, con lo cual se puede colegir, el afiliado fallecido no cumplió con ninguna de las dos premisas recién mencionadas, exigidas por la norma vigente al momento del óbito como quiera que para dicha calenda (fecha de la muerte 7/04/2001) no se encontraba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, como tampoco reúne el requisito de 26 semanas de cotización realizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de su fallecimiento, es decir, del 7 de abril del 2000 al 7 de abril del 2001.

Así las cosas, la Sala procederá a estudiar el reconocimiento de la prestación pensional tal como lo solicita la parte actora, esto es a la luz del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa, el cual en sus artículos 6 y 25 señaló como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo y en su artículo 27, consigna como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“1. En forma vitalicia, el cónyuge sobreviviente y, a falta de éste, el compañero o la compañera permanente del asegurado.

(...)”.

En esta perspectiva, conviene memorar que constituye hoy por hoy línea jurisprudencial pacífica y uniforme de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de tal principio a casos que como en el *sub lite*, habiendo fallecido una persona en vigencia de la Ley 100 de 1993, acumula la densidad de cotizaciones al I.S.S. para los riesgos de I.V.M., suficiente para generar el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de sus causahabientes, bajo los mandatos de la normatividad anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Dicha posición jurisprudencial puede apreciarse en diferentes fallos de Casación Laboral como en la SL8614 Radicación N° 52403 del 7 de junio de 2017, en la cual se señaló:

“Ahora bien, en lo atinente al reparo jurídico, tampoco se evidencia yerro del juez de apelaciones. Ello, por cuanto de acuerdo a la fecha en que falleció Bustamante Sarmiento, la disposición aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; no obstante, tal y como se indicó en precedencia, como el causante al momento de su muerte era cotizante inactivo y no cumplió con el requisito exigido por dicha normativa, de acuerdo con el criterio de esta Corte, procede la aplicación de la condición más beneficiosa, como excepción a la regla general, en el tránsito legislativo entre el Acuerdo 049 de 1990 y la Ley 100 de 1993.

Conforme lo ha señalado la Sala, cuando en el cambio normativo el legislador no haya previsto un régimen de transición y ocurre una modificación sustancial en los requisitos legales para acceder a la prestación, tal y como aconteció respecto de la pensión de sobrevivientes al expedirse la Ley 100 de 1993, si se cumplen las exigencias de la normativa inmediatamente anterior -Acuerdo 049 de 1990- en el número mínimo de cotizaciones, aunque el riesgo se estructure bajo la reglamentación posterior, puede acudir a aquella en aras de proteger una expectativa legítima.

Concretamente, sobre la condición más beneficiosa aplicada a la pensión de sobrevivientes en el tránsito del Acuerdo 049 de 1990 a la Ley 100 de 1993, la Sala en la sentencia CSJ SL 19092, 30 abr. 2003, indicó:

(...) [I]mporta recordar que, conforme a la reiterada jurisprudencia de la Corte en la que se apoyó el fallador de segunda instancia, fundada en lo establecido por el artículo 48 de la Ley 100 de 1993 --que garantiza el derecho a optar por una pensión de sobrevivientes en los términos establecidos por los reglamentos del seguro social vigentes antes de esa ley--, en los principios rectores de la seguridad social y en una aplicación sistemática de las normas que gobiernan la pensión de sobrevivientes consultando al respecto su espíritu, bajo los principios constitucionales de equidad y proporcionalidad, no es admisible negar la pensión de sobrevivientes por la ausencia de cotizaciones durante la anualidad anterior a la fecha de fallecimiento del causante si durante todo el tiempo de su vinculación al instituto demandado, y antes de entrar en vigencia el nuevo sistema de seguridad social, el cotizante cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

El anterior criterio ha sido reiterado por esta Colegiatura a través de sentencias CSJ SL SL405-2013 CSJ SL SL6640-2015, CSJ SL6657-2015, CSJ SL8085-2015, CSJ SL 2150-2017 y SL4080-2017, entre otras.

En ese orden, en tanto que Bustamante Sarmiento tenía al 1 de abril de 1994, 1.252,14 semanas cotizadas, cumplió con las exigencias establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, y, por tanto, su beneficiaria tiene derecho a la pensión pretendida en aplicación del aludido principio constitucional, tal y como lo concluyó el juez de apelaciones.”

Así las cosas, evidenciado en autos que el causante había cotizado más de 300 semanas con antelación al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues conforme a historia laboral citada (fl. 64) alcanzó un total de 4301 días o 614,42 semanas para esa calenda, tal circunstancia le permitirá a sus beneficiarios – la acá demandante–, de conformidad con lo establecido en los artículos 6º y 25 del Acuerdo 049 de 1990, acceder al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues lo cierto es que el causante, en vida, cumplió con las exigencias de dicha normativa anterior a la Ley 100 de 1993, que exigía un mínimo de 300 semanas de cotización en cualquier tiempo para adquirir la pensión de invalidez, que por remisión del artículo 25 *ibidem* es la misma densidad exigida para la pensión de sobrevivientes, en consecuencia y por ser la norma más beneficiosa, es la que corresponde aplicar en el presente caso, como así se hizo en la sentencia materia de impugnación, por lo que no pueden salir avantes en este punto los argumentos de la encartada expuestos en la apelación.

Ahora, respecto de la calidad de cónyuge de la señora CLARA INES CARRASQUILLA, ésta se acredita con el Registro Civil de Matrimonio visible a folio 13, donde se señala que contrajo nupcias con José Jairo Patiño Jaramillo (q.e.p.d.) el 25 de abril de 1970. Requisito que por demás en su momento el ISS tuvo que encontrar acreditada para poder otorgarle la indemnización sustitutiva a la actora, la cual se reconoció por Resolución No. 024319 del 5 de octubre del 2001 (fl. 14, razones por cuales es clara la procedencia en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la accionante.

Precisando en este punto a COLPENSIONES y en aras de resolver su apelación, el hecho de haberse reconocido e incluso pagado tal indemnización sustitutiva, para nada impide que posteriormente pueda cuestionarse judicialmente si lo procedente era esa prestación o la respectiva pensión. Así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la posibilidad

de reclamar por ejemplo la pensión de vejez luego de haber recibido la indemnización sustitutiva, Radicado No. 35896, sentencia calendada el 07 de julio de 2009⁴, y para un caso de idénticas similitudes la Máxima Corporación consideró (SL4188 del 19 de octubre del 2020):

“(…) conforme se explicó en la sentencia CSJ SL11456-2015, en un asunto de semejantes aristas procesales al presente, existiendo el deber de reconocer la pensión de sobreviviente, el carácter indemnizatorio de la prestación sustitutiva «[...] perdió toda fortaleza, de manera que para las resultas del proceso, apenas habrá de tenerse como un pago parcial de la real obligación pensional que pesaba a cargo del ente demandado».

*Tal conclusión, se refuerza si se tiene en cuenta, que según lo decantó la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL13645-2014 reiterada en la decisión CSJ SL1624-2018, **aquella es una prestación provisional que no tiene la virtualidad de evitar el disfrute de la pensión, por ser la garantía máxima de seguridad social y un beneficio irrenunciable** en los términos del artículo 48 superior.*

Así las cosas, como «[...] el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, per se, implica que no había lugar al [...] de la indemnización sustitutiva», es imprescindible el descuento de lo pagado por ese crédito, en especial, debido a que, según se indicó en la sentencia CSJ SL3504-2019, tal es la única forma de «[...] conjurar un eventual enriquecimiento sin causa de la accionante [...]».” (Negrillas fuera de texto)

Entonces, habiéndose acreditado suficientemente que el I.S.S. reconoció a la beneficiaria de la prestación pensional de sobrevivientes, la acá demandante, una indemnización sustitutiva, a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa, pues dicho concepto es excluyente con el reconocimiento pensional deprecado en el fallo inicial, resulta procedente facultar a la demandada para que de las mesadas que se encuentren aquí adeudadas descuenta dichos valores, razón por la cual el fallo cuestionado ha de ser prohiado en éste aspecto.

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, evidentemente la pensión de sobrevivientes se causó en la fecha de fallecimiento del señor PATIÑO JARAMILLO -7 de abril del 2001- (fl. 29), sin embargo, debe en este punto analizarse la excepción de prescripción propuesta por la encartada a folio 39⁵, recordándose si bien el derecho a la

⁴ “La Sala ha asentado la tesis según la cual la indemnización sustitutiva es una prestación provisional, cuya recepción no impide reclamar judicialmente que se dilucide si lo que procedía era ese reconocimiento o en su lugar la prestación vitalicia de vejez; sin embargo se ha de entender que esta postura hace referencia a cuando se analiza la situación del afiliado respecto a la densidad de cotizaciones para el momento en el que se hizo la solicitud de reconocimiento de los derechos a la administradora de pensiones. (...)”

⁵ Por auto del 11 de marzo del año 2016, se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones (fl. 168).

pensión es imprescriptible, no así las mesadas pensionales, las cuales prescriben dentro del término establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S.; de esta suerte, en el presente asunto el derecho a la pensión de sobrevivientes se hizo exigible el 7 de abril del 2001 fecha en que falleció el señor José Jairo Patiño Jaramillo, acudiendo por primera vez a reclamar vía administrativa la prestación pensional el 2 de agosto del 2001⁶ (fl. 33) , resuelta de manera negativa mediante Resolución No. 024319 del 5 de octubre del 2001 (fl. 14) y acudiendo ante la jurisdicción el 4 de octubre del 2018 (fl. 1), notificándose a la entidad demandada del auto admisorio del libelo, dentro del término establecido en el artículo 94 del C.G.P.⁷, por lo que entre la fecha en que la actora tuvo conocimiento de la negativa del derecho pensional y la fecha de interposición de la demanda transcurrió el término trienal consagrado para la operatividad de la prescripción y en esa medida las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 4 de octubre del 2015, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

En cuanto al monto de la prestación, la cual se fijó por la *a quo* en cuantía igual a \$1.211.440 para el año 2001, procede la Sala a verificar esta suma atendiendo lo dispuesto en el artículo 20⁸ del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 54% por las 681.14 semanas cotizadas por el señor PATIÑO JARAMILLO (q.e.p.d) (fl. 65) y con los salarios correspondientes a las últimas 100 semanas cotizadas por el causante, divididos entre 100 y multiplicados por el factor 4.33⁹, operaciones matemáticas efectuadas con apoyo del grupo liquidador

⁶ Conforme se extrae del contenido de la Resolución No. 024319 del 2001 (fl. 14)

⁷ El auto admisorio se notificó por anotación en el estado del 12 de marzo del 2019 (fl. 32), notificándose a Colpensiones el 6 de mayo de ese mismo año (fl. 34).

⁸ “a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,

b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.

PARÁGRAFO 1o. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas. El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses.”

⁹ Sala de Casación Laboral, Rad. 25916 20/06/2007 Decisión de Instancia.

“En consecuencia, procede la Sala a calcular el monto inicial de la mesada de la pensión de sobrevivientes a la que es acreedora la demandante, para lo cual se tendrá en consideración los salarios mensuales de base-hoy ingreso base de liquidación- certificados por el Instituto de Seguros Sociales (folios 127 y 128 cuaderno 2), teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 5°, en concordancia con el parágrafo 1° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que reza: “El salario mensual de base se

creado por el Consejo Superior de la Judicatura, que hacen parte integra de ésta decisión y que arrojaron como mesada pensional el valor de **\$1.731.610¹⁰**, esto es, un cifra superior a la establecida por la Juez primigenia, razón por la cual atendiendo a que el presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones, no podrá aumentarse el valor de la mesada determinada por la Juzgadora inicial, so pena de hacer más gravosa la situación de la entidad en cuyo favor se surte el grado jurisdiccional, se confirma la decisión de primer grado.

En cuanto a la cantidad de mesadas anuales a reconocer a la parte actora, se ha de indicar éstas deben corresponder a 14 mesadas al año al haberse causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 en virtud de la cual se accedió a esa prerrogativa (art. 142), sin que tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que para el 7 de abril del 2001 fecha de causación de la prestación pensional, tal norma no se encontraba en el ordenamiento jurídico, confirmándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En este orden de ideas, procede la Sala a **concretar** el retroactivo adeudado por mesadas pensionales al actor, el cual se liquida con la mesada obtenida en primera instancia (\$1.211.440) del **4 de octubre del 2015 al 27 de mayo del 2020**

obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas”

10

TABLA PROMEDIO ULTIMAS 100 SEMANAS DE VIDA LABORAL									
Fecha Inicial	Fecha Final	Número semanas por periodo	Valor Ingreso Mensual	Valor por semana	Valor acumulado de semanas por periodo	IPC Inicial	IPC Final	Factor de Indexación	Subtotal
27/10/82	31/12/82	9,14	\$ 47.370,00	\$ 11.041,96	\$ 100.955,04	1,14%	43,27%	3795,61%	\$ 3.831.864
01/01/83	25/04/83	16,29	\$ 47.370,00	\$ 11.041,96	\$ 179.826,17	1,42%	43,27%	3047,18%	\$ 5.479.633
15/07/92	23/09/92	9,71	\$ 99.630,00	\$ 23.223,78	\$ 225.602,40	9,74%	43,27%	444,25%	\$ 1.002.240
31/05/94	31/12/94	30,00	\$ 1.974.000,00	\$ 460.139,86	\$ 13.804.195,80	14,93%	43,27%	289,82%	\$ 40.007.204
01/01/95	28/02/95	8,14	\$ 1.550.000,00	\$ 361.305,36	\$ 2.942.057,94	18,29%	43,27%	236,58%	\$ 6.960.243
01/03/95	09/03/95	1,14	\$ 325.500,00	\$ 75.874,13	\$ 86.713,29	18,29%	43,27%	236,58%	\$ 205.144
01/10/95	30/11/95	8,43	\$ 158.579,00	\$ 36.964,80	\$ 311.560,47	18,29%	43,27%	236,58%	\$ 737.082
01/08/96	31/08/96	4,29	\$ 2.000.000,00	\$ 466.200,47	\$ 1.998.002,00	21,84%	43,27%	198,12%	\$ 3.958.466
01/10/96	31/12/96	12,86	\$ 2.000.000,00	\$ 466.200,47	\$ 5.994.005,99	21,84%	43,27%	198,12%	\$ 11.875.487
Total semanas		100,00	Total acumulado actualizado						\$ 74.057.392

TABLA PRIMERA MESADA PENSIONAL		
Centésima parte de sumatoria de salarios semanales	Salario base	Porcentaje aplicado salario base
		54,00%
\$ 740.573,92	\$ 3.206.685,06	\$ 1.731.610

(fecha de la sentencia de primera instancia), obteniendo como suma adeudada **\$200.857.832,90**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, precisándose de este valor se podrá descontar lo pagado a la actora por indemnización sustitutiva como atrás se indicó.

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 1.211.440	PRESCRITO	
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 1.304.115		
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 1.395.273		
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 1.485.826		
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 1.567.546		
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 1.643.572		
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 1.717.204		
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.814.913		
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.954.117		
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.993.199		
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.056.383		
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.133.086		
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.185.133		
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.227.525		
04/10/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.309.052	3,90	\$ 9.005.303
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.465.375	14,00	\$ 34.515.250
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.607.134	14,00	\$ 36.499.876
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.713.766	14,00	\$ 37.992.724
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.800.064	14,00	\$ 39.200.896
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.906.466	14,00	\$ 40.690.524
01/01/21	31/01/21	1,61%	\$ 2.953.260	1,00	\$ 2.953.260
Total retroactivo				\$ 200.857.832,90	

En lo que hace a los intereses moratorios apelados por la demandante, puede advertirse, la entidad accionada negó el reconocimiento pensional en acatamiento a las disposiciones legales vigentes al momento del fallecimiento del causante, resaltándose, el reconocimiento que se realiza mediante la sentencia objeto de consulta, lo fue por vía jurisprudencial, y en esa medida, a juicio de la Sala la conducta de la Administradora se encontró amparada en el acatamiento estricto de la ley, que aunque modulado por la jurisprudencia y con los resultados que han quedado consignado en el presente proveído, justifican su actuar en la errada negativa al reconocimiento pensional, por lo que se confirma la absolución del pago de intereses moratorios, ello en armonía con el criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL388-2020, Radicación N° 73673 del 10 de febrero de 2020:

“En relación con los intereses moratorios, cabe precisar que, contrario a los sostenido en la decisión cuestionada, éstos no son procedentes, en la medida que la negativa del reconocimiento tuvo un fundamento legal, como que no se documentaron los requisitos previstos en la ley, por no haber acreditado el causante, aportes durante el último año anterior a su fallecimiento (...) y como su reconocimiento obedeció a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, de construcción eminentemente jurisprudencial, no había lugar a su imposición, como se dijo, entre otras, en las sentencias de casación CSJ SL4064-2019 y CSJ SL3784-2019.”

En lo que hace a la condena al pago de indexación del retroactivo que se genere por mesadas pensionales, a juicio de la Sala, ésta es completamente procedente como quiera que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

Así las cosas, dado que las mesadas pensionales cuyo pago aquí se impuso, se causaron unas a partir del año 2015, las cuales no han sido pagadas, entre la fecha de su disfrute y la de su pago, habrá transcurrido un lapso considerable dentro del cual se presenta la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, procediendo entonces la condena por este concepto a cargo de la demandada, confirmándose igualmente esta decisión.

Finalmente, esta Sala de decisión autorizará a COLPENSIONES a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado a la actora¹¹, de conformidad con lo establecido

¹¹Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

“De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a

en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que "*se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público*", mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras "*descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud*", adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y surtido el grado jurisdicción de consulta en favor de Colpensiones, conforme a las motivaciones precedentes lo que se sigue es la confirmación del fallo en los términos anteriormente expuestos, adicionándose en lo relativo a los descuentos en salud y el valor del retroactivo adeudado.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR en la sentencia proferida por la Juez 6° Laboral del Circuito de Bogotá.

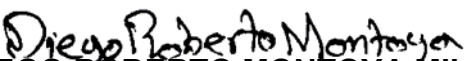
SEGUNDO: CONCRETAR el retroactivo adeudado a la demandante del **4 de octubre del 2015 al 31 de enero del 2021**, en suma de **\$200.857.832,90**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina, **precisándose** de este valor se podrá descontar lo pagado a la actora por indemnización sustitutiva de acuerdo a lo anteriormente considerado.

TERCERO: ADICIONAR el fallo de primera instancia, en cuanto a que se dispone **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a realizar los correspondientes descuentos por concepto de aportes a seguridad social en SALUD, del retroactivo adeudado a la demandante.

cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello"

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDGAR HUMBERTO DUARTE CUY CONTRA TRANSPORTADORA DEL META S.A.S (HOY OPERA CITY LOGÍSTICA URBANA S.A.S EN REORGANIZACIÓN), ECOPETROL S.A. Y META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA (HOY FRONTERA ENERGY COLOMBIA S.A.S), trámite al que se vinculó a COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. Y MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. como llamadas en garantía (RAD. 08 2016 00578 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 828 y 289), así como por TRANSMETA S.A.S (folios 814 a 815), META PETROLEUM CORP (folios 816 a 824), COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. (folios 825 a 827) y ECOPETROL S.A. (folios 830 a 832), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 17 de noviembre de 2020 (Cd a folio 809, récord: 34:39, acta a folios 810), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas TRANSMETA S.A.S, ECOPETROL Y METAPETROLEUM de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su

*Exp. No. 08 2016 00578 01 EDGAR HUMBERTO DUARTE CUY CONTRA
TRANSPORTADORA DEL META S.A.S (HOY OPERA CITY LOGÍSTICA URBANA S.A.S EN
REORGANIZACIÓN), ECOPETROL S.A. Y META PETROLEUM CORP SUCURSAL
COLOMBIA (HOY FRONTERA ENERGY COLOMBIA S.A.S)*

*contra por el señor EDGAR HUMBERTO DUARTE CUY en consideración a la
parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, relevándose el Despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos.

TERCERO: ABSOLVER a los llamados en garantía MAFRE Y MUNDIAL DE SEGUROS, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante liquídese por secretaria fijando como agencias en derecho la suma de \$873.000 pesos.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión remítanse las diligencias en grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de la parte demandante.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación advirtiendo, si bien como lo anotó la juez de primer grado para que operara la nivelación salarial tenían que efectuarse comparaciones con un trabajador al servicio de ECOPETROL, considera, el salario establecido en la convocatoria para la contratación de servicios de transporte de hidrocarburos a través de un tercero, constituye un referente determinado por esta última entidad a partir de la experiencia y por tanto, debía ser tenido en cuenta por TRANSMETA en el contrato de trabajo celebrado con el actor.

Por otra parte, en lo atinente a los viáticos que pide sean considerados en la liquidación de prestaciones, aduce, aunque no existió una ritualidad frente a estos, si se analizaran las guías de viaje en las que se registraban los trayectos de cargue y descargue del hidrocarburo, se evidenciaría que la actividad era permanente y no habitual, lo que de contera, en su sentir, conllevaría a inferir que los viáticos fueron usuales. De igual forma, sostiene, aunque se pagaba una suma global, la demostración del monto preciso que iba destinada a “*manutención y alojamiento*” no debía estar a cargo del trabajador sino del empleador.

Frente a la prima extralegal, refiere, aunque se concluyó que las partes habían pactado que no constituía salario, la voluntad de las partes “*se encuentra inclinada negativamente al trabajador*” pues el salario no puede ser renunciante

y por ende, este concepto debe ser constitutivo de salario para efectos de re liquidar las prestaciones aludidas en la demanda.

Frente a las horas extras, menciona, las guías contemplan las horas que dura el trayecto entre el sitio de cargue y el de descargue, y pese a que la demandada dijo que eso no significa que esas horas fueran efectivamente laboradas por el trabajador, lo cierto era que de *“una operación lógica y matemática se va a tener que si el horario es de cinco de la mañana a ocho de la noche y le están liquidando al trabajador solo dos o tres horas extras que pueden ser diarias es lo que supuestamente y por deducción legal se deviene de la autorización que hace el Ministerio de Trabajo”*.

Sobre este punto además, sostiene, conforme al artículo 162 del C.S.T., al empleador le corresponde llevar un registro de las horas extras laboradas por el empleado, no siendo posible para el actor que asuma la carga probatoria pues era su empleadora la encargada de entregar los registros y en general, aportar la prueba donde constaran las horas extras.

Finalmente, en lo que toca a los días de descanso, compensatorios, festivos y dominicales, aseveró, si bien aplica el pacto realizado por las partes respecto de los 160.000 pesos mensuales, pudo ocurrir que se generara una suma superior¹ (Cd a folio 809, récord: 37:49, acta a folios 810).

¹ *“Muchas gracias su señoría después de su juicioso fallo, respetable, sin embargo no estoy de acuerdo con el mismo por lo tanto interpongo en este acto de notificación en estrado el recurso de apelación para que el superior funcional, Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá entre a analizarlo, con fundamento, sustento la inconformidad de su fallo en lo siguiente:*

Si bien es cierto de acuerdo a su juicioso estudio que hizo acerca de la igualdad para que tuviera que operar la nivelación salarial que tenía que darse haciendo comparaciones de un supuesto trabajador que estuviese al servicio de la empresa Ecopetrol frente a los trabajadores de TRANSMETA para poder realizar esa comparación y así poder establecer con base al principio de igualdad una posible nivelación. Yo considero distinto doctora es cierto de manera objetiva y todo lo demás y que quizás no se pudo establecer ese parámetro o ese trabajador en postura contraria que era de Ecopetrol para poder hacer esa diferenciación salarial, sin embargo, yo creo que Ecopetrol cuando saca esa convocatoria contratando servicios de transporte con unos terceros para transportar el hidrocarburo y establece que hay un salario en establecido en cuatro millones y pico pesos a los cuales supuestamente TRANSMETA con base en el contrato MA1561 si no estoy equivocado del 29 de septiembre, eso es un referente eso quiere decir que ya Ecopetrol con base en la experiencia porque eso no lo va a sacar Ecopetrol de la noche a la mañana ni con una vara mágica, excúseme la expresión, pero para que eso suceda así de esa manera es porque tiene un referente es porque ya ha habido unos conductores que aunque en el momento presente para la suscripción del contrato entre Ecopetrol y TRANSMETA no existiera esos conductores supuestamente si debieron existir y si fueron punto de referencia y por tanto esa experiencia les enseñó que en las ofertas que ellos estaban procurando de hacer convocatoria a esa oferta debía tenerse como referencia un determinado salario fíjese ustedes un salario que no es redondeado sino que es casi con pelos y señales excúseme cuatro millones novecientos setenta y pico mil pesos es decir una suma exacta unas sumas traídas fue de la experiencia que debió tener Ecopetrol respecto de los salarios que

*Exp. No. 08 2016 00578 01 EDGAR HUMBERTO DUARTE CUY CONTRA
TRANSPORTADORA DEL META S.A.S (HOY OPERA CITY LOGÍSTICA URBANA S.A.S EN
REORGANIZACIÓN), ECOPETROL S.A. Y META PETROLEUM CORP SUCURSAL
COLOMBIA (HOY FRONTERA ENERGY COLOMBIA S.A.S)*

tenía en efecto de algunos conductores para esos efectos es por eso que yo creo e insisto, no creo que temerariamente, e insisto, que ese referente salarial debió aplicarse por TRANSMETA en beneficio del contrato que esta suscribió con el señor Edgar Humberto Duarte Cuy.

El segundo aspecto es el de los viáticos, esos viáticos si, realmente fueron cancelados y todo lo demás lo que sucede es que con esos viáticos estamos reclamando y que se tengan en cuenta para efectos de la liquidación de las prestaciones salariales en esos momentos y si puede ser cierto o de acuerdo con lo que se comprueba en el proceso como usted lo dice con los documentos allegados, no hubo quizás una ritualidad para efectos de esos viáticos; sin embargo doctora si se tienen en cuenta las guías, las famosas guías estas que se llevaron para efectos de registrar los trayectos o de los viajes que se hicieron desde los puntos donde se cargaban los hidrocarburos o el hidrocarburo hacia el punto de destino se va a ver que indudablemente era permanente prácticamente el servicio de conducción del hidrocarburo por los conductores de TRANSMETA entre ellos EDGAR DUARTE CUY, tan así es, que se está reclamando inclusive el reconocimiento de ciertos extras y de ciertos festivos y dominicales y todo lo demás eso indicia que si hubo una prestación habitual y no solamente de ese servicio de conducción de unos hidrocarburos sino que de contera allí se da el servicio de los viáticos o sea fue continuo no eventual sino que continuo y habitual, de tal manera que si se dieron esos conceptos de viáticos y de manera habitual y es más, la situación que estamos repasando para que se reconozcan como factores salariales y aquí viene otra situación respecto de esos viáticos que si se pagaban una suma global respecto al ítem donde TRANSMETA muy hábilmente dice a través de su representante de que allí se pagaban esos conceptos no solamente quizás alojamiento y manutenciones sino que otros aspectos como pinchazos, gasolina, y no sé qué cosas... Fíjese que ahí no hay una suma precisa de determinar cuánto era de manutención y alojamiento que son los rubros de viáticos pero eso no correspondía al conductor como tal hacerlo yo creo que ahí donde emerge la duda siendo un principio del derecho laboral el de la duda este debe favorecer al trabajador y por tanto esa carga de la prueba debería ser más implícita y concreta por parte del empleador no fue así, luego entonces yo creo señora juez que en este aspecto favorece más al trabajador y ha debido antes por el contrario no ponerlo a discriminar esos valores, distintos valores que constituían los gastos de viajes sino que más bien deducir que de ese valor \$49.000 o \$50.000 o \$55.000 de pesos debía beneficiar para los aspectos de costos y montos para los viáticos.

La otra situación de la prima extralegal doctora si usted cita unas sentencias de la CSJ Sala Laboral donde se indica, inclusive se llega a la conclusión o a la percepción de que esa primas extralegales en cierto modo fueron determinadas como salario y como salario pues debían establecerse y mantenerse como tal, sin embargo la discusión es si esa prima extralegal aceptada como salario como usted lo dice y lo acepta es salario sin embargo las partes en su libre albedrío llega a establecer que no son constitutivas o que es la voluntad de la parte sin embargo doctora esa voluntad de las partes se encuentra inclinada negativamente hacia al trabajador porque ningún salario debe ser irrenunciable y es mas no es renunciante ningún salario del trabajador, luego entonces al no ser renunciante y tenerse como salario este debe ser constitutivo para efecto de factor salarial y reclamar las demás prestaciones a que se alude en el libelo de demanda.

La otra situación doctora es la de las horas extras, doctora en las horas extras según en las guías tiene unas horas de 84 y otras horas que eso es lo que comprende el trayecto entre el sitio de carga y el descargue y que bien los abogados de la demandada en su momento dijeron que eso no querían decir que esas 84 horas y tantas horas más fueran las que el trabajador como tal consumiera o utilizara, si es cierto, pero de todas manera ha sido una operación lógica y matemática se va a tener que si el horario es de cinco de la mañana a ocho de la noche y le están liquidando al trabajador solo dos o tres horas extras que pueden ser diarias es lo que supuestamente y por deducción legal se deviene de la autorización que hace el ministerio de trabajo, sin embargo se tienen más horas extras como tal laboradas y en ese caso doctora hay un artículo que es el 162 del CST donde se dice que es el empleador quien debe llevar un registro de las horas extras es más es el empleador el que debe extender una copia de servicio de horas extras al trabajador esto no sucedió ni por parte del empleador para el trabajador y el trabajador quizás no lo pudo constituir y hacer llegar plenamente al expediente porque era una carga y será una carga siempre del empleador, entonces no se puede decir con base en la norma procesal civil a efectos de la carga de la prueba está en efectos tendría que ser exclusivamente del trabajador porque es primeramente obligado el empleador a llevar ese registro y aquí donde a veces y en jurisprudencia del consejo de estado dice que es la inversión de la prueba en este caso se favorece al demandante a que sea el demandado que teniendo los documentos en sus archivos el registro de esas horas extras ellos debieron allegar no solamente esos registros sino la prueba donde constara esas horas extras.

Por otro tanto sobre los días de descanso, compensatorios y los festivos y dominicales pues si en cierto modo si creo que ahí opera la cuestión de la validez del acuerdo que hicieron las partes en el sentido de que si creyeron que 160 000 pesos mensuales que se tenían como lo de festivos y dominicales algo se

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante EDGAR HUMBERTO DUARTE CUY en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 5 a 9), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 9 a 18, encaminadas principalmente a que se declare que entre este y la compañía TRANSPORTADORA DEL META S.A.S – TRANSMETA S.A.S existió una relación laboral entre el 19 de marzo de 2013 y el 20 de octubre de 2014; que entre ECOPETROL y METAPETROLEUM se celebró contrato de asociación “QUIFA” el 22 de diciembre de 2003 en desarrollo del cual esas empresas se han beneficiado de sus servicios como transportador de crudo en cada uno de los trayectos cumplidos con TRANSMETA S.A.S.; que dentro del patrimonio de Ecopetrol se encuentran los derechos de producción de los campos contratados hasta el 31 de diciembre de 2003 incluido campo rubiales; que TRANSMETA y ECOPETROL celebraron contratos en los cuales con sus anexos, establecen salarios y prestaciones a favor de los conductores de tracto camión; que prestó sus servicios a favor de ECOPETROL en razón de la suscripción de los contratos celebrados con TRANSMETA que tuvieron por objeto el transporte de HIDROCARBUROS; que TRANSMETA *“incumplió las exigencias salariales que acordaron con ECOPETROL mediante el anexo No. 1 LISTA DE PRECIO UNITARIA” del contrato No. MA-0001561 del 29 de septiembre de 2011, que establece a favor de los conductores de tracto camión* un salario de \$4.907.056, un bono de productividad de \$3.508.307 y un bono de accidentalidad de \$200.000; que las prestaciones salariales y sociales pagadas, debían incluir la totalidad de conceptos enunciados. En consecuencia, pide se condene a TRANSMETA S.A.S. a pagar a su favor la *“nivelación salarial de haberse cancelado el salario mensual de \$4.907.056 para el 2011 indexado*

puede aceptar de entrada o en principio que tenga validez ese acuerdo, sin embargo no trago entero pudo haberse indudablemente con esos factores que he hablado de horas extras más primas extralegales más los viáticos pues todos ellos sumados pueden llegar a constituir indicio en favor del trabajador de que si hubo más, si se produjo o si se generaron más ingresos por efectos de los descansos, compensatorios y no solamente lo que fue en ese sentido así señora juez con todo respeto y dejo así sustentado el recurso de apelación para efectos de que se decurso y que sea el superior quien lo dirima.”

para los años subsiguientes, acordado por ECOPETROL S.A. y TRANSMETA S.A.S mediante el anexo No. 1 LISTA DE PRECIOS UNITARIA del contrato MA-0001561 del 29 de septiembre de 2011, para la remuneración de los conductores de esta última que estuvieron dedicados al servicio de ECOPETROL”; así como el bono de productividad y el bono de accidentalidad. En esa medida, se disponga la reliquidación de los pagos realizados por prestaciones salariales y sociales, horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivas, indemnización por despido sin justa causa y aportes a seguridad social, junto con la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de “1993”, la indemnización moratoria y la indexación. También pretende se declare la responsabilidad solidaria de las empresas ECOPETROL Y META PETROLEUM CORP SUCURSAL COLOMBIA.

En subsidio de la nivelación salarial, pide se determine que los pagos realizados por concepto de “*PNO CONST. DE SAL y/o PRIMA EXTRAL CAM*” y viáticos constituyen factor salarial, por lo que deben reajustarse sus prestaciones sociales, salariales e indemnizatorias, causadas en vigencia del contrato, teniendo en cuenta además los días dominicales, festivos y horas extras diurnas y nocturnas “*que no fueron incluidas para la liquidación*”.

Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, en tanto se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la pasiva y se absolvió a las demandadas y llamadas en garantía de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, tras considerar la juez *a quo*, en primer lugar, y en lo que respecta a la pretendida nivelación salarial, pese a que existía mediana claridad respecto a la actividad que desarrollaba el actor dentro de la compañía TRANSMETA S.A.S., no se había probado que tales funciones estuvieran equiparadas a las asignadas a otro empleado de esa empresa o de ECOPETROL que tuviera las mismas condiciones, prestara sus servicios al cumplimiento del contrato de transporte MA-0001561 suscrito entre ambas sociedades y devengara el salario y los bonos reclamados, carga que dijo estar en cabeza del actor. Del mismo modo, apuntó, la lista de precios unitarios referida por el demandante sólo constituía un referente sugerido, pero no correspondía a la tarifa por el conductor que manipulaba el vehículo sino por la operación completa de este 24/7, de allí que no se dispusiera el pago de la

bonificación por accidentalidad y productividad ni se equiparara el salario al previsto en el anexo al contrato celebrado por ECOPETROL y TRANSMETA, y que no procediera la reliquidación de lo pagado al trabajador atendiendo tales conceptos.

De otra parte, frente a los viáticos, discurrió, no se probó su habitualidad y permanencia ni que estuvieran implícitamente relacionados a gastos de alimentación y alojamiento razón por la cual no podía darse el carácter salarial reclamado por la parte actora. En esa misma línea, con relación a la prima extralegal estimó, siendo válido y eficaz el convenio de exclusión salarial suscrito entre las partes, el mismo mantenía su fuerza vinculante, no siendo posible en ese sentido incluirla como factor salarial para la liquidación de las prestaciones del demandante.

Respecto de los recargos nocturnos, dominicales, festivos y horas extras, determinó, de las pruebas no se lograba establecer cuáles fueron los días domingos y feriados que dejaron de cancelarse, así como las horas extras causadas.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la demandada TRANSMETA S.A.S mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 19 de marzo de 2013 y terminó el 20 de octubre de 2014 por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora, aspecto que además de haber sido excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes contratantes, se constata con la documental de folios 105, 111, 112 a 144 626 a 634, 636.

Del mismo modo, no se discute que el promotor del litigio ocupó el cargo de “conductor de tractocamión” y, como tal, debía transportar hidrocarburos y derivados del petróleo de manera recurrente en las carreteras nacionales; que devengaba un salario variable, compuesto por una asignación básica, horas extras y recargos por trabajo suplementario diurno, nocturno y en días festivos y que la demandada le cancelaba viáticos y una prima denominada “*PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO*” que no se tuvieron en cuenta como factor salarial.

Tampoco se controvierte que entre ECOPETROL y LA TRANSPORTADORA DEL META S.A.S se suscribió contrato No. MA-0001561 el 29 de septiembre de 2011 (folio 234 a 250) el cual tenía por objeto: “*servicio de transporte de hidrocarburos líquidos en carrotanques a nivel nacional para ECOPETROL S.A. bajo el esquema de disponibilidad permanente, total y exclusiva de carrotanques al servicio de la operación de ECOPETROL S.A., sus asociadas y su grupo empresarial Contrato No. 5*” (folio 234 vto.)

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia, los problemas jurídicos en esta instancia se circunscriben en establecer si el demandante tiene derecho a i) la nivelación salarial equiparando su remuneración a aquella prevista en el anexo No. 1 LISTA DE PRECIOS UNITARIA del contrato celebrado entre ECOPETROL y TRANSMETA S.A.S; ii) tener como factor salarial para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, lo viáticos y la prima extralegal de campo y iii) al pago de horas extras y recargos diurnos, nocturnos, dominicales y festivos con la consecuente reliquidación de prestaciones.

En esa dirección, frente al primer planteamiento, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea de tal entidad que pueda por sí sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral “*a trabajo igual, salario igual*”, consagrado en el artículo 143 del C.S.T. modificado por el art. 7 de la Ley 1496 del 2011.²

² “**ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL.** -Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 -. El nuevo texto es el siguiente:

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del principio de derecho a la igualdad, la demostración plena en juicio de los elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente a la cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial, cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño profesional.

La comparación del demandante, según lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación, resulta del salario que fue establecido para los conductores en el “ANEXO No. 1 LISTA DE PRECIOS UNITARIA” (folio 250 vto.) que hace parte del contrato No. MA-0001561 celebrado entre ECOPETROL y TRANSMETA en el cual figura como salario básico la suma de \$4.907.056 y se prevé el reconocimiento de un “bono de productividad” y un “bono de accidentalidad”, en suma de \$3.508.379 y \$200.000, respectivamente, que no fueron pagados al trabajador, ahora promotor del juicio.

Al tema, baste con señalar, en el examine el demandante no acreditó las razones que aduce para la nivelación salarial reclamada, por cuanto, analizadas de manera conjunta la demanda y su contestación y, particularmente las motivaciones del actor para ejercer la acción, es posible establecer que lo que persigue no es en estricto sentido una nivelación salarial en aplicación del principio “a trabajo igual salario igual” justificado en la irrazonable diferencia de la retribución de un cargo y otro, o entre una u otra persona que desarrolla su misma actividad, pues lo que pretendió demostrar a lo largo del juicio es que tenía derecho a que su retribución se efectuara en las condiciones y cuantías pactadas en el contrato comercial celebrado por las empresas antes reseñadas, en razón a que prestó sus servicios a ECOPETROL, como trabajador de TRANSMETA, en virtud de ese negocio jurídico, lo cual no es posible por las razones que a continuación se exponen.

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.

2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.

3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

Los valores estatuidos en la “LISTA DE PRECIOS UNITARIA” (folio 250 vto.), de acuerdo con lo establecido en la cláusula tercera -valor- del contrato MA-0001561 (folio 234 vto.)³ comprenden todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la actividad (folio 234 vto.), ello quiere decir, que la contratista – TRANSMETA- no se obligó a retribuir a los trabajadores empleados para la ejecución de ese contrato con los valores consignados en esa lista, sino que, ese sería el valor pagadero por ECOPETROL con el ánimo de retribuir, de manera general y sin distinguir por cantidad de trabajadores considerados para el cumplimiento del objeto contractual, los gastos en que incurriría la contratista para cumplir con lo pactado, esto es, prestar el servicio de “*transporte de hidrocarburos líquidos*” con “*dedicación exclusiva y permanente*”, de hecho, en las obligaciones del contratista se dejó establecido que este “*es libre de establecer el número de personas a utilizar en la ejecución del Contrato, de acuerdo con el enfoque de organización que dé al mismo*” (folio 237). Lo anterior, guarda correspondencia con lo ilustrado por el testigo JESÚS BLANCO VILLALOBOS⁴, trabajador de ECOPETROL desde hace más de 25 años, quien indicó que el precio para conductor era el estimado de salario más prestaciones previsto para operar 24 horas, 7 días, y contar con la disponibilidad permanente del vehículo, que es sugerido y no exigido al contratista, el deponente además, refirió que el bono de accidentalidad y de productividad son pagados a la empresa.

Es de anotar además, con relación al salario de sus trabajadores, TRANSMETA se obligó con ECOPETROL a “*pagarles el salario establecido por ECOPETROL*”

³ Puntualmente señala el referido clausulado:

“CLÁUSULA TERCERA- VALOR DEL CONTRATO

El presente Contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien), los cuales remuneran la totalidad de las actividades (trabajos, servicios) y/o suministros constitutivos de su objeto, de conformidad con lo pactado y muy particularmente, con lo establecido en los TR.

Cada precio unitario comprende todos los costos directos e indirectos derivados de la ejecución de la respectiva actividad y/o suministro que hacen parte del objeto del Contrato. Incluye, entre otros, los gastos de administración, salarios y prestaciones sociales del personal, incrementos salariales y prestacionales, desplazamiento, transporte, alojamiento y alimentación del equipo de trabajo de CONTRATISTA; honorarios, asesorías en actividades objeto del Contrato; computadores, licencias de utilización de software, impuestos a cargo del CONTRATISTA, las deducciones a que haya lugar y en general todo costo en que incurra el CONTRATISTA para la ejecución de cada una de las actividades o suministros objeto de este Contrato, por lo cual incluye el AIU (administración, imprevistos ordinarios y utilidades)”

⁴ Cd folio 804, récord 18:45.

e informado en los DPS (Documentos del Proceso de Selección), o en defecto de dicha información, el salario que corresponda de acuerdo con la norma interna de ECOPETROL en materia de salarios a cargo de sus contratistas, la cual podrá ser consultada en la página web www.ecopetrol.cov.co en la ruta compras y contratación/normativa Extensiva a Contratistas (...)” (folio 237) (subrayas de la Sala), empero, ni uno ni otro valor está acreditado en el expediente para determinar si guardaba correspondencia al cancelado al demandante.

Con todo, para la Sala, las obligaciones adquiridas por TRANSMETA con ECOPETROL y consignadas en el referido negocio jurídico no tienen la virtualidad de imponer el reajuste del salario de aquellos empleados que desarrollaron actividades para la ejecución de ese u otros contratos celebrados por su empleador con terceros, debido a que esta clase de estipulaciones, al igual que las contenidas en el contrato de trabajo respectivo, tienen efectos *inter partes*, y en esa medida, el empresario se sujeta y se obliga con su trabajador en los términos del contrato laboral celebrado –verbal o escrito- incluido lo atinente al salario o remuneración de los servicios prestados, entendiéndose satisfecha su obligación cuando retribuye al trabajador en los términos pactados y con sujeción a las normas laborales.

Del mismo modo, tal como lo refirió el demandante en su interrogatorio, TRANSMETA tenía más clientes y era factible que este no estuviera asignado exclusivamente a la ejecución del contrato MA-0001561.

Adicionalmente, el eventual incumplimiento de las obligaciones contractuales que sobre el salario de los trabajadores empleados en el cumplimiento del objeto contratado hubiera adquirido TRANSMETA con ECOPETROL, bien pudieron dar lugar a las reclamaciones pertinentes por parte de esta última en calidad de contratante.

Ahora, aun cuando se diera una intelección distinta al escrito introductor y se entendiera que, en efecto, lo pretendido es la nivelación salarial, lo cierto es que, como se anotó, los presupuestos para la aplicación de tal principio no se encuentran satisfechos en el sub examine, en atención a que no se avizora un parámetro de comparación que diera lugar a la prosperidad de las pretensiones,

debiendo enfatizar en el hecho de que, en el caso de autos, no se alegó en momento alguno que el demandante ejecutara una labor en iguales condiciones de tiempo, modo y lugar a la de otro compañero que perciba una remuneración mayor a la suya.

Lo anterior, por cuanto al solicitarse la nivelación salarial, deben analizarse que efectivamente existan circunstancias de igualdad que den lugar a una comparación, aspecto que cobra relevancia, en tanto el actor omitió presentar un punto de comparación que permitiera la verificación de igualdad de circunstancias y diferenciación salarial, en especial, en atención a que existen aspectos tales como la antigüedad, formación académica y experiencia del trabajador que justifican la diferenciación en el trato salarial, por lo que como se dijo para establecer la igualdad salarial, no basta con contar con los requisitos exigidos para el cargo al que pretende sea nivelado, sino que deben analizarse otras circunstancias, pues el principio de trabajo igual salario igual, pretende evitar la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas; así lo señaló la máxima Corporación en sentencia 38475 de 22 de enero de 2013, reiterada en la SL-10558 de 2017, en donde por demás se recuerda la línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el tema⁵.

⁵ “...Ahora bien, haciéndose abstracción de la norma que debiera regular el caso, por cuanto en últimas de lo que se trata en lo esencial a cualquier norma que prevea la igualdad laboral es de censurar la permisión de factores o circunstancias de inequidad en las relaciones del trabajo para, de ese modo, hacer prevalecer la igualdad de trato frente a similares situaciones laborales de productividad y eficiencia, cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial y prestacional en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial y prestacional sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte recientemente en sentencia de 17 de abril de 2012 (Radicación 34.746), en los siguientes términos:

“Como se dejó visto al estudiar el primer cargo, el Tribunal consideró que la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST no operaba bajo la simple comprobación del desempeño igual, sino que se debían acreditar condiciones de eficiencia iguales, lo cual, en su sentir, no se limitaba al rendimiento físico, sino que, conforme a la jurisprudencia (CSJ sent. Oct. 10 de 1980), se debían examinar aspectos tales como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad respecto al equipo, al material, al trabajo, a la seguridad de sus compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones, conforme con lo cual no todo trato diferente suponía una discriminación, pues, según señaló, éste podría estar justificado cuando se apalancaba en factores razonables, como podrían ser la antigüedad y la experiencia, reconocidos por la jurisprudencia (Sent. 10 de octubre de 1980).

“La anterior hermenéutica del ad quem no luce equivocada, como lo reprocha la censura, pues está soportada en jurisprudencia de esta Sala, en la que se indica que la concurrencia de unas condiciones especiales, en cabeza de un trabajador, que tengan repercusión en una mayor eficiencia en la prestación del servicio permiten diferencias en

su remuneración, lo que no está en desacuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto.

“En la perspectiva de explicar la correcta aplicación del principio de a trabajo igual salario igual prevista en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador de segundo grado precisó, con soporte en un criterio doctrinal de la Sala, fijado en sentencia de 10 de octubre de 1980, que, frente a discusiones suscitadas en torno a diferencias salariales, le correspondía al juez del trabajo examinar aspectos, de tan especial importancia, como los relativos a la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad, respecto al equipo, el material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones. Visión que naturalmente no se aparta del sentido de la norma, pues su sentido natural y obvio indica que la remuneración debe ser igual, siempre que no medien circunstancias en la prestación del servicio que justifiquen una diferencia salarial, atendiendo las condiciones personales del trabajador, que tienen incidencia para un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones, que pueden ser de diferente orden, como serían, entre otras, la antigüedad en la empresa, la experiencia en la labor desempeñada, la capacitación, su adaptación al medio de trabajo, la iniciativa, la constancia y sentido de responsabilidad que haya demostrado en la práctica.

“No aparece entonces que el entendimiento que asignó el Tribunal al principio referido se aparte de su genuina exégesis.

“Conviene señalar que los derroteros doctrinales, a que se remitió el Tribunal, aparecen comprendidos en reciente sentencia de la Sala de 18 de mayo de 2009, radicada con número 33673, en la que se precisó, lo siguiente.

““Lo que en realidad argumenta la censura es que la simple equivalencia en el cargo y en las funciones es suficiente para reclamar la igualdad salarial que consagra el citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

““Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo, que en este asunto no se citan, de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial con apoyo en el artículo 143 mencionado. A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(...)

““Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

““Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado a los requerimientos del artículo 5º de la Ley 6ª de 1945.

““Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite

para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

“Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas”.

“No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que reemplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta opera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que inspira el trabajador preparado, **de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.**

“En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

“Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad.”

“Sin que sea necesario ahora determinar si la regla contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo tiene cabida cuando las funciones laborales no se ejercen simultáneamente por los trabajadores en los que concurre la diferencia en el trato salarial, tampoco surge errada la inferencia de la decisión acusada según la cual no se quebrantó en este caso el principio de igualdad salarial, debido a que la actora no laboró en la misma época que el trabajador con quien pretende la nivelación en la remuneración, por razón de que no se presentó la igualdad de condiciones.

“Lo anterior, por cuanto que el principio de igualdad salarial previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo parte del supuesto de que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y si, por la circunstancia de que los cargos no se desempeñaran simultáneamente, el fallador consideró que no era posible una comparación para encontrar la igualdad en las aludidas condiciones, no incurrió en una interpretación equivocada del precepto, pues no hallar acreditados los supuestos de hecho exigidos en una norma es una cuestión relacionada con el análisis de las pruebas y no con la exégesis de la disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.

En síntesis, no basta desempeñarse el mismo cargo u puesto de trabajo, que se haga al mismo tiempo con quien se pretende la comparación, sino que cuenta que la productividad o eficiencia resulten similares, para lo cual cabe tener en cuenta, entre otras, la antigüedad, la preparación y ciertas capacidades individuales del trabajador. Luego, como las exigencias que echó de menos el Tribunal para este caso es dable contarlas como de aquellas que pueden y deben estar presentes en el ejercicio de la comparación, y responden a

De lo que viene de exponerse, se confirmará la sentencia de primer grado en este punto.

En lo que corresponde a la prima extralegal, conforme deviene del texto de la cláusula tercera del otrosí al contrato de trabajo suscrito entre las partes (folio 633 y 634) este concepto busca compensar el tiempo que el trabajador esta fuera de Bogotá, situación que se infiere se cumplió en la realidad por cuanto, conforme los desprendibles de nómina arrimados al expediente, correspondientes a los meses de junio de 2013, enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, agosto y septiembre de 2014, se verifica que esta prima solo era cancelada en la primera quincena de estas mensualidades (folios 115, 117, 121, 127, 133, 137, 141, 143), lo que resulta congruente con lo advertido por el demandante en el interrogatorio de parte en el cual ilustró que su horario de trabajo era 14/7 (14 días laborados en campo y 7 de descanso), siendo posible deducir que el valor pagado únicamente en la primera quincena de cada mes, correspondía efectivamente a esos 14 días que estaba fuera de su ciudad de residencia.

En esa medida, para esta Corporación, su naturaleza no es para retribuir el servicio del trabajador, lo que ratifica su carácter de no constitutiva de salario, precisándose, que su naturaleza o finalidad no se desvirtúa por la forma de liquidación, dado que si bien para su cálculo se tiene en cuenta el kilometraje recorrido por cada trabajador, conforme se especifica en el acuerdo contractual, ello solo se realiza en aras de establecer el tiempo que cada empleado estuvo fuera de la su ciudad de residencia, en orden a liquidar la mentada prima, no siendo entonces su finalidad retribuir el servicio, tal como se anotó. Adicionalmente, a más de que no tenía carácter retributivo, pese a su habitualidad, sobre este concepto las partes convinieron que *“de conformidad con los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, esta **“PRIMA EXTRALEGAL DE CAMPO”** se otorga por mera liberalidad de EL EMPLEADOR y no ha sido ni es constitutiva de salario para ningún efecto (...)*” (folio 633).

factores objetivos del trabajo, en tales razonamientos no es dable concluir que hubo un dislate mayúsculo o con la gravedad de dar al traste con el fallo, no empecé el desatino normativo atrás reseñado.”

Sobre lo último, valga decir, a juicio de la Sala, el pacto goza de validez por cuanto no se está despojando de su connotación salarial a devengos que tienen indudable naturaleza retributiva, pues en los términos ilustrados, tal concepto no era retributivo del servicio y por ende no constituía salario.

Con relación a los viáticos pertinente es reiterar lo que de tiempo atrás tiene adocinado la Sala de Casación Laboral frente al artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, en cuanto a que los viáticos constituyen factor salarial, en aquella proporción destinada a brindar al trabajador manutención y alojamiento; por oposición, no constituye salario la parte destinada a proporcionar medios de transporte o gastos de representación, así como los viáticos ocasionales, extraordinarios, no habituales o poco frecuentes.

En el *sub judice*, aun cuando el representante legal informó que al actor se le cancelaron gastos de viaje⁶, frente a estos precisó que se pagaban para el pago de imprevistos en la ruta -ejemplo un pinchazo- encontrándose la alimentación y el alojamiento incluidos en los “*costos totales*” de tales expensas. No obstante ello, en el plenario no fue posible establecer, con los demás medios de prueba acopiados, la frecuencia de los mismos, desconociéndose con qué periodicidad los causó, lo cual no es factible colegir considerando únicamente las funciones desempeñadas por el actor como conductor de tractocamión, pues el hecho de que tuviera que transportar hidrocarburos en el territorio nacional, no permite esclarecer en qué ocasiones y con qué periodicidad la empresa se los reconoció, información necesaria a fin de determinar si tales pagos fueron o no permanentes.

Al punto, resulta importante acotar, aunque en los desprendibles de nómina de las segundas quincenas de enero (folio 139), febrero (folio 119), marzo (folio 123), mayo (folio 135) y agosto de 2014 (folio 142) se relaciona en la columna de “*devengos*” un concepto denominado “*VIATICOS PRESTACI*” los mismos no son incluidos en la sumatoria de esa hilera y menos aún fueron contabilizados a efectos de determinar el “*total a pagar*” al empleado, de allí que no se tenga certeza de que en realidad, dichas sumas de dinero que aparecen ahí reflejadas hayan sido recibidas por el demandante.

⁶ Cd folio 754, récord 1:20:06.

Aun si se concluyera lo contrario, a partir de tales documentales tampoco sería dable colegir que fueron habituales, ya que de los 19 meses que duró el contrato, solo le habrían sido cancelados en 5 oportunidades, por lo que en este caso, probatoriamente, a diferencia de otros que han sido del conocimiento de esta Sala, habría que concluirse que los mismos resultan accidentales y por ende, a voces del numeral 3 del artículo 130 del C.S.T ya citado, no son constitutivos de salario.

Ahora bien, insiste el recurrente en la procedencia de la inclusión de los recargos por trabajo dominical y festivo, así como horas extras, para efectos de liquidar las prestaciones causadas en vigencia de su contrato de trabajo.

En tal sentido, debe anotarse, el trabajo extra o suplementario corresponde a aquellas horas laboradas por el trabajador, adicionales a la jornada ordinaria pactada entre las partes, o en su defecto la establecida en el artículo 161 del C.S.T.⁷, el cual se remunera en los términos del capítulo III del C.S.T (artículo 168 y s.s.).

Es importante apuntar, la ley no le permite al juzgador hacer cálculos ni conjeturas para establecer un número probable de horas que puedan

⁷ **“ARTICULO 161. DURACION.** <Ver Notas del Editor> <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana, salvo las siguientes excepciones:

a). En las labores que sean especialmente insalubres o peligrosas, el gobierno puede ordenar la reducción de la jornada de trabajo de acuerdo con dictámenes al respecto;

b). <Literal modificado por el artículo [114](#) de la Ley 1098 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:

1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.

2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche.

c). <Ver Notas del Editor> <Inciso modificado por el Artículo [51](#) de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador pueden acordar temporal o indefinidamente la organización de turnos de trabajo sucesivos, que permitan operar a la empresa o secciones de la misma sin solución de continuidad durante todos los días de la semana, siempre y cuando el respectivo turno no exceda de seis (6) horas al día y treinta y seis (36) a la semana;

En este caso no habrá a lugar a recargo nocturno ni al previsto para el trabajo dominical o festivo, pero el trabajador devengará el salario correspondiente a la jornada ordinaria de trabajo, respetando siempre el mínimo legal o convencional y tendrá derecho a un día de descanso remunerado.

d) <Ver Notas del Editor> <Literal modificado por el artículo [2](#) de la Ley 1846 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El empleador y el trabajador podrán acordar que la jornada semanal de cuarenta y ocho (48) horas se realice mediante jornadas diarias flexibles de trabajo, distribuidas en máximo seis días a la semana con un día de descanso obligatorio, que podrá coincidir con el domingo. Así, el número de horas de trabajo diario podrá repartirse de manera variable durante la respectiva semana teniendo como mínimo cuatro (4) horas continuas y como máximo hasta diez (10) horas diarias sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario, cuando el número de horas de trabajo no exceda el promedio de cuarenta y ocho (48) horas semanales dentro de la Jornada Ordinaria de 6. a. m. a 9 p. m.”

considerarse laboradas por el trabajador, siendo deber de este último basar su solicitud en evidencias precisas y unívocas que den cuenta el tiempo efectivamente prestado al servicio del empleador. En otros términos, el trabajo suplementario debe acreditarse en forma clara, concreta e incuestionable, por cuanto se trata de demostrar la existencia de hechos que comprometen minuciosidad en la información, por lo tanto, su reconocimiento se halla condicionado a la probanza de los supuestos de hecho aducidos, pues el sentenciador no puede hacer suposiciones sobre ese aspecto ya que esa decisión implicaría la posibilidad de imponer una injustificada carga salarial y prestacional que supere el trabajo real y efectivo realizado por el empleado. Así lo ha dicho reiterativamente el órgano de cierre de esta jurisdicción, por ejemplo, en la sentencia SL 3407 de 2018.

Puntualmente, sobre este tópico en sentencia SL1269 de 2019, dijo la Corte:

“Efectivamente, tiene adoctrinado esta Corporación que las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada diurna ordinaria, demandan de quien lo reclama, el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que estas se realizaron, razón por la que no puede el juzgador hacer cálculos o suposiciones, para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas.

En este sentido se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017:

No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada.”

Atendiendo tales supuestos, aunque el demandante afirma haber laborado horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivas, lo cierto es que ello no luce demostrado pues no existe si quiera un medio probatorio que permita soportar la versión vertida por el demandante, pues pese a que al plenario se allegó copia de las guías de transporte (cd folio 793), en ellas solo se consigna las horas de vigencia que se tienen para efectuar el desplazamiento de la mercancía del punto de origen al punto de destino, pero no consignan el total de horas efectivamente laboradas por el conductor.

A más de lo anterior, advierte la Sala, las partes mediante otrosí al contrato de trabajo, pactaron que al actor se le cancelaría la suma fija de \$160.647 mensuales *“como pago de recargos tales como trabajo nocturno, suplementario o de horas extras, trabajo en días de descanso obligatorio, descanses dominicales y festivos y cualquier otro concepto que se pueda causar”* (folio 634), razón por la cual, no hay lugar al reconocimiento de los recargos y horas extras, precisando que no se advierte que con dicha cláusula se vulneren los derechos mínimos del trabajador, pues recuérdese que el contrato es la manifestación de la voluntad de las partes, y en ese orden es válido que acuerden las sumas que remuneran la labor del trabajador, destacando, que la suma pactada corresponde a un monto adicional al salario básico, que en todo caso resulta superior al salario mínimo legal vigente para la época de la suscripción del contrato, por lo que se itera, a juicio de esta Sala, es válido el acuerdo frente a la remuneración del trabajo suplementario y de horas extras.

En lo que toca específicamente a la carga de la prueba en cabeza del trabajador demandante, , suficiente es indicar que no es reprochable de manera alguna el fundamento jurídico de la juez a quo, por cuanto se trata del criterio expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, sin que acoger dicho criterio de Casación Laboral sobre el tema, implique tornar el proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, constituyendo doctrina probable, siendo ello plausible.

Conforme lo analizado, claro resulta que el actor no cumplió con su carga probatoria, pues se itera, en autos ni siquiera pudo acreditarse la efectiva causación de horas extras y trabajo suplementario, así como tampoco de viáticos pagados a su favor, falencia probatoria con entidad suficiente para truncar el éxito de las aspiraciones de la parte actora, precisando que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso sub-lite, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es quien promueve la acción, el cual quedó expuesto a lo que Carnelutti llama *“EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA”*.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se confirmará integralmente la sentencia de primer grado

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

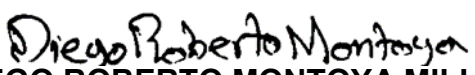
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

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

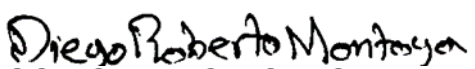
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

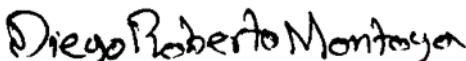
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLADYS MIREYA LEON LEON CONTRA COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 09 2019 00143 01).

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Doctora LEIDY ALEJANDRA CORTES GAEZÓN identificada con C.C. 1.073.245.886 y T.P. 313.452 como apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., de conformidad con el poder otorgado en Escritura Pública No. 1178 del 9 de noviembre del 2019, conferida en la Notaría 14 del Círculo de Medellín (fls. 262 y 263).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante, Colpensiones y Protección (fls. 252 a 254, 256, 257 y 259 a 261), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de septiembre del 2020 (Cd a folio 239, record: 49:32, acta a folios 240 a 244), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen realizado por la demandante GLADYS MIREYA LEON LEON el 25 de febrero del 2003 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Santander hoy fondos de pensiones y cesantías Protección S.A por lo considerado.

SEGUNDO: ORDENAR al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A. a trasladar a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de la señora GLADYS MIREYA LEON LEON junto con los rendimientos financieros y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y se **ORDENAR** a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados de acuerdo con lo motivado.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER al fondo de pensiones y cesantías Protección S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra por GLADYS MIREYA LEON LEON por lo considerado.

QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada fondo de pensiones y cesantías Protección S.A., tásense por secretaria fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente según lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEXTO: REMITASE el presente asunto ante la sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconformes con la decisión tanto la parte actora como las demandadas interpusieron recurso de apelación. Inicialmente la demandante, expresa se debe condenar en costas a Colpensiones al ser una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. que específicamente determinó que se condenara en costas a la parte vencida en juicio en el proceso, recalcando Colpensiones en su calidad de demandada se opuso activamente a la Litis a través de las excepciones propuestas en su contestación, interrogó a la demandante y alego de conclusión, razón por la cual solicita se sirva revocar parcialmente la decisión solo en cuanto la no condena en costas a Colpensiones (Cd. folio 239, record: 51:29)¹

¹ “Muchas gracias señora juez voy a interponer recurso solo en lo que tiene que ver en la no condena en Costas para Colpensiones de conformidad con el siguiente sustento: Debe tenerse en cuenta que Colpensiones es igualmente vencida en juicio dentro del proceso, las pretensiones de la demanda fueron concedidas y siendo la condena en costas una de las pretensiones de la demanda debidamente controvertida por la entidad demandada ya que se opuso de manera activa a la misma, y siendo adicionalmente una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en esta instancia están deben ser reconocidas, igualmente

COLPENSIONES aduce no existir elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no había una expectativa legítima de la actora como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además indica se debe tener en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder a su regreso en cualquier tiempo conforme a la SU-130 de 2013 por lo que debe someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el cual se encuentra afiliada en este caso la AFP Protección.

Aduce que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión a recibir en el RPM que puede resultar superior a la que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo privado, considerando en el presente proceso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la actora los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto refiere no hay lugar a la ineficacia solicitada. (Cd. folio 239, record: 52:55)²

de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP que específicamente determino”. Se condenara en costas a la parte vencida en juicio en el proceso Adicionalmente debe recalcar que Colpensiones en su calidad de demandada se opuso activamente a la Litis a través de las excepciones propuestas en su contestación. Adicionalmente interrogó a la demandante y pues también alego que por estas razones solicito señores magistrados se sirva revocar parcialmente la decisión solo en cuanto la no condena en costas a Colpensiones, muchísimas gracias señora juez.”

² “Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el Tribunal superior de Bogotá sala laboral, en primera medida honorables magistrados no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no había una expectativa legítima de la actora como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013 por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el cual se encuentra afiliada en este caso la AFP Protección.

Ahora bien honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 0087 01 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior a la que ha de recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de cuando realizo el traslado la actora lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que la principal motivación de este dicho proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, siendo realidad que en el presente proceso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la actora los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado ,por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterese o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria. Por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decreta la ineficacia solicitada, muchas gracias”

Finalmente PROTECCIÓN, apela la decisión en lo que tiene que ver con las comisiones de administración, asegurando la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, accesible, aplicable y vigente y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, advirtiéndole no debe proceder el traslado de los aportes de la demandante con los rendimientos generados solo habría lugar a que se trasladara sin los rendimientos pues la única causa de los mismos es la buena gestión de administración de su representada y además en caso de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que no deberían trasladarse sino los aportes que se encuentran acreditados para el momento de la vinculación y de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual. (Cd. Folio 239, record: 55:03)³

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora GLADYS MIREYA LEON LEON, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 52 y 53, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 54 a 56, aspirando de manera principal se declare la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual o en subsidio se declare como inexistente el acto por medio del cual se trasladó, disponiendo que para todos los efectos siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad, en consecuencia se ordene a la AFP Protección la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones y rendimientos devengados durante todo el tiempo, así mismo se disponga a Colpensiones

³ “Gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal superior Sala Laboral en lo que tiene que ver con las comisiones de administración. La deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal, valida, accesible, aplicable y vigente y se trata de comisiones ya pagada y causada durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en el hipotético caso que se asuma que protección no realizo su gestión de administración y se ordene la devolución de los conceptos a Colpensiones no debe proceder entonces el traslado de los aportes de la demandante con los rendimientos generados solo habría lugar a que se trasladara sin los rendimientos pues la única causa de los mismos es la buena gestión de administración de mi representada y además en caso de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que no deberían trasladarse sino los aportes que se encuentran acreditados para el momento de la vinculación y de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual. Dejo así sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

corregir y actualizar la historia laboral, se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios morales en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes y a las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Protección antes Santander no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a Protección a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, juntos con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus utilidades, dadas las consecuencias de la ineficacia, absolviendo del reconocimiento de perjuicios por no encontrarse acreditados.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002⁴.

Así las cosas, a folio 4 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 2 de marzo de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante Protección y Colpensiones el día 20 de diciembre del 2018 (fls. 16 a 22), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

con 214.57 semanas de cotización (fl. 113 vto) equivalentes a 4 años, 2 meses y 2 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo refiere Colpensiones en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de febrero del 2003 (fls. 5 y 114), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN (se acepta la afiliación en la contestación de la demanda fls. 167 a 182) y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, debe precisarse, frente al tema en particular ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha

información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la actora al fondo accionado PROTECCIÓN.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el

“RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)”

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo

335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (…)

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...)”.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional. Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁶, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a la entonces AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS estaba en una situación crítica y que se podía poner en riesgo su pensión y aportes, aunado a que le ofrecieron varias ventajas del fondo privado.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 5), plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por esta demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019).

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 159 y 160, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

⁶ Cd folio 239, récord 11:01 Audiencia virtual.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (25 de febrero del 2003 fl. 5), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la promotora del juicio cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, administrada por PROTECCIÓN, junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, en punto a la apelación de PROTECCIÓN y los gastos de administración, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin

fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción (fl. 103⁷), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el

⁷ Por auto del 13 de febrero del 2020 se tuvo por contestada la demandada por parte de Colpensiones (fl. 208)

reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, frente al punto de apelación de la promotora del litigio relacionado con la condena en costas, ha de recordarse el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1o del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual *"se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) "*, sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado a COLPENSIONES, lo atinente a derecho es que sea condenadas en costas, adicionándose en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En los términos que anteceden, agotándose de ésta manera la competencia de la Sala, por el estudio de los aspectos que motivaron la alzada, se procede a adicionar la sentencia de primer grado en lo atinente a la absolución de las costas, confirmándose en lo demás.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

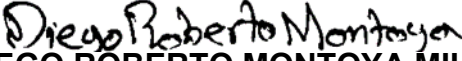
R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal **QUINTO** del fallo apelado, para **CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por la Juez 9° Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JULIO CESAR ORTEGA CAMPOS CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 09 2019 00213 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de Colpensiones, Porvenir y el demandante (fl. 195, 197 a 201, 203 y 204), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre del 2020 (Acta folios 186 a 189, Cd. fl. 185 audiencia virtual record: 1:00:12), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que realizó el demandante JULIO CESAR ORTEGON CAMPOS entre el régimen de prima media administrado por el entonces por el instituto de seguro social hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A el 23 de noviembre del año 2000.

SEGUNDO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A a trasladar a la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual de JULIO CESAR ORTEGON CAMPOS junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades y a su vez se ORDENARA a Colpensiones a reactivar su afiliación y a recibir los conceptos que le fueron trasladados.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: COSTAS a cargo de la parte demandada PORVENIR S.A tásense por secretaria fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente de un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: REMITASE el presente asunto ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de la administradora Colombiana de pensiones Colpensiones de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES recurrió la decisión manifestando que en el presente asunto el actor contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, aunado a que no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo dispone la sentencia SU 130 del 2013 por lo que el actor deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen que actualmente se encuentra afiliado, además que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior a la que va a recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, precisando en el presente caso no se logró probar que se dio una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime cuando para el año del traslado del actor los fondos solo tenían obligación de dar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada. (Cd. fl. 185 audiencia virtual record: 1:02:41)¹

¹ “Su señoría interpongo recurso de apelación ante la Sala laboral del Tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, en primera medida honorables magistrados no hay elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso pues no había una expectativa legítima para el actor como que para la hora del traslado el demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de veinte años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013 por lo que el actor deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen que actualmente se encuentra afiliado.

Ahora bien Honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 08701 del 17 de enero del 2017 del tribunal superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPM pueda resultar superior a la que va a recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado del actor lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que el actor en su interrogatorio de parte manifestó que su principal motivación de este proceso es porque se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en el RAIS, Siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar de que se dio una información equivocada o falaz por parte del fondo, máxime que si se tiene en cuenta de que para el año del traslado del actor los fondos solo tenían obligación de dar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no da lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió es un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia de que el mismo decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada muchas gracias.”

La AFP PORVENIR apeló la decisión indicando que el formulario de afiliación es un documento necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales por lo que se estructura como una prueba *ad substantiam actus* conforme al artículo 256 del CGP por lo que la interpretación que se le dé a este elemento material probatorio no está sujeto al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley, advirtiendo frente a la obligación del deber de información a cargo de las AFP es un elemento que no se está desconociendo y que no lo desconoce lo que si ocurre aquí es una tergiversación interpretativa respecto de dicha obligación.

Señala que para el momento de la afiliación el accionante podía manifestarles a los asesores cualquier duda o inquietud que tuviera en ese momento y que posiblemente también pudiera haber brindado información en ese momento a todos los posibles afiliados para proceder con la firma del formulario de afiliación.

En cuanto a la devolución del capital del afiliado incluyendo los rendimientos y los gastos de administración en razón de la ineficacia del traslado del régimen pensional aduce ésta se da es cuando existen actos que atenten o impidan la afiliación del trabajador, es decir, cuando existen conductas dolosas que impidan la libre y voluntaria afiliación, expresando tales hechos o presupuestos legales no se alegaron o se demostraron en este proceso por lo cual no habría lugar a decretar esta ineficacia del traslado.

Respecto de los gastos de administración manifiesta no es dable devolverlos pues están destinados a financiar la prestación del afiliado por ende condenar a pagar valores adicionales configurarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro de negocios jurídicos celebrados entre la parte demandante y Porvenir S.A. como sería en este caso Colpensiones, iterando los gastos de administración no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y tampoco son parte integral de ella. Finalmente, indica los mismos están sujetos al fenómeno prescriptivo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social y así deberán declararse². (Cd. 185, record: 1:04:29)

² “Muchas gracias su señoría en estos términos interpongo recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el despacho el día de hoy en razón a los siguientes argumentos, solicito al honorable Tribunal

Superior de Distrito judicial de Bogotá se sirva a absolver a mi representada revocar la sentencia en su totalidad en razón a los siguientes argumentos:

En primera medida si bien este pleito la ineficacia del traslado como bien lo decreto el juzgado noveno laboral del circuito laboral de Bogotá el verdadero problema jurídico se limita a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en este negocio jurídico y de allí derivar estas consecuencias pretendida pues en marco ya es conocida la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en cuanto el examen que determina la obligación del deber de información a cargo de las AFP tales como la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento con el deber de información la carga de la prueba en estos eventos de afiliación y la procedencia de la ineficacia de la afiliación cuando existe una expectativa con un derecho consolidado.

Frente a la suficiencia del formulario de afiliación me permito de manifestar que justamente no se trata de un capricho ni de una omisión por parte de mi representada Porvenir sino que establece que dicho documento es necesario y elemental como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales por lo que se estructura como una prueba ad substantiam actus como emplea el artículo 256 del CGP por lo que la interpretación que se le dé a este elemento material probatorio no está sujeto al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley.

También quisiera manifestar que frente a la obligación del deber de información a cargo de las AFP es un elemento que mi representada no está desconociendo y que no lo desconoce lo que si ocurre aquí es una tergiversación interpretativa respecto de dicha obligación y esa tergiversación tampoco escapa de los pronunciamientos de las honorables cortes de cierre pues precisamente es su jurisprudencia la que indica o a indicado (sic) alcanzar a plenitud los conocimientos de los afiliados respecto a las consecuencias que trae consigo el cambio de régimen pensional sobre las decisiones contenidas en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 ,También ha indicado la CSJ frente a los fondos de pensiones debían suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones realizadas para que la decisión adoptada se rija en juicios claro y objetivos que propendan las mejores condiciones del mercado según en el numeral primero del artículo 97 del decreto 663 del año 1993.

También se ha indicado su señoría que se deberían brindar información en correspondencia con características accesos, servicios de cada uno de los regímenes pensionales que permitan conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de los fondos de pensiones, brindar esta información en un lenguaje claro, simple y comprensible dando toda la verdad de manera objetiva de los regímenes, pues solo brindarle la información en estas características es posible adquirir un juicio claro y objetivo y condiciones de mercado y pues también permitiría al afiliado tomar una decisión valida, retomando la información que nos otorgó el señor julio cesar Ortégón en el interrogatorio de parte surtido el día de hoy el manifestó haber estado en una asesoría sin embargo no manifestó que no recibió ningún tipo de asesoría solamente manifestó que recibió información por parte del personal de la actividad la cual se iba a vincular en ese momento, sin embargo en ese momento también se encontraban presentes asesores comerciales de la AFP Porvenir quienes fueron los que diligenciaron ese formulario junto con el señor Julio Cesar Ortégón , también es importante manifestar que pues en ese momento y al estar ahí presentes también estaba la posibilidad de manifestar que le resolviera cualquier duda o inquietud que tuviera en ese momento y que posiblemente también pudiera haber brindado información en ese momento a todos los posibles afiliados desde que se procediera con la firma del formulario de afiliación , sin embargo retomando al señor respecto a las circunstancias de la asesoría recibida él manifestó que no recordaba mucho de esta información recibida solamente recordaba aproximadamente había sido en el año 2000 por lo que es importante tener en cuenta esta manifestación y decir de plano que nunca recibió ninguna asesoría como así lo manifestó en este interrogatorio.

Frente a la condena impuesta Porvenir de devolver todo el capital del afiliado incluyendo los rendimientos y los gastos de administración en razón de la ineficacia del traslado del régimen pensional decretado el día de hoy quisiera manifestar su señoría que esta ineficacia que prevé el artículo 271 de la ley 100 del año 1993 establece que la ineficacia se da o es consecuencia cuando existen actos que atenten o impidan la afiliación del trabajador es decir se exigen conductas dolosas que impidan la libre y voluntaria afiliación del posible afiliado en este caso fueron hechos o presupuestos legales que tampoco se alegaron o se demostraron probados en este proceso por lo cual no habría lugar a decretar esta ineficacia del traslado.

También sobre la condena impuesta a devolver todos y los gastos de administración me permito manifestar que no es dable devolver este monto de los gastos de administración toda vez que esta suma indicada en el literal b del artículo 113 de la ley 100 de 1993 no está destinada a financiar la prestación del afiliado (sic) cuanto que condenar a pagar valores adicionales configurarían un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero dentro de negocios jurídicos celebrado entre la parte demandante y Porvenir S.A. como sería en este caso Colpensiones Pero además que se debe reintegrar este monto de gastos de administración es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no presenta o no se presenta algún tipo de siniestro se

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JULIO CESAR ORTEGON CAMPOS, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda a folios 49 y 50 del expediente, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 35 a 38, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, en consecuencia se ordene el retorno a Colpensiones, disponiendo el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que la AFP PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a dicha AFP a trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración con cargo a sus propias utilidades.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio

debe devolver el valor de la póliza actual, también en relación sobre estos gastos de administración la superintendencia financiera de Colombia bajo concepto de radicación 2019-25169003 del 17 de enero del presente año indico en forma expresa que la nulidad e ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar sean las sumas de (sic) sin que proceda la prima de seguro provisional en relación que la compañía aseguradora cumplió con el mandato contractual de la cobertura y la vigencia de la póliza (sic) montos de gastos de administración, en este orden de ideas los gastos de administración no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y tampoco son parte integral de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad característica de que si goza el derecho pensional luego si está sujeto al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y del código procesal del trabajo y de la seguridad social y así deberán declararse.

En estos términos dejo expuesto el recurso de apelación reitero la solicitud al Honorable Tribunal de absolver a mi representada, muchas gracias su señoría.”

antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002³.

Así las cosas, en el folio 3 (copia cédula de ciudadanía) se registra como fecha de nacimiento del actor el 24 de diciembre de 1957, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES y PORVENIR el 4 y 10 de enero del 2019, respectivamente (fls. 6 a 10, 13 y 14), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir la edad de pensión y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 530,71 semanas de cotización (resumen historia laboral fls. 81 a 85) equivalentes a 2 años, 3 meses y 24 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 23 de noviembre del año 2000 (fls. 21 y 136), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de

³ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión “libre y voluntaria” contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura. Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto

retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, incluso al punto de desanimar al interesado, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

⁴ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor al fondo accionado PORVENIR

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁵, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁵ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el promotor del litigio (cd. fl. 185, record: 18:20), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 21 y 136), plasmado en el

formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, contrario a lo asentado en la alzada por el apoderado de PORVENIR no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 138 y 139, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (23 de noviembre del 2000 fls. 21 y 136), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del

actor, administrada por PORVENIR junto con sus rendimientos y gastos de administración, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales, sin que ello implique la vinculación de un tercero a ésta acción, situación que igualmente no fue alegada en la etapa procesal correspondiente por las referidas AFP.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que

en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (fl. 75⁶) respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y alegada por Porvenir en su apelación frente a los gastos de administración, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

⁶ Por auto del 9 de octubre del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 146 y 147).

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

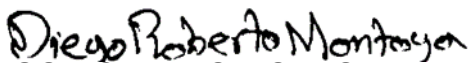
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

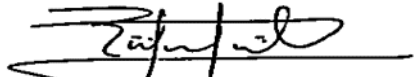
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 9° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DARIO MAURICIO BELLO BRAVO CONTRA BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA. ECOPETROL y la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A. (RAD. 11 2016 00351 02).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia los apoderados de BUREAU VERITAS LTDA. y el demandante (fls. 502 y 504), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre del 2020 (Cd. fol. 495 record 28:08 acta a folios 496 y 497), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las sociedades BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA., ECOPETROL S.A. Y ALLIANZ SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte del demandante DARIO MAURICIO BELLO BRAVO de conformidad en los argumentos expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la pasiva, declarándose relevado el despacho el estudio de las demás de conformidad con los argumentos desglosados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante liquídense por secretaria fíjense en ellas la suma de \$800 000 pesos por concepto de agencias en derecho.

CUARTO: En el evento de no ser impugnada la presente decisión remítase la misma a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el Grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante recurre la decisión indicando haberse desconocido todos los principios que acompañan las relaciones laborales entre empleador y trabajador, advirtiéndole que existe una total incongruencia entre lo que ha sido fallado frente a lo que ha sido pedido, en tanto de las pretensiones principales como de las pretensiones subsidiarias no se verifica en ninguna de ellas pretensión alguna a que se declare la coexistencia de un contrato de trabajo, precisando no es dable aceptar que al demandante lo trasladaran de un lado a otro como si fuera un bien mueble desconociendo con ello la humanidad del trabajador y los derechos de todas las personas que prestan servicios.

Expresa que con el otrosí obrante en el proceso se acredita la existencia del vínculo laboral con Bureau Veritas y la prestación personal del servicio no para BVQI sino en favor de la demandada, certificándose incluso sus funciones como se puede leer en el plenario, por ende la conclusión no puede ser otra que la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, señalando no hay ninguna consideración que hile o permita llegar a la conclusión de una absolución a los demandados. (Cd. fol. 495, record 29:36 acta folios 496 y 497¹)

¹ “Sustento el recurso de apelación señor juez de la manera más respetuosa posible indicándoles a los honorables magistrados de la sala laboral que se ha realizado por parte del juez de instancia un total desconocimiento de los derechos laborales no solamente del demandante sino del derecho laboral en general, esta consideración la tengo a realizar por supuestos respetuosamente en el entendido que ha desconocido todos los principios que acompañan las relaciones laborales entre empleador y trabajador desconociendo incluso el artículo 01 del CST en donde se indica dicha norma sustantiva busca el equilibrio entre trabajador y empleador.

Adicionalmente me encuentro que existe una total incongruencia entre lo que ha sido fallado frente a lo que ha sido pedido y esto me permite citarlo de la siguiente manera: Tanto de las pretensiones principales como de las pretensiones subsidiarias no se verifica en ninguna de ellas pretensión alguna a que se declare la coexistencia de un contrato de trabajo, la única manifestación sobre una coexistencia ocurrió en los alegatos de conclusión realizados por el suscrito y tal vez fue totalmente descontextualizada manifestación. Adicionalmente se extraña totalmente las decisiones adoptadas si bien el proceso en tanto constituye tanto la demanda como la contestación y si la consideración del juzgado es que se desestima totalmente el argumento de defensa porque hasta el mismo apoderado de las demandadas así lo acepto en sus alegatos de conclusión al manifestar que “se pecó de ingenuidad y quisieron colaborar realizando una sustitución patronal que desafortunadamente tampoco aplicaba” señala el señor juez que a pesar de que se desestima ese argumento de defensa porque encontró probado que no existe documento alguno ni figura de sustitución patronal que lleva al traste las pretensiones de la demanda al considerar erróneamente que la costumbre de las empresas del grupo hace ley y sustituye la ley, la jurisprudencia y la doctrina laboral respetuosamente considero que una decisión totalmente desacertada la costumbre no puede pasar por encima de las normas laborales ni de los mínimos derechos y garantías contenidos en el artículo 25 de la constitución política de Colombia en concordancia con todos los artículos y principios del derecho laboral Colombiano . El hecho de que el Ad quo considere que existió una costumbre entre las empresas demandadas de prestarse un trabajador no es otra cosa que validar y aceptar que el señor Darío Mauricio Bello Bravo era un bien mueble que podía trasladarse de un lado a otro desconociendo la humanidad del trabajador y los derechos que se derivan de todas las personas trabajadoras y que prestan su servicio.

Adicionalmente contrario a lo que dice o lo que se manifestó o considero por el señor juez de primera instancia este señala que no se demostró la prestación personal de un servicio, ni la remuneración, ni los

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor DARIO MAURICIO BELLO BRAVO, las pretensiones visibles a folios 9 a 16, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 16 a 23, encaminadas de manera principal a que se declare que existe un contrato laboral verbal a término indefinido con BUREAU VERITAS desde el 1° de noviembre del 2013, bajo el cargo de Profesional Senior-Profesional HSE con un salario al 2013 de \$5.266.888 y para el 2014 de \$7.505.310, el cual se ha impedido continuar desarrollando desde el 1° de octubre del 2014, declarando igualmente la solidaridad con ECOPETROL S.A., derechos *ultra y extra petita*, indexación de las sumas adeudadas, costas del proceso que incluyan agencias en derecho o en subsidio solicita se declare que existió un contrato laboral a término indefinido del 1° de noviembre del 2013 al 30 de septiembre del 2014, lo cual acarrea el pago en

elementos contenidos en el artículo 23 del CST por parte de Bureau Veritas extraña sobremanera que no se hizo la valoración probatoria correspondiente, mucho menos se aplicó debidamente el artículo 60 y 61 del código procesal del trabajo y la seguridad social porque el convencimiento que adoptó el juez de instancia está totalmente desfasado correspondiendo aun desaislado jurídico ante la valoración probatoria que debía realizarse, como por ejemplo teniendo en cuenta la prueba documental que el mismo el señor juez relaciono que corresponde no solamente a la existencia de: Primero otrosí que obra a folio 46 del expediente en donde se acredita la existencia de un vínculo laboral del señor demandante con Bureau Veritas, Segundo certificación laboral expedidas por Bureau Veritas en donde se acredita la prestación personal del servicio del demandante no para BVQI sino para Bureau Veritas y la existencia de ese contrato está plenamente acreditada no como lo concluye erróneamente el juzgado, sino por la prueba documental así lo dice y así se acredita dentro del plenario, concluye el despacho de instancia en señalar que no existen los elementos de juicio para acreditar el vínculo laboral alegado en la demanda, consideración totalmente errónea y repito respetuosamente traída de los cabellos, la prueba documental es suficiente y si a eso le sumamos la consideración y conclusión de “desestimar plenamente el argumento de defensa de la parte demandada la conclusión no puede ser otra o no podría ser otra a que debía prosperar todas las pretensiones de la demanda.

Considero de manera respetuosa honorables magistrados para que sea tenido en cuenta que al momento de desestimar los argumentos de defensa y encontrar acreditadas las pruebas documentales que no fueron objeto de tacha, desconocimiento y mucho menos fueron reargüidas por la parte demandada se acreditan suficientemente las pretensiones de la demanda sean las principales o las subsidiarias, no como se indicó en la parte considerativa de la sentencia que la costumbre de la empresa hace ley y que porque es costumbre yo puedo trasladar un trabajador como si fuera una impresora de una empresa a otra para que preste un servicio, la cosificación (SIC) del trabajador no es permitida por la ley laboral, la esclavitud se abolió hace muchos años, por tal razón la consideración que se adopta por parte del despacho no puede ser de recibo porque repito como lo dije al inicio de la intervención desconoce totalmente el derecho laboral, la constitución política de Colombia, y los principios nacionales e internacionales del derecho laboral del señor Darío Mauricio Bello Bravo, no hay ninguna consideración que hile o que permita llegar a la conclusión de una absolución de los aquí demandados es por esto los argumentos expuestos con anterioridad que solicito al Honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral para que estudie consensualmente las pretensiones de la demanda, los derechos invocados, el derecho laboral de la parte demandante, la aplicación del derecho laboral porque estamos en la jurisdicción ordinaria laboral y que se acceda a las pretensiones de la acción atendiendo reitero que la costumbre no es suficiente para desconocer derechos, principios internacionales del trabajo, constitución política y derechos mínimos y garantías del trabajador que se encuentran constituidos o consagrados tanto en la constitución como en CST, bajo esas consideraciones dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.”

vigencia de dicho contrato del auxilio de cesantías, primas de servicio, intereses a las cesantías, vacaciones, sanción por no consignación del auxilio de cesantías, indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa e indemnización moratoria. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas, tras considerar que si bien la demandada alegó la figura de la sustitución patronal, no se cumplieron los requisitos de ley para ello, precisando tampoco de demostró por parte del demandante la coexistencia de contratos de trabajo con BVQI COLOMBIA LTDA y BUREAU VERITAS pues le incumbía al promotor de la Litis demostrar la prestación personal del servicio de forma independiente con la sociedad BVQI COLOMBIA sin que interfiriera con el tiempo dedicado a atender las obligaciones contraídas con BUREAU VERITAS COLOMBIA; carga probatoria que el Juzgado estima no se cumplió, por lo que consideró la accionada no le adeuda suma alguna al ex trabajador, pues durante todo el tiempo que estuvo allí prestando sus servicios remuneró lo correspondiente como también lo hizo la sociedad BVQI COLOMBIA cuando el demandante regresó.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Pues bien, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

Así las cosas se tiene, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1° de noviembre del 2013, en virtud del cual el accionante prestó sus servicios a favor de la demandada BUREAU VERITAS, aspecto que además de haber sido señalado por el juez *a quo* no fue objeto de apelación, por lo que la discusión trasladada a esta instancia, versa principalmente sobre el extremo final de dicho vínculo laboral y el pago de acreencias laborales, pues mientras la demandada asegura que la vinculación de

la convocante finalizó el 30 de septiembre del 2014, el demandante asevera, tal relación contractual permaneció vigente al no efectuarse ningún acto dirigido a la terminación del contrato.

Para contextualizar, es importante mencionar que conforme al documento obrante a folio 46 del plenario denominado *“OTROSI AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO CELEBRADO ENTRE BUREAU VERITAS COLOMBIA Y DARIO MAURICIO BELLO BRAVO”*, suscrito el 15 de enero del 2014, es claro que entre la accionada y el demandante se celebró un contrato de trabajo desde el 1° de noviembre del 2013, pues así se indica en tal misiva, siendo el objeto del documento pactar el valor del salario a partir de enero del 2014 en suma de \$7.505.310.

De esta forma y en aras de establecer si el mencionado vinculo continua vigente o por el contrario terminó y si se le adeudan derechos laborales al accionante, es preciso señalar la pasiva BUREAU VERITAS (fl. 139) funda su defensa en el hecho de la existencia de una sustitución patronal con BVQI COLOMBIA LTDA, a partir del 1° de octubre del 2014, aduciendo que en razón a ello todas las acreencias del actor de esa anualidad fueron canceladas por la mencionada sociedad, no encontrándose deuda alguna de su parte.

Conforme a lo anterior y en aras de establecer si en efecto existió la mencionada sustitución patronal, es menester señalar dicha figura se encuentra definida en el artículo 67 del C.S.T., el cual prevé: *“Se entiende por sustitución de patronos todo cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto este no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios”*.

De la anterior definición se desprende que para que se configure la sustitución patronal se requiere: cambio de patrono cualquiera sea la causa; continuidad de la empresa, es decir que exista continuidad en el desarrollo de sus labores y continuidad del trabajador, esto es, prestación ininterrumpida de sus servicios personales **dentro del mismo contrato**. Igualmente se ha dicho que *“en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios*

organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido” (SL. 3001 del 2020).

Aunado a lo anterior ha de tenerse en cuenta que si bien uno de los factores que configuran la sustitución de patronos es la continuidad en la prestación del servicio, no basta que se demuestre simplemente el hecho de que el trabajador siguió laborando en la empresa, sino que es necesario establecer que actuaba dentro del mismo contrato.

Conforme a lo anterior y analizadas las pruebas obrantes en el proceso lo que aparece acreditado en el expediente es que el demandante tuvo dos relaciones laborales, cada una con diferente empleador (BUREAU VERITAS y BVQI COLOMBIA LTDA.), en ejecución de diferente vínculo contractual y con diferente objeto; por manera que no puede concluirse que haya operado la figura de la sustitución patronal, puesto que conforme lo indica la propia demandada BUREAU VERITAS en su contestación una vez terminó el contrato con ella, en el cual el actor desarrolló los cargos de consultor y profesional senior para la ejecución exclusiva del contrato celebrado por BUREAU VERITAS con ECOPETROL, éste regresó al cargo que ejercía con BVQI COLOMBIA LTDA (ver fls. 150 y 151 Hechos y Razones de la Defensa), el cual según el contrato obrante a folio 160 era el de AUDITOR.

Por otro lado, no se acreditó que BUREAU VERITAS transfiriera su actividad a BVQI, ni se probó un traslado a cualquier título entre las dos empresas, como tampoco que BUREAU VERITAS con posterioridad al 30 de septiembre del 2014 variara su identidad u objeto social ni que hubiese sido reemplaza por la otra empresa (BVQI), en tanto nada de ello se expresa en el certificado de existencia y representación legal de tal sociedad visible en el expediente a folios 130 a 134 del fecha 28 de agosto del 2016.

Ahora, descartada la sustitución patronal vale la pena establecer si, de cualquier modo, la sociedad BUREAU VERITAS subrogó sus obligaciones en BVQI COLOMBIA LTDA en virtud de una posible cesión de los contratos (pues así se menciona en la respuesta a la pretensión No. 3 ver fl. 138), figura a través de la cual *“se sustituyen o transmiten total o parcialmente las relaciones contractuales tanto en su aspecto activo como en el pasivo, derivadas de un contrato; dicho en otras palabras, se cede toda la posición contractual de uno de los contratantes*

originarios, lo que incluye los derechos y obligaciones derivadas del negocio jurídico” (SL 2829 del 2020) y cuyos requisitos son:

“(…) además del consentimiento expreso e inequívoco del trabajador en la cesión del contrato de trabajo, es indispensable que (i) no se menoscaben o desmejoren derechos (art. 53 CP, inc. final); (ii) el nuevo empleador sea un verdadero empresario que cuente con una estructura y organización productiva propia, es decir, con medios, personal y recursos suficientes para producir bienes y servicios, y (iii) que los trabajadores se encuentren bajo su ámbito de organización y dirección” (SL 3001 del 2020)

Situación que tampoco acaece en autos pues ni tan siquiera se demostró que el señor DARIO MAURICIO BELLO BRAVO diera un consentimiento expreso e inequívoco para ello.

De esta manera, y descartadas las opciones que dieran lugar a establecer que las obligaciones de BUREAU VERITAS derivadas del acuerdo contractual celebrado con el actor el 1° de noviembre del 2013, hubiesen sido asumidas por otra sociedad, se procede a establecer si dicho vínculo continua vigente o si por el contrario feneció el 30 de septiembre del 2014.

Para resolver este punto, baste con señalar el propio accionante al absolver el interrogatorio de parte² confesó que BUREAU VERITAS le manifestó para finales del año 2014, que hasta esa semana estarían sus actividades porque no habían más evaluaciones programadas con ECOPETROL, razón por la cual afirmó no le continuó prestando servicios a esta accionada, situación que fue reafirmada por el testigo ALEXANDER TORO MONTOYA³ (jefe directo del actor en Bureau Veritas) quien señaló que las tareas asignadas al demandante para Ecopetrol terminaron a finales del 2014, precisando este siempre le informó al accionante que su contrato de trabajo tenía un inicio y un fin con BUREAU VERITAS.

Razones que llevan a esta Sala de decisión a concluir que el contrato desarrollado por el actor a favor de BUREAU VERITAS inició el 1° de noviembre del 2013 y finalizó el 30 de septiembre del 2014 (fecha referida por el actor en el libelo hecho 17 fl. 22 y aceptada por esta pasiva fl. 140 rta pretensión 5), situación que genera la imposibilidad de estudiar la viabilidad de las pretensiones principales de la demanda, esto es, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones a partir del 1° de octubre del 2014.

² Cd. Fl. 459, record: 35:45

³ Cd. Fl. 489, record: 6:57

Dilucidado lo anterior, se procede al estudio de las pretensiones subsidiarias en las cuales solicita el pago las acreencias generadas del 1° de noviembre del 2013 al 30 de septiembre del 2014.

Así pues, en lo que tiene que ver con el **auxilio de cesantías** obra a folios 45 y 243 constancia de PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS en donde se aprecia que la empleadora giró en debida forma la prestación social del año 2013, pues la pagó el 14 de febrero del 2014 en suma de \$7.182.120, igualmente los **intereses a las cesantías** de esa anualidad se cancelaron con la nómina de enero del 2014 (fl. 112) por \$861.854.

Frente a la **prima de servicios**, obra a folio 111 comprobante de nómina de diciembre del 2013 con el pago de éste concepto por valor de \$1.915.232, como también allí se cancela por **vacaciones** las sumas de \$2.872.848 y \$1.915.232

En cuanto a las cesantías causadas para el año 2014, como quiera que el demandante no laboró todo el año pues finalizó el vínculo el 30 de septiembre, no era posible consignarlas al respectivo fondo, por lo que la empleadora las debió reconocer directamente al trabajador en la liquidación de prestaciones, situación que no se aprecia en autos por ende procede su reconocimiento, como también el de los intereses a las cesantías, la primas de servicios y las vacaciones causadas del 1° de enero al 30 de septiembre del 2014, precisándose no hay lugar al reconocimiento de la indemnización por no consignación de las cesantías, pues esta no se generó para las causadas en el año 2014.

De esta manera los valores a reconocer son los siguientes:

<i>Extremos</i>	<i>Días Laborados</i>	<i>Salario</i>	<i>CESANTIAS</i>	<i>PRIMA DE SERVICIOS</i>	<i>INTERESES</i>	<i>VACACIONES</i>
<i>1/01/2014 al 30/09/2014</i>	<i>270</i>	<i>\$ 7.505.310</i>	<i>\$ 5.628.983</i>	<i>\$ 5.628.983</i>	<i>\$ 506.608</i>	<i>\$ 2.814.491</i>
<i>TOTAL ADEUDADO</i>						<i>\$ 14.579.065</i>

Frente a la **Indemnización por despido sin justa causa**, debe señalar esta Sala, que en autos no se encuentra demostrado el hecho del despido, por cuanto, frente a este punto no se allegó medio de prueba alguna. En este punto ha de recordarse, las manifestaciones del interrogatorio de parte del promotor del litigio

no pueden ser valoradas, dado que tal prueba busca la confesión y por tal razón solo se tienen en cuenta las afirmaciones que vayan en contravía de los intereses del absolvente, pues de lo contrario sería avalar que la parte fabrique sus propia prueba, y en ese orden, no es dable la procedencia de las condenas derivadas de la declaración de despido injusto, tal como la indemnización por despido injusto.

En lo atinente a la **Indemnización del artículo 65 del C.S.T.** por falta de pago oportuno de salarios y prestaciones debidas, se precisa esta procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe⁴. En dichos términos se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵.

En el presente asunto, advierte la Sala, el argumento de defensa de la traída a juicio BUREAU VERITAS durante todo el proceso fue la afirmación de que lo que existió entre las partes fue una sustitución patronal, lo cual fundamentó afirmando que durante la vigencia del vínculo actuó bajo el pleno convencimiento de encontrarse en el desarrollo de dicha figura, situación que, en su momento consideró, la exoneraba del pago de prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo celebrado el 1° de noviembre del 2013, destacando que el actor era conecedor de la citada sustitución.

⁴ Al respecto ver SL 309 del 5 de febrero del 2020 y SL 11436 del 29 de junio de 2016.

⁵ "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991)."

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta corporación a la luz de las leyes del trabajo, pero atendibles por cuanto ubican a la encartada en el terreno de la buena fe, dado que las razones expuestas, se itera, aunque no compartidas, si justifican la omisión del pago de prestaciones sociales, advirtiéndose el tema de la sustitución patronal apenas vino a ser dilucidado a través de ésta decisión judicial, conllevando ello necesariamente a la absolución de esta sanción.

Ahora, en cuanto a la **solidaridad** de ECOPETROL S.A., figura jurídica prevista en nuestro ordenamiento sustantivo laboral en el artículo 34⁶, basta con recordar la posición reiterada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación N° 28438 de 20 de febrero de 2007⁷, donde concluyó que el dueño de la obra,

⁶“1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero **el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.**

2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.** (Negrillas de la Sala)

⁷“(…)el obligado solidario no es más que un garante para el pago de sus acreencias, de quien, además, el trabajador puede también exigir el pago total de la obligación demandada, en atención al establecimiento legal de esa especie de garantía. Y no por ello puede decirse que se le esté haciendo extensiva la culpa patronal al Municipio demandado. No, la culpa es del empleador, pero los derechos respecto de los salarios, las prestaciones e indemnizaciones (como lo enuncia el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo) que de ella emanan son exigibles a aquel en virtud, como atrás se anotó, de haberse erigido legalmente la solidaridad que estableció el estatuto sustantivo laboral, en procura de proteger los derechos de los asalariados o sus causahabientes”.

“(…)La fuente de la solidaridad, en el caso de la norma, no es el contrato de trabajo ni el de obra, aisladamente considerados, o ambos en conjunto, sino la ley: esta es su causa eficiente y las dos convenciones su causa mediata, o en otros términos: los dos contratos integran el supuesto de hecho o hipótesis legal. Ellos y la relación de causalidad entre las dos figuras jurídicas, son los presupuestos de la solidaridad instituida en la previsión legal mencionada” (Sent., 23 de septiembre 1960, “G.J.”, XCIII, 915).

“No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado”(sentencia del 26 de septiembre de 2000, Rad. 14038).

Tal y como lo diferencia la sentencia, la solidaridad proviene de la ley y se constituye en parte del efecto de la responsabilidad, trayendo al responsable solidario como un garante de las obligaciones que emanan del

debe responder solidariamente por las obligaciones generadas por el empleador o contratista incumplido, **desde luego, si la actividad del beneficiario de la obra, es similar a la del contratista**, posición reiterada, entre otras en sentencias con radicación N° 35864 de 1° de marzo de 2010 y SL11655 del 2 de septiembre de 2015.

Dado lo anterior, es necesario traer a colación el objeto social de cada una de las empresas citadas a juicio, inicialmente el de BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA., el cual se encuentra dirigido entre otras a lo siguiente (fl. 290 vuelto y 291):

“(…) B) la prestación de toda clase de servicios de interventoría, control, inspección, vigilancia y verificación de las labores de construcción y/o reparación de toda clase de naves y aeronaves, …(…)”; C) la prestación de servicios de inspección, vigilancia, control, análisis, verificación, medida y pesaje relacionado con las funciones, las calidades, la conformidad, la seguridad, la salud ocupacionales, la producción y el valor de toda clase de bienes, de toda clase de servicios, de toda clase de métodos y programas, incluidos programas de soporte lógico, dentro de los campos de la industria, el transporte terrestre, marítimo o aéreo, y el comercio nacional e internacional, pudiendo la sociedad actuar como perito, consultor, asesor en toda clase de dictámenes, consultorías o asesorías en relación con las actividades antes anotadas…”

De otra parte, el objeto social de la demandada en solidaridad ECOPETROL S.A., está plasmado a folio 281, en el cual se lee algunos apartes: *“Objeto Social: El objeto social de Ecopetrol S.A. es el desarrollo, en Colombia o en el Exterior, de actividades comerciales o industriales correspondientes o relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos. (…)”*

Así mismo en el contrato N° MA-0028571 suscrito por ECOPETROL S.A. y BUREAU VERITAS COLOMBIA LIMITADA, el día 18 de julio del 2013 (fls. 319 a 325), se indicó el objeto de tal acuerdos sería el de *“Consultoría para la evaluación y seguimiento al desempeño HSE para ECOPETROL S.A.”*

Y en la documental obrante a folio 108 el Gerente del Proyecto señaló que el cargo desarrollado por el promotor del litigio fue el de PROFESIONAL SENIOR – PROFESIONAL HSE para la ejecución de las actividades dentro del contrato No. 0028571, relacionadas entre otras con *“evaluación específica al programa nacional de auditoria de la calidad de la atención en salud, evaluación específica a la red*

empleador; siendo esa la vinculación entre el trabajador su empleador y el dueño o beneficiario de la obra, mas no el contrato de trabajo, que como se dijo no se alegó respecto de la entidad estatal demandada.

nacional directa prestadora de servicios de salud y proveedores de transporte de pacientes, evaluación específica en salud con tema foco atención domiciliaria, evaluación específica a la herramienta GRI a la gestión de incidentes y fallas de control en Ecopetrol S.A.”

Así las cosas, en autos, no se encuentra acreditado de forma alguna, que el cargo desempeñado por el actor o sus funciones fueran conexas al objeto social de la demandada Ecopetrol, por lo que la solidaridad prevista en el artículo 34 del C.S.T. de ECOPETROL S.A. respecto de las condenas impuestas a la demandada BUREAU VERITAS, no se encuentra configurada. Téngase en cuenta, que era carga probatoria de la demandante demostrar que sus funciones como PROFESIONAL SENIOR HSE cargo que se certifica a folio 46, si tenían que ver con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos.

Al punto, conviene recordar lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 14 de febrero del 2018, sentencia SL 217 radicación No. 58487 donde se expresó:

*“Esta Sala en sentencia SL4400-2014, del 26 de mar. 2014, rad. 39000, rememoró lo enseñado en decisión SL, del 20 de mar. 2013, rad.40.541, en torno a que la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, **cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.***

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...] En primer término, y antes de estudiar los medios de convicción que se citan en el cargo, resulta de interés para la Corte precisar que el anterior razonamiento de la impugnación en realidad involucra una cuestión de orden jurídico y no fáctico, esto es, si para establecer la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se deben comparar exclusivamente los objetos sociales del contratista independiente y del beneficiario o dueño de la obra o si es viable analizar también la actividad específica adelantada por el trabajador; cuestión que no puede ser planteada en un cargo dirigido por la vía de los hechos.

*Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las***

actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que es obvio concluir que sí, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado.”

En ese orden, ante la orfandad probatoria frente a la conexidad de las funciones del actor, respecto a las actividades normales de ECOPETROL S.A., resulta evidente la inexistencia de la solidaridad reclamada por el demandante, en los términos del artículo 34 del C.S.T.,

Finalmente, y teniendo en cuenta la depreciación de la moneda se hace necesario que las sumas adeudadas sean indexadas (*pretensión subsidiaria No. 10 fl. 16*) a la fecha de su pago efectivo, con base en la siguiente fórmula: $VP = v_h \times \text{Ind.f} / \text{Ind.i}$, recordando que dicha institución jurídica persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

La indexación no busca resarcir un perjuicio económico en estricto sentido, como ya quedó dicho, sino adaptar a la realidad económica del país un fenómeno particular de igual naturaleza, con ello no se recibe una ventaja económica ni se indemniza por el retardo en el pago, como tampoco se percibe un rendimiento del capital adeudado, solo se recauda el monto obligacional con capacidad adquisitiva, igual a la que tenía a la fecha en que se debió pagar.

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la revocatoria de la sentencia apelada.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR que entre la demandada BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA. y el señor DARIO MAURICIO BELLO BRAVO existió un contrato de trabajo desarrollado del 1° de noviembre del 2013 al 30 de septiembre del 2014.

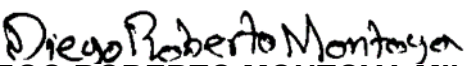
SEGUNDO: CONDENAR a BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA. a cancelar al demandante, las siguientes sumas y conceptos adeudados por el periodos del 1° de enero al 30 de septiembre del 2014.

- A. \$5.628.983 por CESANTÍAS.
- B. \$5.628.983 por PRIMA DE SERVICIOS
- C. \$506.608 por INTERESES A LAS CESANTIAS
- D. \$2.814.491 por COMPENSACION DE VACACIONES
- E. La INDEXACIÓN de las sumas adeudadas.

TERCERO: ABSOLVER a **ECOPETROL S.A.** y la llamada en garantía **ALLIANZ SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas en su contra por el accionante, conforme a las consideraciones expuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. **SE REVOCAN** las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada BUREAU VERITAS LTDA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MIGUEL ANGEL MARIN CATAÑO CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. trámite al que se vinculó como litisconsorte necesario a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 11 2017 00426 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (folios 487 a 489) y COLPENSIONES (folios 491 y 492) mediante correos electrónicos del 4 y 7 de diciembre de 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso en virtud del recurso de apelación interpuesto por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá S.A. E.S.P. contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 21 de octubre de 2020 (Cd folio 481, récord 42:41, audio 1, acta a folios 482 y 483), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A., a reconocer y pagar al aquí demandante MIGUEL MARIN CATAÑO, una pensión de jubilación convencional a partir del 1 de octubre del año 2007. Debiendo la entidad accionada proceder a su liquidación conforme a lo establecido en los artículos 76, 77 y 79 de la convención colectiva de trabajo, efectiva a partir del 21 de septiembre del año 2015 en cuantía inicial de \$3,953.603.06 de conformidad con lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR la compartibilidad pensional entre la pensión que actualmente viene percibiendo el aquí demandante MARÍN CATAÑO a cargo de COLPENSIONES, y la prestación convencional que aquí se concede, junto con el retroactivo pensional que se genere debidamente indexado, de conformidad con lo antes expuesto. Habiendo realizado las operaciones, emitiendo una condena en concreto por concepto de retroactivo pensional, a la fecha asciende a la suma de \$79,159.843.74, y de conformidad a la liquidación que se anexa a la presente sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ a reconocer y pagar al aquí demandante, MIGUEL ÁNGEL MARIN CATAÑO el mayor valor resultante entre la pensión que hoy se declara y la que se viene percibiendo a cargo de COLPENSIONES. Esto es, a partir del 21 de septiembre del año 2015 y en lo sucesivo, con los reajustes legales a que haya lugar, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: AUTORIZAR a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A., descontar los aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción planteada por la demandada, de acuerdo con lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ. Líquidense por secretaría, Inclúyanse en ellas como agencias en derecho la suma de \$2,000.000.

SÉPTIMO: No obstante que no se refirió a la parte motiva de esta providencia. Se **ADICIONA** en el sentido de, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, en caso de ser apelada oportunamente y de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, **ENVÍENSE** las presentes diligencias a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal superior de Distrito Judicial de Bogotá para que sea conocida en la **INSTITUCIÓN JURISDICCIONAL DE CONSULTA**. ”.

Por solicitud que elevara el apoderado de la EAAB S.A. E.S.P.¹ se adiciona² y aclara la sentencia en el sentido de especificar dentro de la liquidación efectuada por el juzgado, el mayor valor que está a cargo de esa entidad.

¹ Cd folio 481, récord 45:27, audio 1: “Muchas gracias su señoría. Nosotros, antes de presentar el recurso de apelación contra la sentencia que acabamos de escuchar y considerando que, en nuestro sentir, no es claro la parte resolutive, solicitaría su señoría que se aclarara antes de apelar o que se corrigieran los errores aritméticos, o que se adicionara en qué sentido señor juez:

Hasta donde pudimos tomar nota, se está condenando a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ a pagarle al señor demandante a partir del 21 de septiembre de 2015, una pensión de origen convencional. Digamos es, esa es como una declaración en el numeral segundo del resuelve, más o menos \$3,553.000. Luego, en el numeral tercero, y le ruego que de pronto no soy exacto pues como es en oralidad todo, es todo muy rápido, se dice que se condenará a un retroactivo pensional a la empresa, que es más o menos la suma de \$79,153.000.

Luego viene otro numeral donde dice que la pensión se liquidará conforme pensión colectiva, se (...) descontar las correspondientes cotizaciones que le caben al trabajador para el sistema de salud.

Tal como se anunció al inicio, el apoderado de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. interpuso recurso de apelación en contra de la anterior providencia, el cual sustentó en dos aspectos puntuales: i) la prescripción y ii) la buena fe con la que actuó esa compañía.

Así pues, frente a lo primero, pide se precise que en el asunto no existió realmente un fenómeno de prescripción antes del 21 de septiembre de 2015, por cuanto, pese a que se causó la pensión en el año 2007, existía una imposibilidad de reconocer la prestación dada su vinculación con la empresa y por ende, la incompatibilidad del salario con la mesada.

Con relación a lo segundo, señala, en el año 2010 esa empresa obró de manera correcta, de buena fe, y con base en los documentos que consideró válidos, como

Entonces, señor juez, la solicitud nuestra de aclaración, de adición o de complemento de nuestra sentencia, es porque en la parte considerativa se señaló que el señor demandante está disfrutando de una pensión de origen legal desde el año 2015 en cuantía de \$2,990.000, más o menos esos son los números, y que a la empresa le correspondía pagar la pensión de origen convencional de \$3,953.000.

De otra parte, y el despacho digamos es muy concreto en ese sentido, lo que pasa es que estoy pensando en más adelante, dice que no son dos pensiones, sino que hay un fenómeno de compartibilidad pensional, y ciertamente, la sentencia discurre ampliamente sobre ese punto para llegar a la conclusión que la empresa pagará el mayor valor, es lo que yo entiendo, que la empresa únicamente va a apagar el mayor valor.

Entonces, la solicitud nuestra de aclaración en relación con valores y con fechas, que es claro el tema del monto del retroactivo pensional desde el 2015, entendería que hasta la fecha de hoy, que ese activo correspondería hasta la fecha de hoy, y que a partir de ahora, la empresa va a pagar la pensión de origen convencional en una suma que es la diferencia entre lo que será la pensión convencional y la pensión legal del Seguro Social.

Entonces, yo lo que le ruego al despacho su señoría, y respetuosamente lo solicito, y lo solicito no por molestar al despacho ni a mi contraparte, sino es pensando cuando ya llegue porque esto va al Tribunal y... pero cuando ya llegue la decisión a la empresa y toque liquida, entonces no empiecen las interpretaciones del fallo y del resuelve. Entonces yo le rogaría al despacho, si es posible en ese resuelve, que nos indicara cuál es el mayor valor de la pensión de origen convencional que debe pagar la empresa, porque es que en el resuelve dijo que la pensión sería de \$3,535.000, es como si la empresa tuviera que pagarle toda la pensión de origen convencional al señor demandante, y como cobrarle a COLPENSIONES, cuando lo que yo entiendo es: COLPENSIONES sigue respondiendo por su pensión de origen convencional y a cargo del acueducto va a estar únicamente la diferencia.

Entonces la solicitud, hechas esas breves consideraciones, y ruego otra vez que me disculpe usted y la contraparte también, es que si es posible precisar el mayor valor a cargo por concepto de mesada pensional a partir de cuándo, para mí es claro el valor del retroactivo, \$79,153 mil y tanto, que es desde el 2015 hasta la fecha, sería 21 de octubre y de aquí en adelante va a ser el mayor valor. Pero sí que se precise ese monto del mayor valor mensual pensional de origen convencional que tendría la empresa.

Esa sería la solicitud señor juez. Para entonces sí poder apelar."

² Cd folio 481, récord 12:21, audio 2: "Procede entonces el despacho a resolver respecto de la solicitud de aclaración, verificamos que nos encontramos todas las partes ¿Parte demandante? ¿Apoderado empresa de Acueducto?"

Listo entonces se adiciona en el sentido de, como se ha venido indicando desde la parte considerativa del fallo que la liquidación realizada y efectuada por este despacho judicial a través del grupo liquidador, se incluyó una casilla la numero "F", perdón la casilla número "G" Da cuenta de la diferencia pensional a cargo de la empresa de acueducto y alcantarillado año por año y hasta la fecha. En estos términos queda entonces adicionada y aclarada la providencia a solicitud del apoderado de la parte demandada, Auto que se le notifica a las partes."

el registro civil de nacimiento con el que contaba la compañía que daba cuenta que el demandante nació en 1958 y no en 1951 como finalmente se determinó en la sentencia, debiendo, en su sentir, considerarse dicho argumento para revocarse la pensión.

Los demás aspectos refiere expresamente no apelarlos³ (Cd folio 481, récord 13:28, audio 2, acta a folios 482 y 483).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante MIGUEL ANGEL MARIN CATAÑO las pretensiones consignadas a folios 11 y 12, las cuales encuentran

³ “Gracias su señoría, gracias por haber resuelto la solicitud que se hiciera, gracias porque ya se observa en el Excel ciertamente la diferencia que estará a cargo de la empresa mensualmente, y bueno, ya en ese orden de ideas, respetuosamente presento recurso de apelación. Simplemente digamos, fundamos nuestro recurso en cuanto a que es una apelación parcial, apelación parcial en qué sentido, que si el Honorable Tribunal digamos no accede a revocar íntegramente y además somos los únicos apelantes, pues ya la actora no apeló en cuanto a revocar la condena y a absolver a la empresa, el argumento nuestro son dos puntos: Uno relacionado con prescripción en cuanto a que, digamos que el despacho señala que desde el año 2007 entonces el actor hubiera tenido el derecho a la pensión de origen convencional, pero como solamente vino a demandar el 07 de julio del 2017, se cuenta los tres años hacia atrás al 07 de julio del 2014, pero ciertamente el retiro del señor y el reconocimiento de su pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES fue en el 2015, y de ahí que el retroactivo se empiece a reconocer desde el 2015. Entonces la ahí precisión es que no es que haya exactamente un fenómeno de prescripción antes del 21 de septiembre del 2015, que fue al fecha del reconocimiento de la pensión de origen legal, sino que lo que hubo antes es una imposibilidad de que la empresa le reconociera la pensión, teóricamente hablando, porque es que él era trabajador de la empresa y conforme al artículo 128 de la Constitución, al ser la demandada una entidad de derecho público y la pensión que está percibiendo de los aportes de un servidor público y de una empresa de derecho público a cargo además de una entidad de derecho público, pues sería incompatible entonces . Pero bueno esto es más desde una perspectiva de precisión conceptual.

El otro punto que digamos nosotros hincamos nuestra esperanza el Tribunal eventualmente revoque esta decisión, es tener en cuenta de que la empresa en el año 2010, cuando el señor demandante empieza a manifestar de que es que el nació en 1958, 08 de abril, y no como tanto tiempo estuvo reposo en la hoja de vida de la empresa y no en 1951, como finalmente se vino establecer, entonces la empresa obro de manera correcta, obro de buena fe con base ¿en qué? Con base en los documentos que eran los válidos, lo que había en la hoja de vida, pero además el documento que da cuenta de la idoneidad que es el registro civil de nacimiento, y ese registro civil de nacimiento, no la manifestación, no la providencia de la fiscalía, era el único documento idóneo que permitía pues establecer con certeza la fecha de nacimiento pues como en sentir del juzgado ya quedo establecido. Entonces teniendo en cuenta ese argumento de la empresa de haber obrado conforme a los documentos que existían en ese momento en el expediente y que no había el documento en ese momento del registro civil actualizado, pues fue que se procedió de esa manera y pues esa carga de nosotros haber nosotros obrado de buena fe, creemos que es un argumento para que el tribunal eventualmente lo considere, si estima que es revocable la pensión.

Los demás aspectos pues no los apelamos si el tribunal no accede, pues obviamente que se cumplirá la sentencia. Muchas gracias señor juez, en estos términos dejo sustentado mi recurso esperando que se admita.”

sustento en los hechos relatados a folios 3 a 11; solicitando principalmente se declare que es beneficiario de la pensión de jubilación convencional consagrada en los artículos 77, 78 y 79 de la Convención Colectiva de Trabajo Vigente 2008-2011 y en el artículo 94 de la Convención 2012-2014, teniendo en cuenta que se encontraba dentro del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 por tener más de 40 años antes de entrar en vigencia dicha normatividad. En consecuencia, se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ a reconocer y pagar a su favor la pensión convencional a partir del 23 de abril de 2010, calenda en la que pidió el reconocimiento pensional, junto con las mesadas no pagadas, debidamente indexadas y los intereses de mora, precisando, debe imponerse a cargo de la EAAB S.A. E.S.P, el mayor valor de la mesada pensional, si lo hubiere, respecto de la pensión reconocida por COLPENSIONES. **Obteniendo sentencia favorable a sus aspiraciones,** pues se condenó a la empresa demandada a reconocer y pagar a favor del actor la pensión de jubilación convencional a partir del 1 de octubre de 2007 conforme los artículos 76, 77 y 79 de la Convención Colectiva de Trabajo, efectiva a partir del 21 de septiembre de 2015, en cuantía inicial de \$3.953.603,06, declarando igualmente la compartibilidad de esa prestación con la pensión de vejez devengada por el demandante, por lo que liquidó el retroactivo por el mayor valor causado entre el 21 de septiembre de 2015 y el 30 de septiembre de 2020 en cuantía de \$79.159.843,74. Lo anterior tras considerar que el demandante era beneficiario de la convención colectiva, así como del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia de dicha norma contaba con 44 años de edad según el documento de identificación válido del demandante, precisando, si bien es cierto existió un conflicto de doble identificación, que a su vez implicó discrepancias respecto a la calenda de nacimiento del demandante, tal situación había sido resuelta por la Registraduría Nacional del Estado Civil quien procedió a la anulación de una de las cédulas de ciudadanía. Adicionalmente, encontró acreditados los requisitos del artículo 77 Convencional el 1 de octubre de 2007, fecha para la cual contaba con 20 años de servicio y 55 años de edad. No obstante, estimó, la pensión solo podría iniciar a pagarse a partir del 21 de septiembre de 2015 porque en esa fecha se produjo el retiro del servicio.

Por otra parte señaló, la prestación, dada su fecha de causación era compatible con la pensión de vejez que le fue reconocida al señor MARIN CATAÑO por lo que solo procedía el pago del mayor valor a cargo de la EAAB.

Con relación a la prescripción, discurrió, como quiera que la prestación se causó el 1 de octubre de 2007, se reclamó el 23 de abril de 2010 y se incoó la demanda el 7 de julio de 2017, había operado dicho fenómeno contando 3 años atrás desde la radicación del proceso, esto es, respecto de las mesadas causadas y no pagadas con anterioridad al 7 de julio de 2014, pero precisó que no había retroactivo que pagar entre esa fecha y el 21 de septiembre de 2015 dada su vinculación laboral y la prohibición de percibir doble asignación del erario.

Reseñado lo anterior, preliminarmente advierte la Sala, si bien en el ordinal séptimo de la sentencia apelada se dispuso remitir el proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, lo cierto es que, aunque se trata de una entidad descentralizada de carácter público, esa sola circunstancia no habilita el estudio en esta instancia del grado jurisdiccional de consulta a su favor, pues en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S. se requiere que *“la Nación sea garante”*, circunstancia esta que no concurre en autos.

Igualmente se precisa, tampoco se estudiará la consulta a favor de COLPENSIONES pues respecto de esa entidad no se impuso condena alguna, dicho de otro modo, la providencia de primer grado no le fue desfavorable en ningún aspecto, pues la compatibilidad pensional que allí se declaró, en manera alguna afecta la pensión de vejez que reconoció y viene cancelando esa entidad a MIGUEL ANGEL MARÍN.

Aclarado ello, se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En esa dirección, se advierte, en esta instancia no existe controversia respecto de los siguientes supuestos fácticos, que hicieron parte de las conclusiones del juez de primer grado no discutidas en esta instancia:

- i) Que el demandante laboró para la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. entre el 1 de octubre de 1987 y el 21 de septiembre de 2015, en calidad de trabajador oficial.
- ii) Que el actor es beneficiario de la Convención Colectiva 2008 – 2011 (folios 66 a 101)⁴, suscrita entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS, AUTÓNOMAS E INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS DE COLOMBIA SINTRAMESDES SUBDIRECTIVA DE BOGOTÁ.
- iii) Que el demandante se identifica con la cédula de ciudadanía No. 16.203.529, en la que consta que nació el 9 de abril de 1951. Al punto, téngase en cuenta, si bien es cierto el convocante del juicio presentó un problema de doble identificación, por cuanto en los documentos de la compañía aparecía la cédula 79.358.951 en la que figuraba como fecha de nacimiento de MIGUEL ANGEL MARÍN CATAÑO el 8 de abril de 1958, lo cierto es que este último documento fue cancelado “*por falsa identidad*” por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No. 6152 del 13 de mayo de 2010 (folios 48 y 49), en cumplimiento de la orden dada por la Fiscalía Seccional 106 de Bogotá, encontrándose vigente como documento de identificación del señor MARÍN CATAÑO, según lo certifica esa entidad (folios 256 y 257), la cédula inicialmente reseñada en la que consta que nació el 9 de abril de 1951.
- iv) Que, atendiendo lo anterior, el señor MIGUEL ANGEL MARÍN es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por contar con más de 40 años a la entrada en vigencia de dicha disposición.

⁴ Dicha convención colectiva cuenta con constancia de depósito folio 63, la cual fue realizada en los términos del artículo 469 del C.S.T (la convención se suscribió el 3 de julio de 2008 y se depositó el 7 siguiente).

- v) Que es beneficiario de la pensión de jubilación establecida en el artículo 79 de la Convención Colectiva 2008-2011 (folio 80), la cual causó el 1 de octubre de 2007, fecha para la cual completó 20 años de servicio y más de 55 años de edad, por lo que, al haber ingresado el derecho pensional al patrimonio del actor en esa fecha, se constituyó un derecho adquirido que no se suprimió o modificó con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005⁵. Tampoco se controvierte el monto de la mesada pensional la cual se determinó en cuantía de \$3.953.606,06, exigible a partir del retiro del servicio, esto es, el 21 de septiembre de 2015.

Así pues, en lo que corresponde a los reparos formulados en la alzada, sea del caso indicar al recurrente que la buena fe no resulta ser un presupuesto para el reconocimiento de la pensión convencional que por esta vía se reclama, y aunque en su momento existió controversia con relación a la identificación del demandante y, particularmente, su fecha de nacimiento, tal situación había sido solventada por el actor desde el 2010 y notificada a la empresa desde ese mismo año a través de las reiteradas peticiones que ante esa sociedad presentó (folios 52 a 54, 190, 191 a 198, 211, 231, 237, 244, 250 y 269) y en las cuales enteró a su empleador del acto administrativo proveniente de la Registraduría Nacional del Estado Civil por el cual se canceló la cédula de ciudadanía No. 79.358.951 que estaba a su nombre, acompañando además la orden de anulación del registro civil que sirvió de base a la expedición de esa cédula y el registro de nacimiento válido en el que constaba como su fecha de nacimiento el 9 de abril de 1951.

Con independencia de ello, la controversia suscitada frente a esa temática podía ser ventilada en los estrados judiciales -como así se hizo-, para determinar, de manera definitiva y con fuerza de cosa juzgada por parte de la jurisdicción competente, que es esta, si el demandante es o no beneficiario de la pensión de jubilación, no siendo, se insiste, la buena o mala fe en la actuación promovida por la encartada en sede administrativa, determinante para conceder o negar el

⁵ Así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, como en Sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico

derecho pensional, pues lo que al caso interesa es únicamente constatar la convergencia de los presupuestos que exige la disposición que sea aplicable.

En ese orden, una vez confluyen en cabeza del trabajador los requisitos de la norma convencional –edad y tiempo de servicios- este se hace acreedor de la pensión de jubilación y así debe disponerse.

Por otra parte, en lo que toca a la excepción de prescripción⁶ (folio 351), en los términos expuestos al inicio de este proveído, aunque la pensión se causó el 1 de octubre de 2007, solo fue exigible al actor a partir de su retiro del servicio, esto es, el 21 de septiembre de 2015, por lo que, siendo incoada la demanda el 7 de julio de 2017 (folio 292), claro resulta que no operó el término trienal a que se refieren los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T., y en esa medida tal medio exceptivo debe declararse no probado.

No obstante hacerse tal precisión, lo cierto es que esa determinación no genera modificación alguna de las condenas impuestas a cargo de la pasiva como quiera que el retroactivo a favor del convocante, pese a que se estableció la prescripción desde el año 2014, se liquidó a partir del 21 de septiembre de 2015 (folio 483 A).

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expresamente sustentados por el apoderado de la parte demandada en la alzada, en virtud del principio de consonancia, y conforme a las consideraciones esbozadas habrá de revocarse el numeral quinto, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción, confirmando en lo demás.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

En mérito de los expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por parte de la EAAB S.A. E.S.P por auto del 8 de mayo de 2018 (folio 394 a 395)

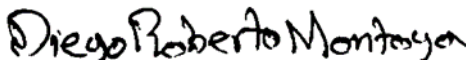
RESUELVE

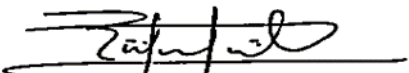
PRIMERO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo motivado.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTA D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ NAYIBE VARGAS TORRES CONTRA AMPARO NARVAEZ MOSQUERA como propietaria del establecimiento de comercio ACADEMIA FRANCESA DE BELLEZA (RAD. 12 2019 00513 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el apoderado de la demandante (fls. 96 y 97), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de diciembre del 2020 (Cd. fol. 90 record 15:30 acta a folio 91), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la señora Amparo Narváez Mosquera como propietaria del establecimiento Academia Francesa de Belleza al pago de los aportes al sistema de seguridad social a favor de la cuenta de ahorro individual de la demandante Luz Nayibe Vargas Torres por el periodo comprendido entre 01 de abril al 30 de noviembre del año 2006 en cuantía con un salario base de \$600.000.

SEGUNDO: ABSOLVER a la señora Amparo Narváez Mosquera como propietaria del establecimiento de comercio denominado Academia Francesa de Belleza de las demás suplicas de la demanda incoadas por la demandante según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación salvo lo que tiene que ver con el objeto de condena por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada Amparo Narváez Mosquera señalándose como agencias en derecho la suma de \$700.000.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante recurre la decisión en lo atinente a la no declaratoria de un solo contrato de trabajo a término indefinido, señalando los contratos aportados por la demandada bajo la apariencia de ser a término fijo no la tienen, por cuanto se trataron de cinco acuerdos sucesivos inferiores a un año, cuando la ley establece que un contrato a término fijo solo se puede prorrogar por tres periodos iguales y a partir de la cuarta prorroga no puede ser inferior a un año, lo cual no aconteció en autos y por ende considera tal circunstancia daría lugar a la ineficacia de esos contratos, dándose aplicación a la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido respecto del cual no hubo solución de continuidad, precisando los contratos a término fijo fueron simulados y de mala fe con la finalidad de evadir derechos de la trabajadora, por lo que en sus sentir sí existió un contrato a término indefinido y por ende debieron cancelarse a la terminación de ese contratos las prestaciones sociales por el término de la vinculación laboral.

Por otro lado refiere que el Juzgado no estudio el tema de la no consignación de las cesantías oportunamente ante el fondo de cesantías, ni la indemnización que proviene de la omisión por parte de esa empleadora. Así mismo señala que hubo pagos que no se hicieron ante los entes de seguridad social con base en los reales salarios devengados pro la demandante, como tampoco hubo oportunidades en que no se le pago el auxilio de transporte, considerando ello daría lugar a una indemnización moratoria.¹ (Cd. fol. 90, record 17:08 acta folio 91)

¹ “Me permito fundamentar lo dicho en los siguientes aspectos o fundamentar este recurso en lo siguiente: Primero que el juzgado no ha tenido en cuenta concomitantemente con la certificación de trabajo dada por la empleadora sobre la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, no ha tenido en cuenta tampoco los contratos agregados al proceso por la demandada bajo la apariencia de ser a término fijo con esa naturaleza que no tiene ¿Por qué no tiene? Ya lo había dicho yo en mis alegatos porque en primer lugar fueron cinco contratos sucesivos y esos contratos sucesivos la ley dice que solamente se puede un contrato a término fijo prorrogar para tres periodos, para el cuarto el término de extensión del contrato sería de un año lo cual no ha acontecido porque todos esos contratos que se han mencionado y que fueron cinco, todos esos contratos simplemente fueron a término inferior a un año. Eso aunado a lo que dije anteriormente con relación a la certificación de la empleadora daría lugar a la ineficacia de esos contratos y por ende darle aplicación a la certificación que ella da sobre la existencia de un contrato a término indefinido. Como se puede ver entre contrato y contrato no existiría solución de continuidad simplemente termina un contrato se le reconocieron vacaciones y a continuación de esas vacaciones otra vez inicio el contrato, no hubo solución de continuidad alguna, por esa razón no justifico en forma alguna el fallo que acaba de proferir en ese sentido.

En sana lógica jurídica esos contratos a término fijo como lo dije en mi exposición anterior fueron simulados y de mala fe con la finalidad de evadir derechos de la trabajadora, fíjense muy bien señores juzgadores como

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señora LUZ NAYIBE VARGAS TORRES, las pretensiones visibles a folios 3 y 4, las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 2 y 3, encaminadas a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 1° de abril del 2006 al 8 de agosto del 2016, y en consecuencia, se ordene a la demandada a pagar a su favor las cesantías causadas por dicho periodo con un salario de \$1.109.700 (salario básico + auxilio transporte), previa deducción de lo consignado en el Fondo Nacional del Ahorro, primas de servicio, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías, indemnización por terminación del contrato por justa causa imputable a la empleadora, vacaciones por el tiempo real de servicio, pago de aportes a seguridad social con la base

es ilógica la presentación que se hace a una carta que se le dirige a la trabajadora Ojo era una carta unilateral dirigida a la trabajadora por la empleadora en la cual se le dice que su contrato terminara en tal fecha, pero en esa misma carta se le dice que se le prorroga por equis término, eso además de ser una decisión unilateral inconsulta con la trabajadora no tiene fundamento legal, no tiene un sustento legal practico toda vez que no se puede dar vida a un contrato que ya se terminó que ya se le dijo que se terminaba en esa fecha no se le puede dar vida para decir que se prorroga eso es ilógico decir que un contrato ya terminado se prorroga lo que se debió hacer fue simplemente suscribir si se trataba de un contrato a término fijo, suscribir un contrato a término fijo por ese periodo corto de tiempo que se terminó.

No se refirió el juzgado tampoco a la no consignación de las cesantías oportunamente ante el fondo de cesantías, ni tampoco se refirió el juzgado a las indemnizaciones que provienen de esa omisión por parte de la empleadora, no dijo nada el juzgado siendo lógico que a la terminación de ese primer año por lo menos de ese primer año y no consignarse las cesantías desde el fondo correspondiente procediera inmediatamente la aplicación de la sanción que trae la ley por no consignación de las cesantías, el juzgado no se pronunció respecto a eso, si lo que se hubiera pretendido era establecer un nuevo contrato de trabajo a término fijo por ese corto periodo ya lo dije, debió suscribir un nuevo contrato y no tomar una decisión unilateral como la que tomo la señora Amparo Narváez Mosquera de prorrogar un contrato ya terminado.

Ahora bien a la trabajadora indudablemente y sigo enfatizando que existió un contrato a término indefinido debieron cancelarse a la terminación de contrato esas prestaciones sociales por todo el término de la vinculación laboral. No es de recibo que esos contratos que se dieron que fueron simulados como lo dije pudieran afectar una liquidación que diera al final del contrato de trabajo esos contratos y esos pagos que se hicieron de esos contratos no tienen ninguna eficacia y lo pagado conforme a la ley de forma ilegal no tiene la virtualidad de sanear una falencia legal por parte de la empleadora, Yo simplemente enfatizo en que hubo pagos que no se hicieron a los entes de seguridad social con base en los reales salarios y tampoco consideró el señor juez que en oportunidades a la trabajadora no se le pago el auxilio de transporte, esas falencias también dan pie para que debían integrarse esos auxilios de transporte al salario debieran dar lugar a una indemnización moratoria.

En la relación de las falencias de no consignación de los fondos de cesantías oportunamente y de no haberse afiliado a la seguridad social integral en las formas oportunas indudablemente que también debería conllevar una sanción y darse por cierto que es la trabajadora la parte débil de la relación contractual y no favorecer a una empleadora por una omisión de tipo legal, sigo insistiendo que es una mala fe del empleadora al haber tratado de simular contratos a término fijo cuando la realidad era la existencia de un contrato realidad como lo ha dicho la jurisprudencia que estaría ocultando de verdad un contrato a término indefinido, bajo esas premisas señor juez me permito sustentar el recurso de apelación interpuesto, gracias”

salarial debida, reajuste de la pensión vitalicia reconocida por Porvenir, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable** a sus aspiraciones, por cuanto únicamente se condenó al pago de los aportes a seguridad sociales en pensiones del 1° de abril al 30 de noviembre del 2006 con un salario base de \$600.000, absolviendo de las demás suplicas de la demanda tras considerar que la actora no estuvo vinculada por un solo contrato de trabajo sino por varios con modalidad a término fijo e indefinido, encontrado acreditado el pago de las acreencias laborales a la actora durante todo el tiempo de vinculación, razón por la cual solo accedió al pago de los aportes a pensión de abril a noviembre del 2006 por no encontrarse el pago en los extractos de la AFP PORVENIR.

Establecido lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por las partes, en los puntos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas se tiene, no es objeto de controversia en esta instancia, que los vínculos suscitados entre las partes en los periodos comprendidos entre el 1° de abril al 30 de noviembre del 2006 (fls. 54-55), 3 de enero al 30 de noviembre del 2007 (fls.57-58), 1° de febrero a 30 de noviembre del 2008 (fls. 61-62), 5 de enero al 30 de noviembre del 2009 (fls. 64-65), 4 de enero al 30 de noviembre del 2010 (fls.67-68) y del 3 de enero del 2011 hasta el 8 de agosto del 2016 (conforme se acepta en la contestación de la demanda fl. 45), tenían el carácter de laborales, situación que fue en esos términos establecida por el juez de primer grado, sin que frente a la naturaleza de tales vínculos se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada.

Así pues, el primer punto de apelación de la parte actora se concreta a la inconformidad relacionada con el hecho de que no se haya declarado la unidad contractual o la existencia de un único contrato de trabajo del 1° de abril del 2006 al 8 de agosto del 2016.

Frente a lo cual, desde ya advierte la Sala la imposibilidad de declarar la existencia de un único contrato como lo pretende el recurrente, pues lo que

emana de las pruebas acopiadas en el expediente es que la prestación del servicio fue de manera interrumpida, como pasa a explicarse.

Los contratos a término fijo inferior a 1 año (*1° de abril al 30 de noviembre del 2006, 3 de enero al 30 de noviembre del 2007, 1° de febrero a 30 de noviembre del 2008, 5 de enero al 30 de noviembre del 2009 y 4 de enero al 30 de noviembre del 2010*), finalizaron por decisión de la empleadora sin que la actora mostrara reparo frente a ello, como se puede leer de las misivas de folios 56, 60, 63, 66 y 69 y el celebrado a término indefinido (*3 de enero del 2011 al 8 de agosto del 2016*) terminó por renuncia de la actora (fl. 33), acuerdos a los que no son dables restarle validez como lo procura el apelante, pues no quedó acreditado vicio alguno que conlleve a la declaratoria de su ineficacia; por el contrario, lo que denota ese legajo, es la voluntad inequívoca de las partes de dar fin a cada vínculo que los ataba, tan es así que respecto de cada uno de los contratos se hicieron las correspondientes liquidaciones de prestaciones sociales como se puede ver a folios 70 a 77.

Adicional a lo anterior, entre la finalización de un contrato y el inicio del otro hubo interrupciones de 14, 41, 36, 13 y 34 días², tiempo suficiente para interrumpir la continuidad del contrato, sin que tampoco se acreditara la prestación personal del servicio de la accionante a favor de la demandada por tales lapsos para que pueda beneficiarse de la presunción a que se refiere el artículo 24 del C.S.T.

No obstante, con independencia de ello, lo cierto es que contrario a lo afirmado en la alzada no se trató de un solo contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año que fuera objeto de prórroga, en tanto se suscribieron 5 contratos independientes cada uno con fecha de inicio y de terminación liquidados de forma independiente, esto es, se extinguió una relación jurídica y nació a la vida otra, y

2

<i>Fecha Inicio</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>Solucion Continuidad</i>
01/04/2006	20/12/2006	
03/01/2007	22/12/2007	14
01/02/2008	30/11/2008	41
05/01/2009	22/12/2009	36
04/01/2010	30/11/2010	13
03/01/2011	08/08/2016	34

no como lo hace ver el recurrente en cuanto a que dirige sus argumentos a establecer que fue 1 solo contrato con 5 prorrogas.

De esta manera y como quiera que fueron las partes quienes decidieron dar fin a los contratos a término fijo y al indefinido, de dichos acuerdo de voluntades la Sala no advierte visos de nulidad o ilegalidad, o el ánimo de desfalcar o eludir obligaciones laborales a favor de la trabajadora como lo afirma el convocante, o por lo menos ello no luce acreditado en el expediente.

En ese entendido, aunque ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, se debe ser muy cauteloso en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, pues estas prácticas se han adoptado con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, o beneficiarse en la liquidación de la cesantía o la potestad de dar por terminado el contrato de trabajo³, ello no significa necesariamente que siempre que estemos ante contratos sucesivos existe unidad contractual⁴, pues puede suceder, como de hecho aquí acontece, que existan varias relaciones laborales independientes entre sí, cada una las cuales tuvo su propio modo de terminación y fueron debidamente liquidadas, porque ello puede verificarse real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral y aparece con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro.

En el caso de autos, ninguna circunstancia contraria a los derechos de la trabajadora, como las que acaban de exponerse, se configura, pues se insiste, los contratantes de manera libre y voluntaria pusieron fin a cada uno de los contratos de trabajo que suscribieron para dar paso a condiciones laborales que, aunque guardan similitud frente al objeto, obedecieron igualmente al consenso de

³ Sentencia SL15986 de 2014, reiterada en SL 1211 de 2019.

⁴ Sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado de antaño que “No se puede hablar de dos contratos mientras no haya diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento de otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica” (CSJ, Cas. Laboral, Sent. Sep. 2/77).

Así mismo, esa Corporación puntualizó que cuando se trata de Contratos de Trabajo sucesivos, no siempre se reconoce la existencia de un solo contrato al indicar: “La sola circunstancia de que haya mediado un pequeño margen de tiempo entre la terminación de un contrato y el comienzo de otro no es razón suficiente para sostener la unicidad del vínculo o la existencia de simulación en la extinción del primero, puesto que nada impide y bien puede suceder, como de hecho aquí ha acontecido, que tal situación ocurra real y verídicamente dentro del normal desarrollo de la actividad laboral de las empresas” (CSJ – SCL radicado 20946 de 17 de septiembre de 2003)

los contratantes. Nótese además que se desconoce la labor desarrollada por la actora del 2011 al 2016 cuando las partes decidieron pactar la celebración de un contrato a término indefinido.

Del mismo modo, ha de decirse, tampoco es prueba de la unidad contractual la certificación de folio 21, en donde se indica que la relación inició el 1 de abril del 2006 hasta el 8 de agosto del 2016, pues tal afirmación fue desvirtuada con la suscripción de los contratos atrás referidos, precisándose según el principio de la primacía de la realidad, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Por lo anterior se lleva al convencimiento de la Sala, que si bien es cierto existió prestación del servicio durante el lapso señalado en el libelo, ésta no fue continua, sino interrumpida, existiendo 6 contratos de trabajo entre las partes (5 a término fijo inferior a un año y 1 a término indefinido), no logrando la parte interesada, acorde al artículo 167 del C.G.P., acreditar una sola relación laboral, tal como se solicita en la demanda, toda vez que no existe prueba que sustente su dicho. Conforme lo analizado hasta este punto, habrá de confirmarse la sentencia en este puntual aspecto.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes (3 de enero del 2011 al 8 de agosto del 2016 como la indica la demandada en su contestación -fl. 45- pues no obra contrato escrito en tal sentido).

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones labores, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo

que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

En este orden de ideas y una vez dilucidada la existencia de las diversas vinculaciones laborales, entra la Sala al estudio de las demás peticiones elevadas puntualmente en la alzada, pero como ya se dijo únicamente frente al contrato desarrollado del 3 de enero del 2011 al 8 de agosto del 2016.

Así pues, en lo que tiene que ver con la no **consignación de las cesantías** obra a folios 28 a 30 “*Extracto Individual de cesantías*”, expedido por el Fondo Nacional del Ahorro en donde se aprecia que la empleadora giró en debida forma la prestación social así:

- Año 2011 consignadas en febrero del 2012 por \$899.574
- Año 2012 consignadas en febrero del 2013 por \$962.800
- Año 2013 consignadas en febrero del 2014 por \$962.800
- Año 2014 consignadas en febrero del 2015 por \$1.104.500
- Año 2015 consignadas en febrero del 2016 por \$1.152.000

En cuanto a las cesantías causadas para el año 2016, como quiera que la demandante no laboró todo el año pues finalizó el vínculo el 8 de agosto de ese año, no era posible consignarlas al respectivo fondo, por lo que la empleadora las reconoció directamente a la trabajadora en la liquidación de prestaciones en suma de \$726.985 por 218 días laborados (fl. 77). Razones por las cuales no hay lugar a impartir condena por este concepto y menos por la indemnización por no consignación de cesantías, pues ésta no se generó.

En relación con los **aportes a seguridad social** de los cuales afirma se encuentran incompletos por no haberse cotizado con la base salarial real, baste con señalar dentro del plenario no se indicó ni se probó por parte de la accionante cual fue el real salario devengado para cada uno de los meses en que se desarrolló la relación laboral del 3 de enero del 2011 al 8 de agosto del 2011, para con ello establecer una posible diferencia entre lo devengado y lo cotizado, pues solo expresa en el hecho 3 del libelo que el último salario reconocido fue de \$1.032.000 (fl. 2) evidenciándose con la historia laboral de folios 34 y 35 desde marzo del 2014 la aquí demandada cotizó con un salario base de \$1.032.000, situaciones que implican por ende la absolución de esta suplica.

Finalmente y en cuanto al **auxilio de transporte** tampoco se acredita en que meses no le fue cancelado, partiendo de la afirmación que se hace en la apelación en cuanto a que “*en oportunidades*” no se lo pagaron, lo cual da lugar a entender que no en todos los meses la accionada se sustrajo de esa obligación, circunstancia que de suyo impide la prosperidad de sus anhelos en los términos solicitados, pues no le es dable al fallador efectuar cálculos o suposiciones acerca de un número de meses probables en que pudo no haberse efectuado tal pago, máxime si se tiene en cuenta, que ni siquiera en el libelo demandatorio se relacionan los supuestos incumplimientos, aunado a que por ejemplo en la liquidación final de prestaciones la empleadora tomo como salario base para la liquidación la suma de \$1.109.700 que corresponde al salario básico \$1.032.500 más el auxilio de transporte \$77.700 y sobre tal suma procedió a liquidar lo correspondiente (fl. 77), por lo que tampoco se accede a esta pretensión.

En los términos anteriores, se agota la competencia del Tribunal, y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el *a quo*, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

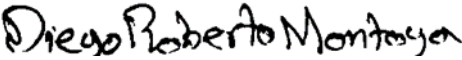
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: COSTAS en apelación a cargo del demandante y a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOY

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YAMIL ARANGO
OLIVEROS CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y CARBONES DEL
CERREJON LIMITED (RAD. 15 2017 00729 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada CARBONES DEL CERREJON, mediante correo electrónico del 13 de enero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 30 de septiembre de 2020 (Cd folio 186, récord 1:22:47 acta a folios 183 a 185), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas ARL Positiva compañía de seguros y Carbones del Cerrejón Ltda. de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor YAMIL ARANGO OLIVEROS y en esos términos **DECLARAR** demostradas frente a estas demandadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación e igualmente de pago completo y aportes a la seguridad social conforme en lo expuesto en la parte motiva.*

***SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS** al señor demandante. Para el efecto se fijan como agencias en derecho lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de las dos co-demandadas, un salario para cada una.*

***TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada resultando desfavorable para la actora se remitirá la diligencia al superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”*

Inconforme con la decisión la apoderada judicial del demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

En sustento de ello, refiere, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1562 de 2012 para el pago de las incapacidades, además, dice, demostró que no recibió el valor completo del subsidio, esto es, con el IBC de \$4.344.000 con el que debieron ser liquidadas, por lo que pide se revisen minuciosamente los reportes entregados por la ARL y la demandada CARBONES DEL CERREJÓN mes a mes, con el fin de que se establezca si hubo meses en los que no recibió el total de su incapacidad, particularmente, en las anualidades 2015, 2016 y parte de 2017¹ (Cd folio 186, récord 1:23:55 acta a folios 183 a 185).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante YAMIL ARANGO OLIVEROS las pretensiones consignadas a folios 64 y 65, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 61 a 64; solicitando principalmente se declare que POSITIVA no le ha cancelado las prestaciones asistenciales y económicas conforme a la ley y que tiene derecho al reajuste y pago de las incapacidades aprobadas desde el 27 de julio de 2015 hasta la actualidad, junto con los intereses

¹ “Gracias señor juez me permito presentar recurso de apelación sustentado de la siguiente manera: Insiste la parte demandante que en el año 2015 específicamente en el mes de julio empiezan las incapacidades continuas y que en este caso no se toma en cuenta el artículo 5 de la ley 1562 del 2012 para el pago de las incapacidades, la demandante si demostró dentro del proceso que no recibió dicho valor en las incapacidades pues es cierto que existen incapacidades discontinuas pero esto es antes del mes julio del 2015 pues mi representado se encontraba incapacitado desde el año 2009. Se observa en el historial de pago el total recibido por el demandante hace referencia al historial del pago que aportó la demandada Carbones de cerrejón y no precisamente que el allá recibido el total de ingresos \$4.344.000 que es el IBC por el cual debieron haber sido liquidadas sus incapacidades, se solicita al superior que de forma acuciosa mire tanto los reportes entregados por la ARL positiva como los reportes entregados por la demandada Carbones de Cerrejón mes a mes para efecto de que se verifique que hubieron (sic) meses en los que mi representado no recibió el valor total de su incapacidad o sea los \$4.344.000. Se acepta lo que dijo el señor juez la sentencia de primera instancia y es que en el año 2017 y 2018 hubo una variación Donde se empieza a pagar cinco millones, seis millones ¿sí? se acepta, sin embargo, no se acepta que en el año 2015, 2016 y parte del 2017 se haya recibido un valor muy por debajo al salario devengado entonces pues por tanto solicito a los honorables magistrados que de forma acuciosa se reciba o se observe tanto los reportes de la parte demandada ARL (interrupción en el audio, el juez solicita se repita la última parte). Para terminar simplemente le solicito a la parte demandante a los honorables magistrados que se observen las pruebas aportadas por la parte demandada para efectos de que sea revocada la sentencia de primera instancia y se concedan todas las pretensiones elevadas en el escrito demandatorio, muchísimas gracias.”

corrientes y moratorios y la indexación. **Obteniendo sentencia totalmente desfavorable a sus aspiraciones**, pues se declararon probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las encartadas y se les absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por el actor. Lo anterior tras considerar el juez de primer grado que de conformidad con lo previsto en el parágrafo segundo del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, las incapacidades generadas a partir del 27 de julio de 2015, cuya revisión se aspiró en demanda- debían liquidarse con el último IBC pagado a la ARL anterior al inicio de la incapacidad, que para el caso correspondía al de junio de 2015 el cual ascendía a \$4.344.000-, estimando, los pagos realizados al demandante se encontraban acorde con tales montos. Con relación a la indemnización por pérdida de capacidad permanente parcial, efectuados los cálculos aritméticos, estimó debidamente liquidada la misma.

Conforme lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Preliminarmente advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia que el señor YAMIL ARANGO OLIVEROS fue trabajador de CARBONES DEL CERREJON LIMITED desde el 29 de julio de 1987 hasta el 8 de noviembre de 2018 cuando fue pensionado por invalidez por parte de la ARL POSITIVA (folio 167). Tampoco, que al actor le fueron emitidas incapacidades laborales de manera continua e ininterrumpida entre el 27 de julio de 2015 y el 24 de agosto de 2018, las cuales tenían origen profesional y fueron canceladas por CARBONES DEL CERREJÓN, aspectos sobre los que se pronunció el juez de primer grado no controvertidos en esta instancia y que, en todo caso, fueron aceptados por POSITIVA desde la contestación de la demanda (ver respuesta a los hechos séptimo y octavo, folio 93)

Del mismo modo, no se discute que el último Ingreso Base de Cotización reportado a la ARL, con anterioridad al inicio de la incapacidad corresponde al del periodo junio de 2015, el cual asciende a \$4.344.000 (folio 151) pues, contrario a presentar inconformidad con dicha cifra, el apelante indica que ese monto no le

fue cancelado todos los meses que duró la incapacidad, de allí que considere deban ser condenada la pasiva.

En ese orden, le corresponde a la Sala determinar si las demandadas adeudan suma alguna al demandante por concepto de subsidio de incapacidad de origen laboral, entre el 27 de julio de 2015 y el 24 de agosto de 2018.

Precisado lo anterior, se tiene que el subsidio por incapacidad temporal en razón de una enfermedad laboral, contenido en el artículo 2 de la Ley 776 de 2002², constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas (artículo 53 de la Carta Política)³.

El monto de dicha prestación, conforme lo previsto en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002⁴, corresponderá al cien por ciento (100%) del salario base de cotización del trabajador, IBC que en los términos del parágrafo 2° del artículo 5 de la Ley

² “**ARTÍCULO 2o. INCAPACIDAD TEMPORAL.** Se entiende por incapacidad temporal, aquella que según el cuadro agudo de la enfermedad o lesión que presente el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales, le impida desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado.”

³ Sentencias CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020.

⁴ “**ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL.** Todo afiliado a quien se le defina una incapacidad temporal, recibirá un subsidio equivalente al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario.

Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional.

El período durante el cual se reconoce la prestación de que trata el presente artículo será hasta por ciento ochenta (180) días, que podrán ser prorrogados hasta por períodos que no superen otros ciento ochenta (180) días continuos adicionales, cuando esta prórroga se determine como necesaria para el tratamiento del afiliado, o para culminar su rehabilitación.

Cumplido el período previsto en el inciso anterior y no se hubiese logrado la curación o rehabilitación del afiliado, se debe iniciar el procedimiento para determinar el estado de incapacidad permanente parcial o de invalidez. Hasta tanto no se establezca el grado de incapacidad o invalidez la ARP continuará cancelando el subsidio por incapacidad temporal”

1562 de 2012⁵, y entratándose de subsidio por incapacidad temporal, corresponderá al “último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica”

Descendiendo al caso de autos, se tiene, tal como se dejó sentado al inicio que al actor le fueron otorgadas incapacidades laborales de manera continua e ininterrumpida entre el 27 de julio de 2015 y el 24 de agosto de 2018 (Cd folio 100), a razón de enfermedades calificadas como de origen profesional, y que el IBC, para junio de 2015 que resulta ser el último reportado a la ARL (folio 151) asciende a \$4.344.000, siendo claro entonces, en los términos de la normatividad traída a colación que, durante dicho interregno, el subsidio debió cancelarse sobre esa cuantía por cada mes o proporcional de incapacidad.

Así, teniendo en cuenta que el demandante permaneció incapacitado por **1125⁶** días (calendario) continuos y que cada día de incapacidad debía cancelarse sobre

⁵ “**ARTÍCULO 5o. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las prestaciones económicas lo siguiente:

a) Para accidentes de trabajo

El promedio del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los seis (6) meses anteriores a la ocurrencia al accidente de trabajo, o fracción de meses, si el tiempo laborado en esa empresa fuese inferior a la base de cotización declarada e inscrita en la Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encuentre afiliado;

b) Para enfermedad laboral

El promedio del último año, o fracción de año, del Ingreso Base de Cotización (IBC) anterior a la fecha en que se calificó en primera oportunidad el origen de la enfermedad laboral.

En caso de que la calificación en primera oportunidad se realice cuando el trabajador se encuentre desvinculado de la empresa se tomará el promedio del último año, o fracción de año si el tiempo laborado fuese inferior, del Ingreso Base de Cotización (IBC) declarada e inscrita en la última Entidad Administradora de Riesgos Laborales a la que se encontraba afiliado previo a dicha calificación.

PARÁGRAFO 1o. Las sumas de dinero que las Entidades Administradoras de Riesgos Laborales deben pagar por concepto de prestaciones económicas deben indexarse, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) al momento del pago certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

PARÁGRAFO 2o. Para el caso del pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación será reconocida con base en el último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica las Administradoras de Riesgos Laborales deberán asumir el pago de la cotización a pensiones y salud, correspondiente a los empleadores o de los trabajadores independientes, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un Ingreso Base de Cotización equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley [100](#) de 1993”

⁶ Según reporte expedido por la ARL POSITIVA (CD folio 100) las incapacidades se otorgaron así:

Inicio	Fin	Días de Incapacidad
27/07/2015	31/07/2015	5
01/08/2015	15/08/2015	15
16/08/2015	14/09/2015	30
15/09/2015	29/09/2015	15
30/09/2015	14/10/2015	15
15/10/2015	29/10/2015	15
30/10/2015	28/11/2015	30

la base de \$144.800 (\$4.344.000 dividido 30), debió cancelársele por parte de las demandadas la suma de **\$162.900.000,00.**

En tal sentido, verificados los comprobantes de pago de nómina allegados por la demandada CARBONES DEL CERREJON (folios 157 a 166) se observa que bajo el rubro denominado “*enfermedad profesional*” entre julio de 2015 y noviembre de

29/11/2015	28/12/2015	30
29/12/2015	27/01/2016	30
28/01/2016	26/02/2016	30
27/02/2016	07/03/2016	10
08/03/2016	22/03/2016	15
23/03/2016	29/03/2016	7
30/03/2016	28/04/2016	30
29/04/2016	18/05/2016	20
19/05/2016	30/05/2016	12
31/05/2016	29/06/2016	30
30/06/2016	29/07/2016	30
30/07/2016	28/08/2016	30
29/08/2016	27/09/2016	30
28/09/2016	27/10/2016	30
28/10/2016	26/11/2016	30
27/11/2016	11/12/2016	15
12/12/2016	31/12/2016	20
01/01/2017	30/01/2017	30
31/01/2017	01/03/2017	30
02/03/2017	16/03/2017	15
17/03/2017	15/04/2017	30
16/04/2017	15/05/2017	30
16/05/2017	31/05/2017	16
01/06/2017	30/06/2017	30
01/07/2017	30/07/2017	30
31/07/2017	29/08/2017	30
30/08/2017	28/09/2017	30
29/09/2017	28/10/2017	30
29/10/2017	27/11/2017	30
28/11/2017	27/12/2017	30
28/12/2017	26/01/2018	30
27/01/2018	25/02/2018	30
26/02/2018	27/03/2018	30
28/03/2018	26/04/2018	30
27/04/2018	26/05/2018	30
27/05/2018	25/06/2018	30
26/06/2018	25/07/2018	30
26/07/2018	24/08/2018	30
TOTAL DIAS DE INCAPACIDAD		1125

2018 (folios 163 a 166) al demandante se le pagaron **\$199.066.227,00**,
discriminados así:

PAGADO EMPLEADOR	
ago-15	\$ 2.896.000,00
sep-15	\$ 4.344.000,00
oct-15	\$ 4.344.000,00
nov-15	\$ 6.516.000,00
dic-15	\$ 4.344.000,00
ene-16	\$ 4.344.000,00
feb-16	\$ 4.344.000,00
mar-16	\$ 3.620.000,00
abr-16	\$ 5.357.600,00
may-16	\$ 2.896.000,00
jun-16	\$ 6.081.600,00
jul-16	\$ 4.344.000,00
ago-16	\$ 4.344.000,00
sep-16	\$ 4.344.000,00
oct-16	\$ 4.344.000,00
nov-16	\$ 4.344.000,00
dic-16	\$ 2.172.000,00
ene-17	\$ 4.344.000,00
feb-17	\$ 4.199.200,00
mar-17	\$ 5.212.800,00
abr-17	\$ 4.344.000,00
may-17	\$ 4.344.000,00
jun-17	\$ 6.660.800,00
jul-17	\$ 6.229.987,00
ago-17	\$ 6.229.987,00
sep-17	\$ 7.377.170,00
oct-17	\$ 7.377.170,00
nov-17	\$ 6.229.987,00
dic-17	\$ 7.377.170,00
ene-18	\$ 7.377.170,00
feb-18	\$ 7.812.420,00
mar-18	\$ 8.159.002,00
abr-18	\$ 7.812.420,00
may-18	\$ 7.812.420,00
jun-18	\$ 7.812.420,00
jul-18	\$ -
ago-18	\$ 15.624.840,00
sep-18	\$ -
oct-18	-\$ 6.249.936,00
nov-18	\$ -
TOTAL PAGADO	\$ 199.066.227,00

En ese sentido, es claro que al actor se le cancelaron **\$36.166.227,00**⁷ más de lo que correspondía por subsidio de incapacidad laboral, de allí que no se le adeude suma alguna. Es importante anotar, no encuentra la Sala razón alguna para que a partir del periodo julio de 2017 se haya aumentado el Ingreso Base de Cotización para liquidar la incapacidad –de \$4.344.000 a \$6.229.987- pues, como se advirtió las incapacidades fueron continuas e ininterrumpidas y debían ser liquidadas con el último IBC reportado antes de iniciar la incapacidad.

Además de lo dicho, según el detalle de pagos incorporado por la ARL POSITIVA, esa administradora giró al empleador la suma de \$247.495.975,00 (CD folio 130) incluido la carga correspondiente al aporte a seguridad social en salud y pensión del que debe hacerse cargo, actuar que se enmarca en lo regulado en los parágrafos segundo y tercero del artículo tercero de la Ley 776 de 2002⁸, esto es, esta demandada tampoco se encuentra pendiente de cancelar suma alguna al demandante.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por el recurrente en la alzada, y en esa medida, habiéndose arribado a idénticas conclusiones a las vertidas por el juez de primer grado, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁷ Resultado de restarle a \$199.066.227 –pagados por el empleador- los \$162.900.000 –que correspondían a 1125 días de incapacidad sobre un IBC mensual de \$4.344.000 o lo que es igual \$144.800 diarios-

⁸ **ARTÍCULO 3o. MONTO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL.**
(...)

PARÁGRAFO 2o. Las entidades administradoras de riesgos profesionales deberán asumir el pago de la cotización para los Sistemas Generales de Pensiones y de Seguridad Social en Salud, correspondiente a los empleadores, durante los períodos de incapacidad temporal y hasta por un ingreso base de la cotización, equivalente al valor de la incapacidad. La proporción será la misma establecida para estos sistemas en la Ley 100 de 1993.

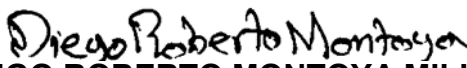
PARÁGRAFO 3o. La Administradora de Riesgos Profesionales podrá pagar el monto de la incapacidad directamente o a través del empleador. Cuando el pago se realice en forma directa la Administradora deducirá del valor del subsidio por incapacidad temporal el porcentaje que debe cotizar el trabajador a los otros subsistemas de Seguridad Social, valor que deberá trasladar con el aporte correspondiente del empleador señalado en el parágrafo anterior, a la EPS o Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador en los plazos previstos en la ley”(Negrilla y subrayas de la Sala).

RESUELVE

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

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

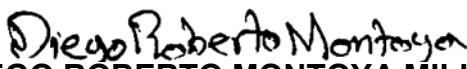
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

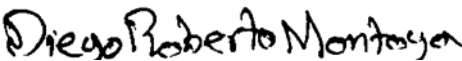
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ANGEL VERU
TRUJILLO e IRENE GÓMEZ DE VERU CONTRA LA UNIDAD
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP- y como interviniente
excluyente CAMILO ANDRES VERU VALENCIA (RAD. 17 2018 00279 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado HERNAN FELIPE JIMENEZ SALGADO como apoderado sustituto de la UGPP, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por el Dr. RICHARD GIOVANNY SUAREZ TORRES en su calidad de apoderado judicial de la firma RST ASOCIADOS PROJECTS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por únicamente por la demandada UGPP, mediante correo electrónico del 14 de diciembre de 2020, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de

noviembre del 2020 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 29:33, audio 4, acta de audiencia expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas en relación a las pretensiones de los demandantes, por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP–.

SEGUNDO: DECLARAR que a los señores IRENE GÓMEZ DE VERÚ y LUIS ÁNGEL VERÚ TRUJILLO, no les asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes en razón al fallecimiento de su hijo LUIS VERÚ GÓMEZ, quien en vida se identificaba con la C.C.12.075.239, según las razones expuestas.

TERCERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, de todas las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes señores GÓMEZ DE VERÚ y VERÚ TRUJILLO.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a los demandantes, en firme esta providencia por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$250.000 M/Cte.

QUINTO: Se dispone **LA CONSULTA** con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de los demandantes en las condiciones ya señaladas.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpone recurso de apelación manifestando si bien el causante tenía un hijo al momento de su fallecimiento, el cual contaba con 17 años de edad y se encontraba a 17 días de cumplir la mayoría de edad, lo cierto es que este no cumple con ninguno de los requisitos para acceder a la sustitución pensional objeto de este litigio, puesto que no existe prueba documental alguna que acredite que el hijo del causante desde el año 2013 en adelante, se encuentre discapacitado para trabajar en razón a sus estudios, precisando éste fue vinculado al proceso como interviniente excluyente sin obtener con éxito la comparecencia del mismo para la defensa de sus intereses.

Afirma, el interviniente no ha iniciado trámite para el reconocimiento de una sustitución pensional por el deceso de su padre, por lo que al no existir compañera o cónyuge ni el hijo que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, los padres del pensionado tienen derecho a acceder a la prestación económica siempre y cuando los mismos hubieren dependido económicamente del pensionado, requisito que en su sentir se encuentra

ampliamente demostrado en autos¹. (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:13, audio 4, acta de audiencia expediente digital)

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, las pretensiones relacionadas a folio 1 del expediente digital, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 1 y 2 del mencionado expediente, aspirando principalmente se declare son los únicos beneficiarios de la sustitución pensional generada por el deceso de su hijo Luis Veru Gómez (q.e.p.d) por lo que no le asiste derecho a Camilo Andrés Veru Valencia, en consecuencia se condene al pago de la prestación pensional desde el 8 de noviembre del 2013 en un 100% de la pensión que venía percibiendo el causante en vida, junto con los intereses

¹ “Señor juez, en este estado procesal me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho y paso a sustentar dicho recurso de la siguiente manera:

Si bien es cierto, la normatividad nos indica que a falta de su cónyuge o compañera permanente, le asiste derecho a la sustitución los hijos a los hijos menores de 18 años y a los hijos mayores de 18 y hasta los 25 siempre y cuando estos se encuentren incapacitados para trabajar por razón de sus estudios, o sean sus hijos discapacitados.

Como vemos en el presente expediente, en el registro de nacimiento obrante en el plenario, el señor Luis Verú Gómez procreó con su señora Luz Stella Valencia su hijo de nombre CAMILO ANDRÉS VERÚ VALENCIA, quien nació el 25 de noviembre de 1995, que para la fecha del fallecimiento del señor Verú Gómez que data del 8 de noviembre de 2013, contaba con 17 años de edad y se encontraba a 17 días de cumplir la mayoría de edad.

Conforme a estos requisitos establecidos en la ley, vemos que el señor VERÚ VALENCIA, hijo del causante, no cumple con ninguno de los mismos para acceder a la sustitución pensional objeto de este litigio, puesto que no existe una prueba documental alguna que pruebe que el hijo del causante desde el año 2013 en adelante, se encuentre discapacitado para trabajar en razón a sus estudios. De igual manera, el mismo fue incluido en el estudio de este proceso como interviniente excluyente sin obtener con éxito la comparecencia del mismo para la defensa de sus intereses.

De igual manera, el interviniente tampoco ha iniciado trámite por aparte para el reconocimiento de una sustitución pensional para el deceso de su padre, y ahora bien, como al no existir compañera o cónyuge ni el hijo que cumpla con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, los padres del pensionado tiene derecho a acceder a la prestación económica siempre y cuando los mismos hubieren dependido económicamente del pensionado.

En el presente caso, señor juez, considero que el requisito de la dependencia económica de los padres quedó ampliamente demostrado y por lo tanto, solicito al Honorable Tribunal reconozca la pensión sobreviviente al señor LUIS ANGEL VERÚ TRUJILLO e IRENE GÓMEZ DE VERÚ.

Muchas gracia señor juez.”

moratorios, la indexación de las sumas adeudadas, costas procesales, derechos *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia desfavorable** a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que los demandantes no tienen derecho a la pensión toda vez que el de cujus procreó un hijo y su existencia prima sobre el derecho que pretenden reclamar, pues el hijo desplaza a los demás beneficiarios, precisando si bien éste no se presentó al proceso ello no significa su renuncia a la pensión, igualmente aduce que aunque eventualmente las mesadas pensionales que le hubiesen podido corresponder se pueden encontrar afectadas por la prescripción, el derecho no prescribió y en esa medida es claro que no pueden desconocerse los órdenes de beneficiarios señalados en la ley

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el señor LUIS VERU GOMEZ falleció el 8 de noviembre del 2013 conforme al registro civil de defunción visible a folio 25, como tampoco que éste se encontraba pensionado por el ISS desde el 24 de marzo de 1996, entidad que le otorgó una Pensión de Invalidez de Origen Profesional a través de la Resolución No. 000953 de 1999 (ver fl. 12 expediente digital). Igualmente se tiene que los señores LUIS ANGEL VERU TRUJILLO e IRENE GÓMEZ DE VERU ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que se constata con la documental visible a folio 7 del expediente digital.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 18 de noviembre del 2013 (fl. 25), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003 y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente, precisando la Ley 776 del 2002 en su artículo 11 dispuso: *“Si como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales, tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes las personas descritas en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y su reglamentario”*

De este modo se tiene, el citado artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 consagró quienes resultan ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes así:

- a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*
- b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

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

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

- 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 cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales,~~ mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;*
- d) *<Aparte tachado INEXEQUIBLE> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente ~~de forma total y absoluta~~ de este;*
- e) *<Literal CONDICIONALMENTE exequible> A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.*

PARÁGRAFO. *Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.*

En este orden de ideas y atendiendo lo dispuesto por la norma citada, advierte esta Sala de decisión que los órdenes de beneficiarios establecidos anteriormente son excluyentes, de manera que los beneficiarios del literal b únicamente tendrán derecho al reconocimiento si no hay beneficiarios del literal a, y los beneficiarios del literal c únicamente tendrán derecho si no existen beneficiarios de los literales a y b) y así sucesivamente.

Por manera que en el caso de autos se tiene que el de cujus como en efecto lo refiere la apelante procreo un hijo de nombre CAMILO ANDRES VERU VALENCIA quien nació el 25 de noviembre de 1995 (ver registro civil de nacimiento de folio 12 expediente digital), por ende para el 8 de noviembre del 2013, tenía 17 años de edad, acreditándose con ello ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes conforme al literal C de la norma precitada, esto es, ser hijo menor de 18 años, para el momento del fallecimiento.

En esta dirección bien vale la pena traer a colación lo dispuestos por el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994², que en su párrafo segundo prevé: *“La extinción del*

² Artículo compilado en el artículo 2.2.8.2.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016. Debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 3.1.1 del mismo Decreto 1833 de 2016:

La pensión de sobrevivientes se distribuirá, en los sistemas generales de pensiones y de riesgos profesionales, así:

1. El 50% para el cónyuge o compañera o compañero permanente del causante, y el otro 50% para los hijos de éste, distribuido por partes iguales.

A falta de hijos con derecho o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá al cónyuge o compañera o compañero permanente del causante con derecho.

A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente o cuando su derecho se pierda o se extinga, la totalidad de la pensión corresponderá a los hijos con derechos por partes iguales.

2. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la pensión de sobrevivientes, corresponderá en su totalidad a los padres con derecho, por partes iguales.

3. Si no hubiese cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o padres con derecho, en el régimen de prima media con prestación definida y en el sistema general de riesgos profesionales, la pensión corresponderá a los hermanos inválidos con derecho por partes iguales, y en el régimen de ahorro individual los recursos de la cuenta individual harán parte de la masa sucesoral de bienes del causante.

PARAGRAFO 1o. Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden.

PARAGRAFO 2o. La extinción del derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes.

Igual disposición se aplicará para los beneficiarios descritos en el numeral 2o.

derecho de los beneficiarios del orden indicado en el numeral 1o. de este artículo, implicará la expiración de la pensión sin que pase a los siguientes órdenes. Igual disposición se aplicará para los beneficiarios descritos en el numeral 2o.”, esto quiere decir, que aun cuando el hijo del de cujus 17 días después de la muerte de su progenitor (08/11/2013) hubiese alcanzado los 18 años de edad y por ende tendría que acreditar la incapacidad para trabajar por razón de sus estudios, lo cierto es que en este especial caso, para el momento de la muerte del causante (08/11/2013) CAMILO ANDRES VERU VALENCIA era **hijo menor de edad** (tenía 17 años), acreditando con ello su vocación de beneficiario y al existir esta calidad (hijo menor de 18 años) es claro como lo señaló el Juez de primer grado que desplazó a los demás beneficiarios, en concreto a los padres del causantes ahora aquí demandantes, precisándose a la apelante la extinción del derecho de uno de los beneficiarios implica la expiración de la pensión sin que pase a los órdenes siguientes, como pretende se realice dentro del presente asunto.

Sobre este punto, en su caso de similares connotaciones la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL 3781 del 4 de septiembre 2018 señaló:

“Al respecto se tiene que, tal como lo advierte la réplica, no es cierto que el Tribunal hubiera denegado el derecho pensional de los demandantes, luego de haber aplicado analógicamente normas de naturaleza civil, sino que su análisis jurídico se basó, esencialmente, en el entendimiento que tuvo de los artículos 74 de la Ley 100 de 1993 y 8° del Decreto 1889 de 1994 y, fundado en tales normas, consideró que los padres del afiliado sólo podrían acceder a esa prestación «a falta de cónyuge», lo que en el caso en estudio no había ocurrido, en tanto la esposa como la hija del causante se encontraban vivas al momento del deceso, por lo que era posible entender que en aquellas se había radicado esa pensión, así hubiese sido por un instante.

(...)

Ello, por cuanto el citado artículo 74 de la Ley 100 de 1993, al señalar los beneficiarios de la protección de supervivencia en unos órdenes precisos y excluyentes, ubica en primer lugar al cónyuge, compañero o compañera permanente y a los hijos del causante que «a la fecha de fallecimiento» de éste se encuentren en las situaciones específicas allí previstas y sólo ante la ausencia de los hijos y de cónyuge o compañera, los padres que dependieran económicamente de aquél, pueden considerarse como llamados a obtener esa prestación.

Entonces, (...) siendo un hecho indiscutido que tanto la cónyuge como la hija del afiliado causante le sobrevivieron a éste al menos unas horas luego de su fallecimiento, es claro que los padres demandantes no llegaron a tener aptitud

PARAGRAFO 3o. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos sucesorales a que haya lugar.

jurídica para aspirar a la prestación de supervivencia, al no configurarse el presupuesto de la norma referido a la falta de cónyuge o compañera e hijos con derecho, quienes son las llamadas de forma preferente a reclamar esa específica prestación, precisamente, porque, como se dijo, al momento del deceso del afiliado, tanto su cónyuge como su hija, primeras ubicadas en el orden prestacional, se encontraban vivas.

*Y si bien es cierto que el derecho a la pensión de sobrevivientes exige presupuestos específicos para su adquisición, los cuales deben estar satisfechos por quien lo pretende (CSJ SL2190 -2018) –por ejemplo, la cónyuge debe acreditar, el requisito de convivencia-, es claro que, **al menos, la hija del causante, en su condición de menor de edad, sí estructuró un derecho preferente a obtener esa prestación por virtud legal, y, en esa medida, en ella se configuró ese beneficio entre el momento en que falleció su padre** y hasta cuando ella perdió la vida, circunstancia que descartó la posibilidad de que los padres pudieran reclamarla.*

(...) las normas laborales que se aplican de manera especial en este caso, consagran un derecho para los padres dependientes económicamente del causante sólo ante la ausencia, al momento de su fallecimiento, de cónyuge, compañera permanente e hijos, lo que, se insiste, no ocurrió en este evento.” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

Conforme a lo anterior, reitera la sala en el caso de autos el derecho pensional se radicó en cabeza del hijo del causante, aunque hubiera sido por solo 17 días (del 8/11/2013 -fecha del deceso- al 25/11/2013 –cumplimiento 18 años-), y en esta medida una vez se agotó el derecho para éste beneficiario dispuesto en un específico orden por mandato de ley, se produjo la extinción del derecho pensional.

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

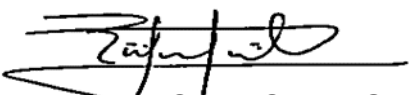
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

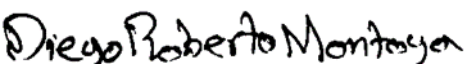
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

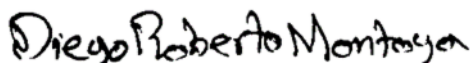
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS ARTURO
MUNEVAR GUERRERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 17 2019 00450 01).**

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

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, como representante legal de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COLPENSIONES mediante correo electrónico del 15 de febrero del 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

14 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual, record 42:20, acta a folios 113 a 116), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- según las razones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS ARTURO MUNEVAR GUERRERO identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.201.984 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** el demandante en firme esta sentencia, practíquese por secretaria la liquidación incluyéndose agencias en derecho a su cargo por valor de \$ 300.000 M/Cte.

CUARTO: Se dispone la **CONSULTA** a favor del demandante en las condiciones ya señaladas.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo que el demandante está amparado por una especie de imprecisión jurisprudencial de la corte constitucional, porque si bien es cierto en el momento actual opera la prescripción, para la época que se presentó la demanda y se hizo la petición a Colpensiones estaba vigente un pronunciamiento de la honorable corte constitucional que manifestaba que el incremento pensional hacia parte de la pensión y como la pensión era imprescriptible, dicho incremento también.

Por otro lado se encuentra en desacuerdo con la condena en costas estimando las mismas no proceden, en atención a que para el momento de la presentación de la demanda y del reclamo ante Colpensiones el actor se encontraba amparado bajo una posición jurisprudencial que hacia viable su derecho, por lo que solicita se exima de su pago¹. (Audiencia virtual, record 43:23).

¹ “Si su señoría de forma respetuosa me permito interponer el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de emitir señor juez. En forma breve mis argumentos son los siguientes:

Estoy completamente de acuerdo con la parte inicial de la sentencia donde el señor juez hace un análisis acertadísimo de la procedencia del incremento pensional a favor del demandante en el sentido de dar aplicación al decreto 758 de 1990 y acuerdo 090 de 1990, no sucede lo mismo en el aparte correspondiente a la prescripción que acaba de dar un reporte negativo a las pretensiones de la demanda, considero que el señor apoderado el señor demandante está amparado por una especie de imprecisión jurisprudencial de la corte constitucional, pues si bien es cierto en el momento actual opera la prescripción –prescriptibilidad- del incremento pensional para la época que se presentó la demanda y se hizo la petición a Colpensiones estaba vigente un pronunciamiento de la honorable corte constitucional que manifestaba que el incremento pensional hacia parte de la pensión y como la pensión era imprescriptible, en efecto como su señoría lo acaba de mencionar en el fundamento de la sentencia en este momento procesal opera la prescriptibilidad dejando por fuera al demandante, no sucedió lo mismo para la época de la demanda, considero yo que así fuera de manera temporal la corte constitucional le otorgo un derecho al señor Munevar para poder en cualquier tiempo reclamar el pago del incremento pensional del 14 % me parece a mí y espero que el

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor LUIS ARTURO MUNEVAR GUERRERO, las pretensiones relacionadas a folio 6 del expediente electrónico, las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folios 2 a 4, encaminadas a obtener el reconocimiento y pago debidamente indexado del incremento pensional del 14% por su esposa, sobre la pensión mínima legal, desde la fecha en que se efectuó el reconocimiento de la pensión, en adelante y mientras subsistan las causas que dieron origen, sobre 14 mesadas pensionales al año, junto con los incrementos anuales correspondientes y las costas del proceso que incluyan las agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que el derecho al reconocimiento de los incrementos pensionales solicitados prescribió, dado que la reclamación de los incrementos se presentó cuando ya se había superado el término trienal para la operancia del fenómeno prescriptivo.

Establecido lo anterior, previo a abordar el estudio de fondo, ha de señalarse, no fue motivo de controversia la calidad de pensionado ostentada por el demandante, tal como puede verificarse con la Resolución GNR 202715 del 9 de agosto del 2013 (fls. 37 a 42)² mediante la cual se le reconoció pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición, y aplicando concretamente el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, concediendo la prestación a partir del 1º de agosto del 2013 (fl. 41).

honorable tribunal acoja mis argumentos en el sentido y la forma que ya acabare de fundamentar y es que en forma temporal la corte constitucional revistió de derecho al señor Munevar para hacer la reclamación sin estar fuera del termino de prescripción, en este sentido señor juez difiero de la sentencia y propongo en estos términos. En segundo lugar con respecto a la prescripción de la acción por el incremento del 14%,

En el otro sentido que tiene que ver con la sanción que se le impone en costas a mi cliente , estimo señor juez que no son procedentes máxime cuando el señor Munevar al momento de la presentación de la petición a Colpensiones y esta demanda estaba amparada de una posición del organismo autorizado como lo es la Honorable Corte Constitucional en donde daba un aval para la no prescripción de este derecho de incremento pensional señor juez por lo que solicito también se exima de pago de multas y costas al demandante como consecuencia además de la revocatoria de la sentencia en los términos que acabo de exponer, muchísimas gracias.”

² Notificada el 28 de agosto del 2013 (fl. 36).

En ese orden de ideas, en virtud del principio de consonancia, la Sala entra a resolver el punto de inconformidad planteado por la parte actora, esto es, lo referente a la aplicación del fenómeno jurídico extintivo de la prescripción³, medio exceptivo propuesto en oportunidad por la encartada⁴, que en caso de prosperar, cobija el incremento por cónyuge o compañera a cargo como lo determinó el fallador de primera instancia.

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

Conforme a lo anterior y para desatar el punto de apelación del demandante, baste con señalar, independientemente de la fecha en que se haya interpuesto la demanda, se tiene que el criterio mencionado ha sido el acogido por esta Sala de decisión, conforme se ha estimado desde la Sentencia Rad. No. 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, y recientemente la Sentencia SL-1585 de 2015 radicado 45197, el cual incluso de acompasa ahora con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, acogéndose la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887⁵, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta

³ Al tenor de lo señalado por el H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de agosto de 2005 dentro de la radicación 24204, es procedente estudiar el medio exceptivo previo al estudio de la causación del derecho.

⁴ En la contestación de la demanda (fls. 55 y 56) la cual se admitió por el juzgado mediante auto del 8 de octubre del 2020 (fls. 83 y 84)

⁵ “ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

temática, siendo ello plausible, sin que existan dudas o normas contradictorias que pudieren dar lugar a la aplicación de principios de rango constitucional.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional se realizó a través de Resolución GNR 2027715 del 9 de agosto del 2013 (fol. 37 a 42) notificada el 28 de agosto de ese año (fl. 36), presentando el actor reclamación administrativa tan solo hasta el 18 de mayo del 2018 (fls. 30 y 31), la cual fue resuelta negativamente por la encartada el 22 de mayo del 2018 (fls. 10 y 11), es decir, entre la fecha de exigibilidad del derecho y la data de su reclamación, se superó con suficiencia el término trienal previsto para la operatividad de la prescripción conforme el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S. y, en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos, dentro del lapso consagrado por la normatividad laboral, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión de primera instancia.

Finalmente, frente al punto de apelación de la promotora del litigio relacionado con la condena en costas, ha de recordarse el legislador nacional ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, las costas corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el numeral 1o del artículo 392 del C.P.C, ahora artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio, por manera que al haber sido desfavorable la sentencia de primer grado al demandante, lo atinente a derecho es que sea condenado en costas, confirmándose en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado de declarar probada la excepción de prescripción.

SIN COSTAS en esta instancia.

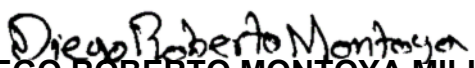
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PABLO ENRIQUE
CASTELLANOS RODRÍGUEZ CONTRA TRANSPORTES TEV S.A.S (RAD. 19
2016 00025 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, sin que las partes hubieran presentado los alegatos de conclusión, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada TRANSPORTES TEV S.A.S contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 7 de octubre de 2020 (Cd a folio 239, récord: 50:36, acta a folios 240 y 241), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor PABLO ENRIQUE CASTELLANOS RODRIGUEZ con cédula 79.140.202 y la sociedad de transporte TEW S.A (sic) con Nit. No. 09001424488-1 existió un contrato de trabajo cuya vigencia se dio entre 1 de marzo del 2011 hasta el 7 de junio del 2013 conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del despido ocurrido del 7 de junio del 2013 y por tanto ordenar a la sociedad de transporte TEV S.A. al reintegro del trabajador PABLO ENRIQUE CASTELLANOS RODRIGUEZ a su cargo o a uno de igual o mejor categoría acorde a sus capacidades físicas y aptitudes, si fuere necesario, a partir del 7 junio del 2013 y en adelante hasta que se verifique el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social dejados de percibir, salvo los pagos realizados en virtud del reintegro en cumplimiento de la orden de tutela proferida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de este distrito judicial dentro de la*

acción de tutela 2013-014330, si los hubiese, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la sociedad demandada sociedad de transporte TEV S.A de las demás pretensiones incoadas por el demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Se ordena **CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandada se deben tasar por la secretaría del despacho.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando, el despido no es una sanción, y aunque se acordó entre las partes un procedimiento, el mismo se cumplió por parte de la empresa el cual culminó, no con la imposición de una sanción sino con el despido por no haberse justificado la inasistencia al sitio de trabajo por parte del trabajador, lo cual generó un retardo en la operación y la causación de perjuicios.

En ese mismo sentido, refiere nada tuvo que ver “*su fuero de salud*” con el despido, como lo alega la parte actora, pues este no obedeció a la reducción de la capacidad laboral del trabajador sino al incumplimiento de este de las obligaciones establecidas en el contrato de trabajo en la cual se prevé la falta.

Refiere, debe tenerse en cuenta la mala fe del demandante en razón a que, aunque por virtud de una acción de tutela que le resultó favorable en primera instancia, se le requirió en dos oportunidades para reintegrarse este indicó que no estaba interesado en el reintegro sino que necesitaba una suma de dinero.

Por otra parte, comenta, esa sociedad no tiene vehículos propios que se encuentren operación y no tiene conductores vinculados, por lo que no resulta posible materialmente el reintegro del convocante porque no tendría donde ocuparlo¹ (Cd a folio 239, récord: 52:20, acta a folios 240 y 241).

¹ “Gracias señora juez. Estando en la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo proferido en esta instancia, habida cuenta que si bien es el despido como lo manifiesta la Corte Suprema de Justicia no es una sanción, el despido fue y como las partes acordaron que se debía hacer un proceso disciplinario previo a la imposición o a la toma de una decisión la empresa cumplió con todos y cada uno de los procedimientos para sancionarlo, sin embargo la determinación de la empresa no fue imponer una sanción sino dar por terminado el contrato de trabajo, habida cuenta el perjuicio que ha causado el señor Castellanos al no tener ninguna justificación de no asistir al sitio de trabajo, generando un retardo en la operación y unos perjuicios que pues en su momento se causaron.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante PABLO ENRIQUE CASTELLANOS RODRÍGUEZ en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda (folios 9 a 12), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 9, encaminadas principalmente a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de marzo de 2011 y el 7 de junio de 2013, el cual finalizó sin justa causa y de manera ilegal pues se produjo cuando el actor se encontraba enfermo, esto es, fue despedido por sus condiciones de discapacidad o limitación física, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo. En consecuencia, pretende se condene a la demandada a reintegrarlo de manera definitiva al cargo que venía desempeñando en la empresa o a otro de igual o superior categoría cuando se dio por terminado unilateralmente el contrato de trabajo y que sea acorde a su condición, junto con los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social

Claramente está demostrado que no tiene nada que ver el tema de su fuero de salud con el despido, o sea no tiene nada que ver lo que señala el artículo 26 de la ley 361 en razón a que el despido del señor Castellanos como lo pretende la demanda se debía a su plusvalía o a su reducción de pérdida de capacidad laboral. En el contrato de trabajo está consagrado que él puede ser despedido por incumplir una sola vez, eso está consagrado en el contrato de trabajo, entonces eso es una ley para las partes, esa es una condición muy particular entre las partes y ahí está consagrado que esa falta, el incumplimiento, la negligencia puede generar el despido que fue lo que sucedió en este caso, entonces solicito al honorable tribunal revocar la sentencia en ese sentido, solicitar al despacho al tribunal tener en cuenta la mala fe del señor Castellanos habida cuenta que a través de una acción de tutela pretendía el reintegro y lo logro en primera instancia y el señor no acudió a trabajar pese a que se le requirió en dos oportunidades y pues su única manifestación es que al él no le interesaba el reintegro sino que necesitaba una suma de dinero.

También es importante manifestarle al tribunal que en este momento transportes TEV S.A no tiene vehículos propios no está operando directamente la compañía, no tiene conductores vinculados en una operación determinada y es imposible reintegrarlo al cargo de conductor porque no tiene, no habría donde ocuparlo, ni tenemos vehículos para que él eventualmente desempeñe su función; además reitero no hay lugar al reintegro teniendo en cuenta que la compañía actuó conforme a lo señalado en el contrato de trabajo, en el reglamento de trabajo y en la convención colectiva inicio el proceso sancionatorio y le determinó que el señor castellanos fuera despedido de la compañía habida cuenta que si bien al corte manifiesta que el despido no es una sanción, se pactó en una convención que se debía hacer un proceso disciplinario previo tomar una decisión, entonces la compañía tomo la decisión de despedir al trabajador claramente y así lo manifestó en la sentencia que no tiene nada que ver el tema de su discapacidad con el tema del despido del trabajador, sino que esto obedece al incumplimiento de sus obligaciones propias que como trabajador tenía, entonces solicito al Honorable Tribunal revocar la sentencia en ese sentido, gracias señora juez.

En esos términos está expuesto mi recurso de apelación, le solicito respetuosamente sea concedido para el honorable tribunal decida la instancia.”

integral hasta cuando se haga efectiva la reincorporación al servicio, debidamente indexados. Además pidió, se mantuviera su vinculación hasta tanto contara con un concepto médico favorable de rehabilitación o se emita nueva evaluación que determine un porcentaje mayor de pérdida de capacidad laboral o se consolide el derecho a la pensión y/o el pago de nueva indemnización.

En subsidio del reintegro, solicitó se reconozca y pague a su favor la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato, conforme lo previsto en el artículo 64 del C.S.T., así como la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la sanción moratoria y la indexación.

Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus aspiraciones, en tanto, se condenó a la demandada a reintegrar al actor a un cargo de igual o de superior jerarquía al que se encontraba desempeñando al momento del despido y que se encuentre acorde a sus capacidades físicas y aptitudes, disponiendo el pago a favor de este último, de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir entre el despido y el reintegro. Lo anterior, tras considerar, de una parte, que al momento de la terminación del vínculo el demandante se encontraba con recomendaciones médicas e incapacidades por lo que para proceder al despido se requería el permiso del Ministerio del Trabajo, y de otra, que la sanción impuesta al trabajador fue excesiva por cuanto la inasistencia a laborar por una sola vez, según el reglamento interno de la empresa, tenía como consecuencia la imposición de una sanción correspondiente a una suspensión del trabajo y no el despido, y en esa medida, la terminación resultaba ineficaz, siendo procedente el reintegro respectivo.

Establecido lo anterior se abordará el estudio del recurso de apelación interpuesto por la encartada, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 1 de

marzo de 2011 y terminó el 7 de junio de 2013 por decisión unilateral de la empleadora, aspecto que además de haber sido excluido del debate probatorio por la aceptación de las partes, se constata con la documental de folios 47, 88, 117 y 156 a 160.

Del mismo modo, y teniendo en cuenta los estrictos términos en que fue propuesta la alzada, no se controvierte en esta instancia que el demandante al momento de finalizar su contrato de trabajo se encontraba cobijado por la garantía foral de la estabilidad laboral reforzada por salud, situación así discurrida en la sentencia de primer grado, sin que respecto de dicha conclusión se formulara reparo alguno, en tanto el recurso se circunscribió a demostrar la justeza del despido.

Así las cosas, previo a analizar lo que corresponda frente a la existencia de una justa causa en la terminación del contrato, valga recordar, fundó sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 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, según lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por el órgano de cierre de esta jurisdicción, pueden resumirse así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “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 minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca

de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...” (Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

*(...) 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 prejuicio 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.

e) Radicado SL2841 de 2020:

“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas «en condición de discapacidad», es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona. No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o demostrar la existencia de una justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En esa dirección, ha de señalarse, el vínculo laboral entre las partes terminó efectivamente el 7 de junio de 2013, comunicada mediante misiva de esa misma fecha, por decisión unilateral de la empleadora (folio 88), y en ese sentido, como quiera que no existe discusión frente la aplicabilidad de la ya mencionada Ley 361 de 1997 a favor del demandante, se presume que el despido se produjo por el estado de salud del convocante del juicio.

No obstante, a tono con la postura jurisprudencial sobre esta materia y a la cual se hizo alusión al inicio de esta providencia, mientras al demandante le corresponde probar el estado de debilidad manifiesta, lo que en el caso de autos se encuentra acreditado, a la demandada le atañe probar que la terminación operó con justa causa -como lo alega la pasiva-, desvirtuando de esta forma la mentada presunción.

En ese orden, en lo que corresponde al despido sin justa causa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., “*En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)*” por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se

incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.²

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 7 de junio de 2013 (folio 88 y 166), de la que se tiene certeza fue entregada en esa fecha al accionante, dado que así lo expuso él mismo en los hechos del libelo introductor (hecho 31, folio 7), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes (folios 88 y 166):

“Con la presente la empresa se permite comunicarle la terminación de su contrato de trabajo por JUSTA CAUSA comprobada, con fecha de hoy, conforme a los siguientes hechos y razones:

El pasado 31 de mayo estaba programado para iniciar su turno a las 10 p.m. en el centro de distribución de auto sur y bajo el argumento de no tener plata para el transporte se niega sistemáticamente a la ejecución de la labor generando retrasos e incumplimientos en la operación, además se le dotó de un equipo celular para mantener comunicación con sus jefes y lo apagó quedando incomunicado desde el viernes y hasta el martes. Lo anteriormente mencionado denota negligencia de su parte y se constituye en una falta grave de indisciplina que no es de aceptación por parte de la empresa.

² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.”* la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...”

La determinación de la empresa se sustenta en lo normado en los numerales 6 y 10 del literal a) artículo 7° del Decreto 2351 de 1.965, y de acuerdo con la cláusula décima segunda literal c) del contrato de trabajo suscrito con usted.

Sírvase hacer entrega de los elementos asignados para el desempeño de su labor y tramitar el paz y salvo correspondiente para el pago de sus acreencias laborales”

En ese orden frente a la causal invocada en la carta de despido, se advierte, la empresa demandada citó al actor a descargos, diligencia que se llevó a cabo el 7 de junio de 2013, según se dejó consignado en el acta por él suscrita (folios 86-87 y 161-165). En esa oportunidad se le acusa de “*indisciplina e incumplimiento de los inicios de ruta*”. En el trámite advirtió llevar 2 años 2 meses vinculado con la compañía, ocupando el cargo de conductor del vehículo con placas XFA600, operación centro ruta Tocancipá – Autosur, cuyas funciones describió como “*cumplir con los horarios, cuidar la carga y cuidado con el vehículo*”.

Al cuestionársele sobre el turno que tenía en la semana del 3 al 9 de junio, aludió “**no hay turno determinado depende** de la hora de entrega, eso es relativo” (subraya la Sala).

De igual forma, al indagarse cuál era el turno asignado para el 31 de mayo indicó que “*tenía que recibir el carro entre las 10 y 11 p.m. en autosur*”, sin embargo, también aclaró que no lo recibió.

Frente a este último se efectúan los siguientes interrogantes:

“Pta(porque (sic) motivo?

Rta/ porque no tuve plata para pagar el taxi.

Pta/ a quien (sic) le informo (sic) que no iba hacer (sic) el viaje?

Rta/ dos días antes le había dicho a Ciro hernandez (sic) que no tenía plata para transportarme en taxi a altas horas de la noche o la madrugada porque no me había repuesto la caja menor de \$261.000 en total

Pta/ en algún momento le aviso que no iba hacer (sic) el viaje?

Rta/ lo previne porque ya le había dicho que no tenía plata para el taxi.

(...)”

Adicionalmente, refirió que vivía en Soacha, que el taxi se lo autorizan a partir de las 10 de la noche, hasta antes de las 5 de la mañana, y aunque tenía claro que el carro se lo entregaban entre 10:00 y 11:00 p.m. no tomó transporte

normal a las 9:00 p.m. “*porque eran 2 horas de anticipación y no me podía venir tan temprano*”.

Sobre esto último, la diligencia se siguió en los siguientes términos:

“Pta/ quiere decir que usted prefirió negarse hacer (sic) el recorrido por no venirse con un tiempo de antelación?”

Pta/ (sic) simplemente no me vengo con tanta anticipación.

Pta/ cuanto (sic) tiempo hay de su casa en Soacha a autosur?

Rta/ con tanto trancón a veces 45 minutos o más, nunca he llegado tarde a recibir.

(...)

Pta/ le pareció más fácil no hacer el viaje que llegar con una hora de anticipación?

Rta/ no

Pta/ entonces porque (sic) no llego (sic)?

Rta/ porque no me vengo con tanta anticipación

Pta/ si no iba a hacer el viaje porque no aviso a seguridad?

Rta/ si yo avise a Jhonny

Pta/ a qué hora aviso (sic)?

Rta/ a las 9 p.m. más o menos

Pta/ ósea (sic) que ya tenía claro desde esa hora que no iba hacer (sic) el viaje?

Rta/ si porque yo sabía a qué hora llegaba el carro y no tenía plata para el taxi.

(...)”

Con relación al teléfono celular, dijo haberlo apagado a las 10:00 de la noche y encendido a las 8:00 a.m., momento en el cual recibió un mensaje de texto enviado por el Gerente de Operaciones, de ello, dedujo la entrevistadora, se advertía que el demandante tampoco pretendía laborar el sábado temprano, a lo que dijo no ser así por cuanto el sábado y el domingo había restricción, siendo su último turno el que finalizó el viernes 31 a las 6:30 p.m. (folio 87).

De manera insistente justifica su inasistencia al trabajo el 31 de mayo anterior, en la falta de recursos para proveerse el servicio de taxi que lo trasladara hasta el sitio donde tenía que recoger el vehículo que conducía, lo cual a su vez obedeció, según él, a que no le había sido repuesta la caja menor.

Las respuestas dadas por el trabajador en la diligencia de descargos, a juicio de esta Corporación, resultan ser prueba de confesión respecto a los hechos que le fueron endilgados.

Además de lo hasta aquí reseñado, en el asunto se recibió el interrogatorio de las partes y el testimonio de CARLOS ALFONSO VELOZA ROA.

Así, el representante legal (apoderado general) de transportes TEV S.A.S³, en lo que al punto interesa, no hizo alusión alguna a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que confluyeron en la terminación del contrato de trabajo suscrito con el actor, pues su intervención, según el cuestionario realizado por la contraparte y la juez, estuvo limitado a la verificación del cumplimiento de horas extras y lo relativo a la existencia de incapacidades, restricciones médicas o limitaciones en el desempeño de las labores a cargo del actor. Sin embargo, de su relato se destaca que el demandante no tenía un horario de trabajo determinado pues este dependía de la programación semanal o al aviso previo al inicio de la jornada.

A su turno, el actor al absolver el interrogatorio⁴ advirtió que el “*día que no pudo ir*” tenía gastados 284 mil pesos y el encargado de retornarle ese dinero le dijo que él contaba con una caja menor de 150 mil pesos, pero no tenía con qué pagar el taxi, que se comunicó con la empresa y le dijeron “*que mirara que hacía*”, informó a seguridad quienes le advirtieron que “*no podían hacer nada*”.

Por su parte el testigo CARLOS ALFONSO VELOZA ROA⁵, dijo conocer al actor desde el año 2008 y haber laborado con él en transportes TEV, y que “*tiene entendido*” que la terminación del contrato fue porque no se presentó a laborar un día, esto es, no le consta directamente cómo se produjo el despido del demandante. También señaló que contaban con una caja menos de 150 mil para gastos de carretera, pero se demoraban un poco en reintegrarlos, pero normalmente no se usaban cuando trabajaban dentro de Bogotá.

Así las cosas, a juicio de esta Sala el hecho atribuido al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentra acreditado, pues conforme al literal ñ) de la cláusula décima segunda del contrato de trabajo “*faltar al trabajo por dos (2) o más días consecutivos sin justificación aceptable o aún por la primera vez*” (Negrilla de la Sala) da lugar “*a la terminación unilateral del Contrato de Trabajo por parte de la Empresa, sin previo aviso y sin*

³ Audiencia realizada el 28 de agosto de 2017, récord 03:34, Cd folio 230, acta folios 231 y 232.

⁴ Audiencia realizada el 28 de agosto de 2017, récord 25:12, Cd folio 230, acta folios 231 y 232.

⁵ Audiencia realizada el 28 de agosto de 2017, récord 43:35, Cd folio 230, acta folios 231 y 232.

el pago de indemnización (...)” por tratarse de una falta calificada de antemano por las partes como grave (folio 158), situación que era conocida por el trabajador por estar así consignada en el instrumento contractual por el signado, advirtiéndolo, según los argumentos jurídicos que motivaron la misiva de despido, “*faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del patrono*”, que fue lo que acaeció en el sub lite, es una violación a una prohibición del trabajador expresamente contenida en el numeral 4 del artículo 60 del C.S.T., que en los términos del numeral 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del contrato que se califica dicha conducta como grave.

Pertinente resulta anotar, aunque el demandante justificó su ausencia al trabajo en la falta de recursos para sufragar el servicio de transporte hasta el sitio en el que debía recoger el vehículo que conducía, a juicio de la Sala ello no resulta en una justificación válida, por cuanto, salvo que así se pacte, no es obligación del empleador suministrar los medios de transporte para que el trabajador acuda a su sitio de trabajo, además, en el interrogatorio el actor advirtió que no era la primera vez que se tardaban en la reposición del dinero de la caja menor, sin que ello hubiere sido razón o impedimento para llegar a tiempo a su turno. Tampoco se explica en el horario en que debía efectuarse el traslado (10:00 p.m. a 11:00 p.m.) pues como lo aceptó el demandante en los descargos y se constata del contrato de trabajo (folio 157) este no estaba sujeto a ningún tipo de horario en razón a que la actividad se ejecutaba de forma intermitente y discontinua pues dependía de las restricciones al transporte, las circunstancias propias de la labor, el cargue y descargue de mercancías, entre otros, que no eran atribuibles directamente a la compañía, de allí que la falta a trabajar no esté debidamente justificada o autorizada y que se enmarque en la conducta tipificada en el contrato de trabajo como violación grave a sus obligaciones o prohibiciones.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida⁶, tal y como acaeció en

⁶ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo

autos. Así mismo, valga advertir, contrario a lo afirmado por el recurrente, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

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

Es importante precisar, en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada según las exposiciones de la juez de primera instancia, valga decir, no debe perderse de vista, el despido no es una sanción que solamente pueda ser impuesta una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007⁷, criterio reiterado en la SL3655

dispuesto en esos actos, que si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)

⁷ “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.**

radicación 47346 del 9 de marzo del 2016 y en la SL4533 del 13 de septiembre del 2017⁸.

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL 15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar, en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7° Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido raditaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

⁸ *“Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:*

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho defensa con arreglo de lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador⁹.

⁹ “La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional⁹, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

*[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]*⁹.

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

Bajo tal entendido, se itera, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del nexo laboral, sin

-
- a) *La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos⁹.*
 - b) *La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*
 - c) *Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
 - d) *Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
 - e) *La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:*

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo⁹, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

que para este último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, el que, en autos no se encuentra previsto, pues en el acápite de faltas y sanciones disciplinarias contenido en el reglamento interno de trabajo nada se señala frente a ello, limitándose a indicar que *“De conformidad con la practica tradicional de la Empresa la comprobación de las faltas y la aplicación de las respectivas sanciones disciplinarias se hará según el procedimiento estableció en la Convención Colectiva o Pacto Colectivo, según corresponda”* (artículo 47, folio 224 vto.) instrumentos que no reposan en el plenario.

En todo caso, encuentra la Sala en el asunto del demandante que, previo al despido, este fue citado para descargos con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido (folio 161 a 165) garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo a la decisión de la compañía, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte, tampoco se requería escuchar al trabajador.

Adicionalmente, aunque la Juez de primer grado consideró que la sanción impuesta al demandante resultaba excesiva por cuanto según el artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo *“la ausencia total al trabajo durante un día o jornada, sin excusa suficiente, cuando no cause un perjuicio a la Empresa, implica para el infractor, por primera vez, suspensión en el trabajo hasta por ocho (8) días (...)”* (folio 224 vto.), no puede perderse de vista que en el mismo reglamento de trabajo se estableció que el incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones señaladas en ese instrumento, daría lugar a la aplicación de sanciones como la amonestación, el llamado de atención y la suspensión disciplinaria *“siempre que a juicio de la Empresa, no constituya justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte de ella”* (folio 224), es decir, la imposición de la sanción estaba sujeta a la valoración que efectuara la compañía respecto de la conducta, a lo que se suma la circunstancia de que el despido, tal como se anotó en precedencia, no es una sanción y que en el contrato de trabajo la falta a trabajar sin justificación válida, aunque sea, por una vez, está calificada como una falta grave.

Corolario de lo anterior, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del extrabajador, estaría desvanecida por cuanto la demandada logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral obedeció a la configuración de una causal objetiva (numeral 6 literal a) del artículo 62 del C.S.T.), fundada en la inasistencia injustificada a trabajar, que conllevó a la violación grave de una obligación del trabajador.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud, razón por la cual se revocará la decisión de primer grado en cuanto dispuso el reintegro del trabajador.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia en su numeral SEGUNDO, para en su lugar declarar probadas las excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada, y absolver a la compañía llamada a juicio de las pretensiones incoadas en su contra.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera se revocan y se imponen a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

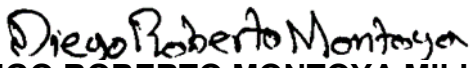
RESUELVE

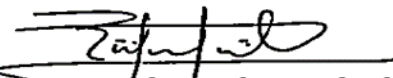
PRIMERO: REVOCAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, se **DECLARA PROBADA** las excepción de inexistencia de la obligación y se **ABSUELVE** a la sociedad TRANSPORTES TEV S.A.S de las pretensiones incoadas en su contra por PABLO ENRIQUE CASTELLANOS RODRÍGUEZ.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RICARDO ANTONIO TORRES CARRASCO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A (RAD. 19 2018 00645 01).

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva al abogado ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ como apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en su calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (folio 223) remitido por correo electrónico el 5 de febrero de los corrientes.

Del mismo modo se reconoce personería para actuar a doctor FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY como apoderado judicial sustituto de COLFONDOS S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido (folio 230).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por las demandadas COLPENSIONES (folios 216 a 218) y COLFONDOS (folios 224 a 229) remitidos mediante correo electrónico del 2 y 5 de febrero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, contra la sentencia proferida por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 6 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 208, récord 46:26, acta a folios 209 a 211), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor RICARDO ANTONIO TORRES CARRASCO identificado con la cedula de ciudadanía No. 19.186.662 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A identificada con el Nit número 800149496-2 realizado el 12 de octubre de 1994 conforme con lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante el señor RICARDO ANTONIO TORRES CARRASCO identificado con la cédula de ciudadanía 19.186.662 al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES desde el 2 de junio de 1992 hasta la actualidad como si nunca se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS S.A pensiones y cesantías identificada con el Nit número 800149496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación RICARDO ANTONIO TORRES CARRASCO identificado con la cedula de ciudadanía: 19.186.662 como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y las comisiones sin descontar los gastos de administración con destino a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia

SEXTO: Si no es apelada la presente decisión se ordena remitir el expediente al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. En ese sentido reprocha que se declarara la ineficacia del

traslado con fundamento en la falta del deber de información que tenían las AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, obviando que para esa fecha la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993 que solo exigía la aceptación libre, voluntaria y expresa del afiliado de realizar el tránsito de régimen lo que se manifestaba a través del formulario de afiliación, como aquí ocurrió.

Del mismo modo, indica, para la fecha en la que se signó el formulario no existía la Ley 1478 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015 en los cuales surge la obligación de las AFP de brindar una doble asesoría, insistiendo, el deber de información debe ser analizado de cara a las disposiciones que se encontraban vigentes al momento de la celebración del negocio jurídico, pues no hacerlo de esta norma conlleva a “desvirtuar” el principio de confianza legitimidad, legalidad y debido proceso.

Con relación a la carga de la prueba, destaca que hasta el 2016 los fondos privados solo contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento en tanto antes de esa anualidad, no había exigencia distinta a dicho documento, no siendo por tanto posible imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época.

Por otra parte, sostiene, no se tuvo en cuenta la “rentabilidad jurídica” y que COLPENSIONES es un tercero que no puede verse perjudicada por la anulación de un contrato en el que no participó, indicando igualmente, esa entidad resulta lesionada con la decisión adoptada pues se afecta la sostenibilidad financiera del sistema y se desconoce la prohibición en la que se encuentra el afiliado para trasladarse de régimen cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional, presupuesto que en su sentir, no resulta caprichoso y encuentra su razón de ser en la protección del fondo común.

En todo caso, sugiere, de confirmarse la sentencia, pide se mantenga la obligación en cabeza de la AFP de reintegrar la totalidad de la Cotización recibida. Además, pide se adicione en el sentido de condicionar la orden impuesta a su cargo al previo cumplimiento de las condenas impuestas a la administradora privada¹

¹ “Gracias su señoría encontrándome en la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo emitido por el Juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá el cual sustentare a continuación:

Es de manifestar Honorables magistrados mi reproche en cuanto a que se declare la ineficacia del traslado de régimen de la demandante pues se fundamentó en la falta del deber de información que según tenía las AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasando por alto que para esa fecha la realidad del momento según la normativa aplicable para esa época era la ley 100 de 1993 y pues esta era la simple aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para pertenecer o para trasladarse de régimen y pues esta se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo cual pues en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por el demandante, así mismo se señala que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la ley 1748 del 2014 ni el decreto 2071 del 2015 por las cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto pues la ley 100 de 1993 no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de desconfianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y de debido proceso no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos; sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la carta el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

Así mismo Honorables magistrados el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia el tan importante principio de la rentabilidad jurídica, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos tienen efectos inter partes y las consecuencias que se derivan de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual es de tener en cuenta Honorables Magistrados que la entidad a la que represento no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP.

Ahora bien en cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y al trasladar lo señalado por la corte en las sentencias referidas en primera instancia a este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento y asentamiento de la afiliación respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994 y el 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde contaba con la plena intención de pertenecer al RAIS es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.

Finalmente pongo en su consideración Honorables Magistrados que en este asunto el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 26 años por lo que la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto es en cuanto la afectación del equilibrio de la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el artículo primero del acto legislativo 01 del 2005 donde reiteramos que el artículo 2 de la ley 797 del 2003 en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. No es un artículo caprichoso y tiene su razón de ser al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esta prohibición es proteger el fondo común por el cual Colpensiones usa para pagar las respectivas pensiones a la persona que efectivamente cumple con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial. Así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta además con la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencia C-1024 del 2004 y que además se reitera en la C-062 del 2010.

Pues ahora bien en caso que se llegare a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibió por parte del demandante esto es la cuenta de recursos de ahorro individual cuotas abonados al FPGM, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas a la administración, mermas en la cuantía original y en general todos los aportes efectuados por el accionante a la AFP.

Así mismo solicito honorables magistrados que se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a Colpensiones con una obligación de hacer a favor del demandante esto es de recibirlo y reactivarlo como afiliado y actualizar su historia laboral solo se podrá hacer efectiva una vez cumplida las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia toda vez que Colpensiones no podrá cumplir o dar cumplimiento a la misma hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos.

Con lo anterior dejo sustentado mi recurso recordándoles a los honorables magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy y en consecuencia se absuelva a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra."

(Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, CD folio 208, récord 48:49, acta a folios 209 a 211).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante RICARDO ANTONIO TORRES CARRASCO, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en la demanda visibles a folio 7 vto., las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 4 a 7, aspirando principalmente se declare la nulidad de su traslado y afiliación al RAIS por falta al deber de información y buen consejo de la AFP a través del “(i) dolo del asesor que le brindó una información engañosa e (ii) inducción al error, lo cual trajo como consecuencia el vicio en el consentimiento de mi poderdante”. En consecuencia, declarar “la anulación rescisión del contrato de conformidad con el vicio acaecido y la extinción de dicho acuerdo hacia futuro (ex nunc) y la restitución a mi mandante al mismo estado en que se hallaba antes de la celebración del acto nulo (es tunc (sic)), esto es, que permaneció afiliado sin solución de continuidad al régimen de prima media, hoy en cabeza de COLPENSIONES.” Adicionalmente, se ordene a las demandadas COLFONDOS y COLPENSIONES realizar los trámites pertinentes para activar su afiliación en el régimen de prima media y que sea esta la entidad que realice el proceso de validación del traslado de cotizaciones y que COLFONDOS realice la devolución de todos sus aportes “netos” cotizados con sus rendimientos a COLPENSIONES y que asuma los valores menores frente a la cotización. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando a esa AFP como actual administradora de la demandante, a devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida junto con los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como rendimientos, gastos de administración y comisiones. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el

cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

En ese orden, conforme la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el plenario (folio 232³), el actor nació el 21 de octubre de 1952, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es a 1 de abril de 1994⁴, contaba con más de 40 años de edad, quedando claro, que en principio es beneficiario del régimen de transición; sin embargo, teniendo en cuenta el traslado de régimen efectuado por el demandante el 12 de octubre de 1994 (fls. 32 y 122) y que para el 1 de abril de 1994 el actor contaba con 574.43 semanas (fls. 123 a 125) equivalentes a 11,16 años de servicio, es decir, no cumplía con el requisito para mantener el beneficio transicional pese a su traslado, esto es 15 años de servicio antes del 1 de abril de 1994, de conformidad con lo señalado en la sentencia C-789 de 2002⁵, por lo que

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³ Documento extraído del CD de folio 202, expediente administrativo incorporado por Colpensiones.

⁴ Según la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda laboraba para CORPOICA, corporación de participación mixta, con aportes del Estado superiores al 90% del capital social y constituye una de las llamadas entidades descentralizadas indirectas por servicio, sus trabajadores no tienen el carácter de servidores públicos y están sometidos al C.S.T. (ver concepto No. 1348 de 2002, Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil).

⁵ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

resulta procedente el estudio del traslado de régimen pensional y la conservación del beneficio transicional con base en la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, desde luego si hay lugar a declararla.

Así las cosas, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo.[19] Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
 - b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieran permanecido en el régimen de prima media.*
- En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”*

Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de octubre de 1994 (folios 32 y 122) específicamente, conforme el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS, específicamente conforme al formulario de afiliación a COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe

presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de del actor al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto

conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁷, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que el asesor le dijo que ese régimen era el que iba a imperar en el país y el otro se iba a extinguir, siendo ello lo que motivó su traslado, bajo la convicción que era lo más conveniente para él.

⁷ Audiencia realizada el 10 de septiembre de 2019, cd folio 189, récord 17:43, acta folios 190 a 192.

El deber de información tampoco deviene probado con el testimonio rendido por la señora ANA PATRICIA DIAZ⁸, pues si bien para la época del traslado era compañera de trabajo del actor, lo cierto es que ni siquiera estuvo presente en el momento de la suscripción del formulario de afiliación pues la asesoría fue individual, por lo que supone que la información fue la misma que se le dio a “*todos*”.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 121), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y, en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 146 a 148, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión, la demandada COLFONDOS omitió en el momento del traslado de régimen (12 de octubre de 1994, folio 121), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, **en especial, la pérdida del beneficio del régimen de transición** y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

⁸ Audiencia realizada el 10 de septiembre de 2019, cd folio 189, récord 40:45, acta folios 190 a 192.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, actualmente administrada por COLFONDOS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Asimismo, advierte la Sala, los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actor vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en

materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción (folio 159⁹), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Finalmente, con relación a la petición hecha por Colpensiones de adicionar la sentencia en el sentido de condicionar la actualización de la historia laboral al cumplimiento de las órdenes dadas a COLFONDOS, baste con indicar que ello no se torna procedente en razón a que no existe orden en la providencia recurrida que deba ser cumplida por COLPENSIONES.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

⁹ Por auto del 9 de mayo de 2019 (folio 174) se tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

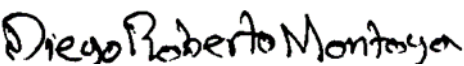
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

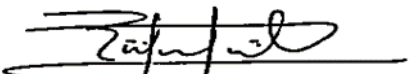
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN DE JESÚS
BELTRAN RODRIGUEZ y ANA ROSALBA CHITIVA RODRÍGUEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. (RAD. 21 2019 00023 01).**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por parte de PROTECCIÓN S.A. (folios 205 a 207), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por la Juez Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de noviembre de 2020 (Cd. fl. 200, record: 29:41 y acta a folios 198 y 199), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la excepción de fondo denominada inexistencia de la obligación por ausencia de causa de Protección S.A. en el reconocimiento pensional, propuesta por la pasiva.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentadas por los señores JUAN DE JESUS RODRIGUEZ Y ANA ROSALBA CHITIVA RODRIGUEZ contra la administradora de fondos y cesantías Protección.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes liquidense por secretaria, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000.

CUARTO: CONSULTAR esta sentencia con el Honorable Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá en caso de que la misma no sea apelada. ”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los testigos no son unas personas con un estudio o con una formación intelectual que puedan expresarse de otra manera diferente a la que hicieron en forma clara, espontánea y sincera en la audiencia, si bien es cierto existen algunas contradicciones frente a los aportes que hacia el causante a sus padres para el sostenimiento de estos, lo cierto es que está probado dentro del proceso que el actor percibía antes y después de la muerte de su hijo un salario mínimo legal mensual vigente, el cual en su sentir no alcanza ni siquiera para sostener un hogar de una persona, advirtiendo la disparidad de valores no se puede entender como una contradicción que pueda afectar la veracidad de la dependencia económica que tenía los demandantes frente a su hijo.

Reiterando los deponentes fueron enfáticos en señalar sobre unos aportes que les hacia el hijo para la manutención de sus padres en diferentes oportunidades, aduciendo los gastos lógicamente superan el salario mínimo y por lo tanto no es cierto que ellos se sostenían con el salario mínimo, además vivían de préstamos que los pagaba el hijo que le contribuía para la manutención, luego considera la dependencia económica está demostrada, afirmando que después del fallecimiento del hijo los actores han pasado premuras económicas e inclusive viven de caridad.

En cuanto a las declaraciones extra juicio que hicieron sus poderdantes, afirma las mismas no están significando que en ningún momento no tuvieron una dependencia económica de su hijo fallecido, ya que tales declaraciones extra juicio son un formato y van en contravía con todas las pruebas que se aportaron dentro del proceso, por lo que no pueden ser el eje central para desestimar la demanda incoada y tendiente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes (Cd. fl. 200, record: 30:41)¹

¹ “Gracias muy respetuosamente presento recurso de apelación en contra de la decisión de carácter absolutorio que se acaba de proferir y fundamento el recurso en los siguientes hechos:

El despacho ha hecho un análisis de las pruebas testimoniales que obran en el expediente llegando a la conclusión que se presentan contradictorias frente a las mismas y frente a las declaraciones rendidas por los demandantes. En primer lugar se ha de tener en cuenta que en el análisis de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica los testigos no son unas personas con un estudio o con una formación intelectual que puedan expresarse de otra manera diferente a la que hicieron en forma clara, espontánea y sincera en la audiencia, si bien es cierto existen algunas contradicciones frente a los aportes que hacia el causante Wuilfer a sus padres para el sostenimiento de estos y de esta manifestaciones con las que expresamente señala el juzgado que hace el señor Jesús Beltrán Rodríguez, lo cierto es que está probado dentro del

proceso que el señor percibía antes y después de la muerte de su hijo un salario mínimo legal mensual vigente, lógicamente y esto no requiere prueba es un hecho notorio que el salario mínimo legal mensual vigente que para la época del deceso del señor Wilfer como para ahora no alcanza ni siquiera para sostener un hogar de una persona, menos tratándose del sostenimiento de un menor, de la esposa que no trabaja y del pensionado, por supuesto que el señor Jesús dice que los gastos del entre alimentación y servicios eran de \$400.000 o \$600.000 pero es que una manutención no solamente o una subsistencia se tiene de pagar servicios y la manutención, también toca comprar gastos de aseo, hay que pagar gastos de la casa, hay que pagar costos de la educación de los hijos, hay que pagar el internet, hay que pagar vestuario, hay que pagar medicamentos que no fueron mencionados por el testigo, luego si el señor afirma que si gastan como servicios y alimentación \$600.000 no podemos llegar a concluir como lo hizo el despacho que esos sean los gastos que realmente se hacían para la manutención de su familia.

Ahora bien frente a los testigos y a las diferentes manifestaciones en cuanto a los valores por los cuales contribuía el causante para el sostenimiento de su familia, tenemos que si bien es cierto tenemos disparidad pues lógicamente esa disparidad de valores no podemos tenerla como una contradicción que pueda afectar la veracidad de la dependencia económica que tenía los demandantes frente a su hijo por las siguientes razones: La señora Luz Andrea García Alarcón. La señora Alejandrina Caro Rojas, La señora María Cañón Walteros manifiestan que fueron testigos de unos aportes que les hacía el hijo para la manutención de sus padres, se los hacía en diferentes oportunidades una de ellas percibió más o menos en unas quince veces, la otra percibió en varias ocasiones, y la compañera de estudio Luz Andrea García Alarcón y compañera y amiga de toda la vida le constaba con mayor cercanía y con mayor certeza el aporte o el auxilio o la ayuda que tenía para sus padres porque lo acompañaba a hacer esas consignaciones en unas ocasiones de \$300.000 en otras ocasiones de \$250.000 en otras de \$200.000 pero no quiere decir que ese sea el único aporte porque es que ella no dijeron es que a mí me consta que mensualmente le daba 300 o mensualmente le daba 200 o mensualmente le daba 100 NO yo observe los aportes que el hacía para la manutención, ahí hay una mal interpretación o una indebida análisis de estos testimonios lógicamente las personas como no Vivian con ellos pues no pueden decir que el señor aportaba 250mil mensuales sino que ellos dijeron lo que les consta como era su deber legal, entonces lo que les constaba era esos aportes que hacía pero no quería decir que cuando aportaba 100mil pesos eran solamente 100mil pesos, cuando aportaba 250 mil pesos no quiere decir que eran solamente 250mil pesos a ellas les constaba ese aporte y esa ayuda que tenían, independientemente que esta disparidad de los valores tenga que ver el desestimar estos testimonios porque como lo reitero ellos simplemente estaban dando cuenta de lo que veían cuando se hacían esos aportes, no que fuera esa la totalidad que hacía de aporte o de contribución a la manutención de sus padres por parte de Wilfer hijo de los demandantes, por tal razón considero que el análisis que se hizo de las pruebas no corresponde a un análisis de cara a las pruebas analizadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Ahora tenemos que ver que cuando se le pregunta al señor Jesús ¿Cuántos son los gastos? Y el señor dice por servicios y alimentación son (sic) esa manifestación no quiere decir que sean los únicos gastos que uno tenga en sus hogar, independientemente que él tenga una casa propia, los gastos lógicamente superan el salario mínimo y por lo tanto no es cierto que ellos se sostenían con el salario mínimo, tal no es tan cierto esa situación que ellos permanentemente Vivian de préstamos que los pagaba ¿Quién? El hijo que le contribuía para la manutención Wilfer cuando le pagaban como todos los testigos lo manifestaron, luego la dependencia económica está demostrada, tanto así que después del fallecimiento ellos han pasado premuras económicas e inclusive viven de caridad que ha dicho un testigo que les ha regalado mercados.

Ahora bien causa extrañeza para el despacho y una controversia o un convencimiento controversial como lo acaba de manifestar las declaraciones extra juicio que hicieron mis poderdantes frente a la notaria 38 del circuito de Bogotá en donde en declaraciones extra proceso 1201 y 1202 como vamos en el expediente es prácticamente un formato y en donde dicen que ellos dependen económicamente del esposo que dependía y depende económicamente de los ingresos de mi esposo dice textualmente la señora Ana Rosalba Chitiva que en el momento en el que mi hijo el señor Wilfer Arley Beltrán Chitiva quien el día se identificó con la cedula de ciudadanía tal, de Bogotá que dependía y depende económicamente de los ingresos de mi esposo el señor Juan de Jesús Bertrán Rodríguez en los mismos términos dice el señor Juan de Jesús que sus ingresos son \$686.600 y que provenían de la pensión ¿Si? Con ello no está significando que en ningún momento no tuvieran una dependencia económica de su hijo Wilfer. Ahora bien la Señora Ana Rosalba ante la pregunta del despacho que ¿Por qué se presentaba contradicción? Manifestó expresamente que había sido una declaración que orientada por protección pensiones se hizo de esa manera y precisamente si nosotros observamos estas declaraciones extra juicio están dirigidas a Protección, entonces como probar nosotros lo que dice la señora a unas personas analfabetas creyendo de buena fe de lo que le dice protección en que lo que ella manifestó no es cierto cuando vemos que estas declaraciones extra juicio son un formato, cuando están en contravía de todas las pruebas que se aportaron dentro del proceso, entonces estas declaraciones extra juicio no pueden ser pues el eje central para desestimar la demanda incoada y tendiente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de tal manera que en el análisis que se hizo de esas

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de los demandantes, las pretensiones relacionadas a folios 78 y 79 del escrito de subsanación, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relatados a folios 3 a 5, aspirando principalmente que se condene a la demandada a reconocer la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hijo quien en vida respondía al nombre de WUILFER ARLEY BELTRAN CHITIVA a partir del 23 de agosto del 2014, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación de las mesadas pensionales, costas, agencias en derecho, lo *ultra y extra petita*. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones** por cuanto se absolvió a la encartada de todas las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que no se acreditó que los demandantes dependieran económicamente del causante.

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del causante señor WUILFER ARLEY BELTRAN CHITIVA, acaeció el 23 de agosto del 2014 conforme al registro civil de defunción visible a folio 36, como tampoco

pruebas no en forma conjunta ni teniendo en cuenta que no solamente la manutención y el mínimo vital se contrae a pagar unos servicios y a pagar una alimentación , pues se equivoca el despacho al señalar que efectivamente el señor Jesús y la señora Ana Rosalba podrían sostener su hogar y darle estudio a su hijo menor con el salario mínimo legal.

Igualmente me permito manifestar que las pruebas de los gastos que se hicieron o que se hacían para la época del deceso del causante hijo de los demandantes y de quienes dependían económicamente no en su totalidad como está probado aquí, pero sí con un aporte considerable que son acordes con la realidad social y el estado social en que se encuentra ubicados mis representados y que no ha sido desmentido por la parte demandada en el sentido de indicar que los gastos de ellos no son esos o que pudieran tener otro ingreso adicional al de su hijo para mantener su sostenibilidad y mantener su mínimo vital, de tal suerte señora juez que considero que no se hizo un análisis correcto de las pruebas tanto testimoniales como documentales aportadas al expediente y esa es la razón para haber llegado a la conclusión que su señoría arribo muy respetable lógicamente por parte de esta apoderada sus fundamentos y además quiero adicionar que la compañera de estudio del causante la señora Luz Andrea García Alarcón manifestó que su compañero trabajaba desde el año 2009 cuando terminaron sus estudios y que trabajaba en diferentes actividades en lo que le saliera para colaborar a la casa, lo que no significa que no se tenga en cuenta esta declaración, partiendo de las afiliaciones que se hayan hecho a seguridad porque como se sabe en Colombia en muchos trabajos esporádicos e independientes no se hace cotizaciones a la seguridad social sin que ello implique que no se trabajaba o que no se hacían esos aportes. Así las cosas su señoría dejó planteado mis alegaciones de sustentación del recurso de apelación para que se surta este grado ante el superior jerárquico”

que los señores JUAN DE JESUS BELTRAN RODRIGUEZ y ANA ROSALBA CHITIVA RODRIGUEZ ostentaban la calidad de progenitores del causante, circunstancia que además se constata con la documental visible a folio 35.

Así pues, inicialmente ha de señalarse, por haber fallecido el afilado el 23 de agosto del 2014 (fl. 36), el asunto debe estudiarse bajo los lineamientos de la Ley 797 de 2003² y en virtud el principio de consonancia, procede la Sala a resolver los motivos de inconformidad expuestos por la recurrente.

En ese orden, en relación con la dependencia económica que debían ostentar los padres del de cujus, al tenor de lo consagrado en el literal d) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003: *“A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”*. Sea lo primero precisar, la sentencia C-111 de 2006, declaró inexecutable la expresión “de forma total y absoluta”, aspecto sobre el cual ha tenido oportunidad de pronunciarse la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en sentencia proferida dentro del radicado No. 31873, del 23 de enero de 2008³, en la cual se consideró

² “Artículo 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
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 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-111 de 2006”

³ “En este sentido vale anotar que la conclusión final del juzgador de segundo grado fue la atinente a que la ayuda suministrada por el señor José Rincón Zuluaga a su progenitora era determinante y por ello se cumplía el presupuesto de la dependencia económica, según la sentencia de esta Sala de 8 de abril de 2003, pues expuso que **la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes.**

Tales apreciaciones se ajustan a la jurisprudencia relacionada con el concepto de la dependencia económica, que no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacia sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, insuficientes para procurarse

textualmente que “...la dependencia económica no es un aspecto absoluto, ya que la ayuda o el apoyo de los hijos hacia los padres puede ser parcial, sin perjuicio de que éstos se procuren algunos ingresos adicionales para su digna subsistencia, **siempre que tales ingresos no se conviertan en autosuficientes**”. (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo anterior habrá de determinarse si el causante prestaba apoyo o colaboración económica a sus padres y si estos carecían de ingresos

lo necesario para llevar una vida digna; de manera que **la dependencia económica no pugna con la existencia de otros auxilios económicos o de otra naturaleza que reciban los padres por parte de otras personas, que les permitan mejorar sus condiciones de vida, siempre que, como ya se anotó, no los convierta en autosuficientes económicamente**. Sobre el Tema la Corte reitero el criterio reseñado en sentencia de 7 de febrero de 2006, radicada con el número 25069, en la que se dijo, lo siguiente:

“Quedó dicho que según el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, los padres son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes cuando dependían económicamente de él.

“La falta de una definición legal de la dependencia económica y la declaratoria de nulidad de la norma reglamentaria que pretendió hacerlo con antelación a la Ley 797 de 2003, determinó la necesidad de fijar su alcance por vía jurisprudencial. En esa labor interpretativa es evidente que mientras la sentencia de casación del 26 de septiembre de 2000 consideró que la dependencia debía ser total, **la del 19 de marzo de 2004 atenuó el rigor de ese concepto y le indicó al juez laboral que podía aceptar como dependencia económica aquellos casos en que el trabajador fallecido hubiere contribuido con otros a la subsistencia de sus padres**.

“La actual orientación doctrinal de la Sala opta por el segundo de los criterios y por ello se impone acoger aquí lo expuesto entre otras, **en la sentencia del 30 de agosto de 2005, radicación 25919, en la que al reiterar el discernimiento expuesto en la sentencia del 8 de abril de 2003, radicación 19772, que es diferente al que adoptó el Tribunal, se explicó lo que a continuación se transcribe:**

“Le atribuye el recurrente al Tribunal la interpretación errónea del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al sentido que le concede a la dependencia económica como condición que deben reunir los padres, como miembros de grupo familiar del afiliado fallecido, para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

“Para el Ad quem no se cumple el requisito de dependencia económica cuando el padre depende de dos hijos, aseveración que supone que ésta sea exclusiva, en clara oposición a lo que ha enseñado reiteradamente la Sala en el sentido de que **“la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial; es decir, la exigencia legal no supone que la dependencia económica sea absoluta porque bien puede ocurrir que los padres se procuren algunos ingresos adicionales para reunir los requeridos para una digna subsistencia”** (sentencia de 8 de abril de 2003, rad.19772).

“Según la exégesis de la Sala **la configuración de la dependencia a que alude la disposición legal no se desvirtúa por la circunstancia de que la ayuda o apoyo del hijo hacía sus progenitores sea parcial y complementaria a la de otros ingresos precarios, que por si no basten para proveerse de lo necesario para llevar una vida digna; la dependencia económica del beneficiario, según ha sido concebida por la Corte, no riñe con emolumentos, ayudas o provechos para la subsistencia siempre y cuando éstos no los convierta en autosuficientes económicamente**, situación que hace desaparecer la subordinación que predica la norma legal.

“Planteada la controversia jurídica en los anteriores términos, para la Sala es claro que le asiste razón al recurrente por cuanto las disposiciones de la Ley 100 de 1993 que se denuncian como quebrantadas en modo alguno consagran que la dependencia económica de los padres frente a los hijos, que da lugar a la pensión de sobrevivientes, debe ser absoluta y total”. (Resaltos de la Sala).

propios que los hicieran económicamente autosuficientes a efecto de resolver la controversia traída a los estrados.

Al respecto, rindieron interrogatorio de parte los demandantes JUAN DE JESUS BELTRAN⁴ y ANA ROSALBA CHITIVA⁵. El señor Beltrán aseguró ser pensionado, precisando que antes de que ello ocurriera siempre trabajó siendo su último empleo uno desarrollado en el aeropuerto, por lo que era quien aportaba la mayoría del dinero al hogar, informó que su hijo fallecido se encontraba haciendo las prácticas en el SENA donde le cancelaban aproximadamente la suma de \$600.000, de los cuales destinaba una parte para sus estudios y otra para el hogar, señaló que para el 2014 los gastos superaban los \$600.000 siendo la ayuda del cujus de \$200.000 o \$250.000 los cuales destinaba para servicios públicos y mercado.

La señora Ana Rosalba Chitiva expresó que siempre se ha dedicado al hogar y que los gastos de su familia se cubrían con la pensión del esposo y una parte que su hijo fallecido le daba, asegurando los ingresos mensuales de éste eran de \$616.000 de los cuales su aporte era de \$250.000 o \$300.000 ya que los gastos de la familia ascendían a \$850.000 o \$900.000, precisando estar afiliada a salud como beneficiaria de su esposo, adujo que su hijo fallecido empezó ayudarlos con \$200.000 a partir del año 2013, pagando una parte de los servicios y mercado.

De otra parte se recibieron los testimonios de ALEJANDRINA CARO ROJAS⁶, MARIELA CAÑON GUALTEROS⁷ y LUZ ANDREA GARCÍA ALARCON⁸, todas amigas de la familia desde hace más de 20 años, indicaron que los deponentes habitaban en un inmueble de su propiedad. La primera de las deponentes adujo que el cujus trabajaba y estudiaba con el SENA, que vivían del salario del señor Juan de Jesús y de la colaboración de su hijo fallecido, expresando haber visto en algunas ocasiones que el mercado ascendía a \$200.000 o \$250.000, no obstante asegura no saber a cuanto ascendía el salario del de cujus, ni los gastos del hogar.

⁴ Cd. fl. 195, record: 22:51

⁵ Cd. fl. 195, record: 39:35

⁶ Cd. fl. 195, record: 56:38

⁷ Cd. fl. 195, record: 1:13:57

⁸ Cd. fl. 195, record: 1:35:37

La señora CAÑON GUALTEROS indicó que el fallecido devengaba el salario mínimo, precisando la madre de éste se dedicaba al hogar mientras que su padre trabajaba, razón por la cual los gastos eran compartidos entre el señor Juan de Jesús y el de cujus, igualmente precisa desconocer a cuanto ascendían los gastos del hogar estimando eran de \$600.000, afirmando haber visto en alguna oportunidad que el fallecido le dio \$300.000 a su progenitora.

Finalmente la señora Luz Andrea García, señaló haber acompañado al de cujus a pagar los servicios y el mercado de su familia, en valor aproximado de \$300.000, aduciendo el salario de aquel era de \$610.000, advirtiendo entre él y su papá cubrían los gastos del hogar.

Así las cosas, de lo hasta aquí expuesto, sin que sea necesario acudir a otros medios de prueba, se advierte una vez valoradas las mismas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.) sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, si bien los demandantes en el interrogatorio de parte rendido y los testigos afirmaron que el causante hacía un aporte mensual de que oscilaba entre \$200.000 y \$3000.000, lo que se advierte es que ese dinero que aportaba mensualmente el señor WUILFER ARLEY BELTRAN CHITIVA (q.e.p.d.), correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres y no era determinante para el sostenimiento de éstos dada la cantidad aportada, y en todo caso no quedo demostrado que ese dinero fuera el necesario y suficiente para solventar las necesidades básicas y mínimas del hogar, nótese que incluso el señor JUAN DE JESUS BELTRAN RODRIGUEZ expresó estar trabajando desde antes del fallecimiento de su hijo y manifestó que el de cujus colaboraba con los gastos del hogar, incluso adujo ser el (Juan de Jesús) quien aportaba la mayoría del dinero, afirmación que guarda relación con el interrogatorio rendido por la mamá del de cujus al señalar que el hogar se sostenía con la pensión de su esposo y con una parte que le daba su hijo.

Por otro lado, téngase en cuenta que las testigos traídas a juicio permiten corroborar que el apoyo económico que brindaba el causante a sus padres consistía en una mera colaboración para sus gastos, más en manera alguna puede afirmarse que estos dependieran económicamente de este en virtud de

tal ayuda, aunado a ellos las deponentes Mariela Cañón y Luz Andrea García, declararon que los gastos del hogar eran compartidos por el fallecido y por su padre.

Razones por las cuales no puede afirmarse que los demandantes dependieran económicamente de este, pues según lo visto y acreditado en el plenario, el señor Beltrán Rodríguez poseía ingresos propios, los que derivaban de un empleo formal, así como poseían un inmueble en donde vivía el causante sin pagar arriendo, por lo que puede concluirse, no se cumple el requisito de dependencia económica exigido por la normativa citada al inicio para acceder al derecho deprecado.

En este punto es importante precisar, si bien la jurisprudencia de las altas cortes ha determinado que la existencia de ingresos adicionales de los padres no es óbice para concluir que estos dependen económicamente de sus hijos, ello es así siempre y cuando los progenitores no cuenten con una fuente de ingresos que los haga económicamente autosuficientes, punto en el que se debe reiterar, el actor JUAN DE JESUS devengaba un ingreso mensual, fijo y no ocasional, *(primero en la modalidad de salario y posteriormente derivado del reconocimiento de la pensión)*; la pareja no pagaba arriendo en el lugar de habitación y se encontraban afiliados al sistema de salud, a lo cual debe sumarse que son propietarios de un inmueble en el que habitaba el causante hasta su fallecimiento, circunstancia que más bien podría ser indicativa de la dependencia económica parcial del hijo respecto de sus padres, lo que conlleva a concluir que la colaboración brindada no era de tal talante que tuviera una connotación relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento, y por ende que le adjudicara la virtualidad de configurar la subordinación económica respecto del causante, diferente sería que los ingresos de los padres fueran esporádicos, aleatorios o accidentales, o que a lo sumo, estos figuraran como sus beneficiarios en el sistema de salud, situaciones que no se presentan en el caso que se examina.

Así las cosas, esta Sala de decisión concluye conforme al debate jurídico llevado a cabo en estas diligencias, la ayuda económica del de cujus hacia sus padres no tuvo la virtud de ser un verdadero sustento económico con el cual se solventaran en gran parte las necesidades de la familia. Sobre este punto, tiene

sentado la Corte Suprema de Justicia, que la dependencia económica debe determinarse de acuerdo a las circunstancias presentadas en cada caso en particular, como así lo señaló en sentencia SL8406 del 1º de julio de 2015, en la que textualmente se consideró:

“... la dependencia económica es una situación que debe ser definida en cada caso particular y concreto, en tanto que si los ingresos que perciben los progenitores de otras fuentes, son suficientes para satisfacer las necesidades relativas a su sostenimiento, no se configura el presupuesto que exige la norma para poder acceder a la prestación económica objeto de debate. De ahí que sí resulte necesario establecer, no solo en qué consistía y si no a cuánto ascendía la ayuda o el aporte que hacía el causante en vida, para en perspectiva de esa situación poder determinar si era significativa e importante, ya que no es suficiente la regular y simple colaboración de un buen hijo a sus padres para poder predicar la dependencia económica exigida.

Así las cosas, no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas”.
Subrayas fuera de texto.

En los anteriores términos, es claro para esta Sala de Decisión que la ayuda brindada por el señor WUILFER ARLEY BELTRAN CHITIVA a sus progenitores, correspondía a la regular y simple colaboración de un buen hijo hacia sus padres, la cual no implicaba la dependencia económica, ni siquiera parcial, respecto de su hijo.

Así las cosas, al no acreditarse el requisito de dependencia económica, no se cumplen los presupuestos para la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes anhelado, en consecuencia deberá confirmarse la sentencia de primer grado, en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

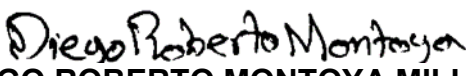
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

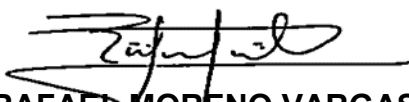
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los demandantes.

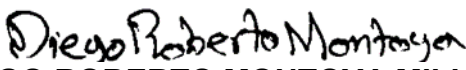
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA DIONICIA MORALES GRANDAS CONTRA COLEMPAQUES S.A.S. (RAD. 25 2015 00609 01)

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia los apoderados de la sociedad demandada y de la demandante (fls. 141, 143 y 144), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de noviembre de 2020 (Cd. fol. 134, record: 40:11, acta a folio 135), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLEMPAQUES S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda tanto principales como subsidiarias instauradas por la demandante por lo motivado.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por lo motivado.

TERCERO: Se DECLARAN probadas las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, improcedencia del reintegro, pago y buena fe por lo motivado.

CUARTO: De no ser apelada la presente sentencia y por ser adversa a la parte demandante envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la accionante interpuso recurso de apelación únicamente frente a la absolución de la indemnización por despido sin justa causa, aduciendo que en ningún momento la señora María Dionisia González tuvo intención de generar una competencia desleal, en tanto si bien el esposo de aquella creo una empresa en el 2014 en la que comercializaba productos tanto de colempaques como de otras empresas desde tiempo atrás se dedicaba a ese campo de venta.

Por otro lado señala que si bien tal empresa realizó una cotización a empleados de Colempaques ello no genera ningún tipo de competencia desleal, aunado a que no se probó que para el 2014 la accionante hubiese bajado su promedio de ventas ni tampoco existe secreto, daño o intención de negar una empresa familiar. (Cd. fol. 134, record: 41:16)¹

¹ “En este estado de la diligencia señor juez y teniendo en cuenta pues que igual el proceso se ira por consulta por ser un fallo adverso al trabajador de todas maneras me permito formular como representante de la parte demandante recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho.

En cuanto a la pretensión subsidiaria frente al tema de indemnización por despido sin justa causa, no contra la pretensión de reintegro. Téngase en cuenta ante el juez de instancia y ante el superior, ante el Tribunal que en ningún momento la señora María Dionisia González tuvo intención como tal de ella por su parte generar una competencia desleal, si bien por manifestaciones propias del señor juez de cada uno de los testigos se tuvo en cuenta que el señor Jorge León esposo de la señora María Dionisia hizo sus manifestaciones en cuanto al manejo que tenía en competencia de sus dicho y de su profesión de trabajar con productos tanto de Colempaques como de la competencia de esta empresa, esta empresa o esta manera de trabajar si bien se surtió en el año 2014 fecha en la que es despedida mi representada también lo es que desde el tiempo anterior desde muchos años atrás siempre fue el eje central de la economía de esta familia, porque ambos el señor Jorge León y la señora María Dionisia siempre se habían desempeñado en este campo de venta. La empresa como bien se manifestó dentro del acervo probatorio fue a raíz de un proyecto universitario de su hijo, y si bien en el momento que se ejecutan las cotizaciones hechas por los empleado de Colempaques hacia la empresa León y morales suministros SAS simplemente fue una cotización que como se manifestó para ese momento no había ningún tipo de venta, es decir en ese momento no se estaba generando ningún tipo de competencia desleal porque si bien existió la empresa León y Morales Suministros esta en ese momento hasta ahora estaba iniciando.

De otra parte se pudo probar que la señora María Dionisia Morales Granda jamás o por lo menos en ese lapso de tiempo del 2014 bajo su promedio de ventas, en ningún momento tuvo llamados de atención por falta de motivación de cumplimiento de directriz frente a todo su línea laboral que venía manejando, por ende si bien se ha manifestado ante el despacho y la parte probatoria y en el escrito de la demanda no existe ningún como secreto, daño o intención de negar una empresa familiar, también se tiene en cuenta que la vendedora María Dionisia Morales Granda como bien lo venía haciendo durante el lapso de 14 años- 13 años con Colempaques siempre manifestó y dio su mejor proyección como vendedora, siempre mantuvo sus metas y siempre mantuvo como su estándar frente a los demás grupo de vendedores. En la empresa tenían conocimiento que el señor Jorge tenía o se movía en la industria como tal de competencia de Colempaques tanto así que el señor Jaime Luque manifiesta en uno de sus dichos en el testimonio que había trabajado con él algunos años atrás en algunas empresas, igual como lo manifestaron el señor José Alejandro Martínez pues como al parecer podríamos llegar a notar todos conocían al señor Jorge León y lo reconocían como esposo de la señora María Dionisia y sabían y todos se movían dentro del mismo esquema o actividad comercial, sin embargo teniendo en cuenta pues la manifestación de confidencialidad y de buena fe que la misma demandante expreso y acepto tanto en descargos como en su en conocimiento en las cláusulas que hoy emanan dentro del contrato ella misma manifestó que en ningún momento su interés o su intención era como tal causar algún tipo de daño a la empresa toda vez que ahí ella llevaba pues muchos años de trabajo y entrega desde la más absoluta y cristalina buena fe. Teniendo en cuenta esta disposición me permito pues solicitarle al señor juez que el

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en éste ordinario, las pretensiones visibles a folios 4 y 5 del expediente, las que encontraron sustento en los hechos de folios 2 y 3, solicitando se declare existió un contrato de trabajo el cual terminó sin justa causa, en consecuencia solicita de manera principal el reintegro en las mismas condiciones que venía desarrollando, junto con todas las acreencias labores dejadas de percibir y hasta tanto se haga efectivo el reintegro o en subsidio se ordene pagar por concepto de terminación unilateral la indemnización por despido sin justa causa, derechos *ultra y extra petita* y el pago de las costas procesales. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones,** por cuanto se absolvió de las pretensiones incoadas, tras considerar el *a quo* que el reintegro solo procede en casos específicos establecidos en la Ley o en la convención colectiva, esto es, por fuero sindical, fuero de maternidad, lactancia o estabilidad laboral reforzada sin que en el caso de autos se presenten esas situaciones para ordenar el reintegro, en cuanto a la indemnización por despido manifestó su improcedencia al encontrar acreditada la justa causa invocada por la accionada para su despido, refiriendo que conforme al análisis probatorio recaudado la demandante pese a que acepta la existencia de la empresa LYM SUMINISTROS S.A.S. cuyos dueños son su esposo y su hijo niega ser la encargada de ofertar los productos, no obstante consideró el *a quo* que intrínsecamente la demandante reconoce que ella hace parte de la empresa, lo cual da a entender que se trata de una empresa familiar y que ha a través de esta se han presentado cotizaciones y comercializado sendos productos tanto de la empresa a la cual presta los servicios la actora como de sus competidores, concluyendo el despacho que la demandante transgredió las normas laborales señaladas por su empleador, en especial el contenido de la cláusula 4 del contrato de trabajo, por lo que la demandada actuó conforme a derecho al obedecer la terminación a una justa causa consagrada en la ley como en el contrato de trabajo.

proceso sea llevado a la instancia superior en recurso de apelación para que ellos sean quienes reafirmen, confirmen o absuelvan estas disposiciones.”

Previo a efectuar el estudio correspondiente, advierte la Sala, no es objeto de controversia en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes el cual tuvo vigencia del 2 de octubre del 2000 al 26 de agosto del 2014, fecha en que la accionada terminó el contrato por decisión unilateral, como tampoco el cargo para el cual fue contratada la actora ni el último salario devengado por \$5.128.825, aspectos que además de ser señalados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación, se encuentran acreditados con la documental visible a folios 14 y 15 (cto de trabajo), 26 y 27 (carta de terminación) y 100 (liquidación final prestaciones sociales).

De tal manera, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, esto es, la indemnización por despido sin justa causa, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

En esa dirección, en lo que corresponde al despido, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que la terminación del contrato de trabajo, corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa.²

² Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...*”

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, deberá examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada en la misiva de despido tuvieron ocurrencia y si constituyen verdaderamente justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, concretamente lo relacionado con el incumplimiento de la cláusula de exclusividad pactada y una posible competencia desleal.

De tal suerte, como se anunció al inicio de éste proveído, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 26 de agosto del 2016 (fls. 26 y 27), misiva en la que se señaló como causas del despido las siguientes:

“ Se conoció por parte de esta gerencia que a pesar de estar expresamente prohibido a sus trabajadores prestar sus servicios a terceros y en especial para el caso de los vendedores comercializar productos de la empresa para beneficio propio o de su familia, desarrollar negocios o actividades comerciales que impliquen prácticas comerciales de competencia desleal, usted manifestó a sus compañeros de labor que había formado un negocio con su esposo y su hijo para la venta de productos similares a los que produce y vende la empresa COLEMPAQUES SAS y sus competidoras, indicándole a uno de ellos que en caso de que no se pudieran realizar negocios con clientes de COLEMPAQUES por precio, que le dijera a usted para manejarlo por el lado de la empresa de su familia, tratando así de desviar nuestra clientela.

Dentro de la respectiva investigación disciplinaria realizada por la empresa pudo constatarse la veracidad de los hechos antes indicados y que en efecto su esposo Jorge Iván Le6ón Márquez, crea la sociedad LEON & MORALES SUMINISTROS S.A.S. - Suministros L&M, con página web www.suministroslym.co, negocio en el que usted misma reconoció en diligencia de descargos que forma parte integrante de la presente carta, también participa su hijo.

Aunque usted indica en sus descargos, que hacen parte integrante del presente documento, que este era un proyecto para la universidad de su hijo, la Gerencia pudo tener acceso a una cotización remitida por esta sociedad, la cual incluye productos de COLEMPAQUES S.A.S y también de la empresa de la competencia Rotoplast. A pesar de que usted intentó negar en sus descargos su nexa con el negocio familiar, siempre se refirió a él como si fuera parte del mismo, diciendo frases como "se está cotizando pero no hemos vendido ni una puntilla".

Las declaraciones rendidas por sus compañeros de labor, las mismas contradicciones registradas en su diligencia de descargos, el material y documentos tomados del internet, de registros de inscripción, demuestran que usted obró de manera desleal para con su empleadora al generar un negocio familiar que compite con las actividades comerciales de COLEMPAQUES SAS, utilizando el conocimiento, el recurso humano y herramientas suministradas por la compañía en beneficio propio, violando además sus deberes de exclusividad en la prestación del servicio contratado, todo lo cual justifica la terminación con justa causa de su relación laboral en los términos inicialmente citados.”

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, en la diligencia de descargos rendida por MARIA DIONICIA MORALES GRANDAS el 25 de agosto del 2014 (folios 20 a 23), esta indicó:

1. Conoce usted al señor Jorge Iván León Márquez?

R. Sí, es mi esposo

2. Conoce usted Suministros LyM, con página web www.suministroslym.co?

R. Sí.

3. Conoce usted que el señor Jorge Iván León Márquez comercializa productos de Colempaques S.A.S., Eduardoño, y Rotoplast entre otros?

R. Sí. Pero no los comercializa en este momento. Es un proyecto. No se ha iniciado todavía.

4. Como explica usted que tengamos una cotización en nuestras mano del correo suministroslymventas@gmail.com, firmada por el señor Jorge Iván León Márquez de unos pozos sépticos?

R. Se está cotizando, pero no hemos vendido ni una puntilla. Me gustaría saber a nombre de quién está la cotización y qué se le cotizó, porque no estamos cotizando Colempaques.

(...)

7. Acepta usted que conforme se pactó en su contrato de trabajo sus servicios fueron contratados con exclusividad y por tanto está expresamente prohibido que usted preste servicios de ventas a terceros sobre todo si esos terceros ejercen la misma o similar actividad comercial que COLEMPAQUES S.A.S.

R. Lo sé, pero en el contrato no sabía que decía, que uno debe vender otros productos. Pero no los he vendido.

8. Acepta usted conforme a lo anterior que usted como vendedora de la compañía tiene prohibido ofrecer productos que no sean de COLEMPAQUES SAS.

R. Sí, pero no los ofrezco.

9. En este punto, se le muestra a María Morales Grandas, la página web www.suministroslym. La pregunta es: Tiene conocimiento que su esposo y su hijo comercializan productos de Colempaques, y de sus competidores?

R. Sí, claro.

10. Acepta usted que viene ejerciendo actividad de ventas para beneficio del negocio familiar formado por usted, su esposo y/o su hijo faltando gravemente a su compromiso de exclusividad para con la compañía.

R. No lo acepto, porque no es así.

11. Reconoce usted que la formación de un negocio con su esposo y/o su hijo para el desarrollo de la misma actividad comercializadora que desarrolla COLEMPAQUES S.A.S. no sólo es una falta grave, un acto desleal para con su empleadora sino que viola el principio de buena fe que debe caracterizar sus actos como trabajadora?

R. No me parece que es grave. Cualquier persona puede montar un negocio.

12. Se cuenta con el informe de algunos de sus compañeros de labor que han indicado a esta gerencia que usted les manifestó que su esposo y/o su hijo había formado una empresa o iniciado negocio de venta de productos de tanques y pozos sépticos y que si por algún motivo por tema de precios se perdía alguna venta para

COLEMPAQUES que le avisaran a usted para manejarlo por el lado del negocio de su familia con las marcas de COLEMPAQUES S.A.S., Rotoplast, Eduardoño entre otras? Que tiene que decir al respecto?

R. Es falso, porque nunca les he dicho nada.

(...)

14. Por qué, si al comienzo de esta reunión usted nos dijo que se trataba de un proyecto para la Universidad de su hijo, ahora, al mostrarle las pruebas, acepta que conoce de la existencia del negocio familiar?

R. Es un negocio de mi esposo y mi hijo, y ellos tienen derecho a trabajar. Todavía no hemos vendido nada. Han salido cotizaciones porque la página está montada en internet, y se hacen cotizaciones a quienes las soliciten.”

Y en el interrogatorio de parte que absolvió la accionante (Cd. fl. 108, record: 16:31) adujo que no vendía productos de otra empresa, y que la sociedad LyM era una empresa de su esposo y de su hijo, en la cual se distribuyen productos de Colempaques y de otras marcas.

Ahora, debe tenerse en cuenta que en las **cláusula cuarta** del contrato de trabajo (14 vto) la trabajadora se obligó “*a prestar sus servicios de manera personal y exclusiva en el desempeño de las funciones que el cargo de VENDEDOR DE INDUSTRIA DEMANDA. Por consiguiente, queda expresamente prohibido que “EL TRABAJADOR” promueva, venda, ofrezca, distribuya, reciba, etc. Bienes, artículos o servicios diferentes a los que “EL EMPLEADOR” produzca o distribuya por cuenta propia o de terceros*”.

En ese contexto, le corresponde entonces a la Sala dilucidar si la cláusula de exclusividad de servicios pactada entre las partes, fue ignorada por la demandante ante la existencia de una empresa de su esposo e hijo que comercializa los mismos productos que produce la demandada, como también los de otras sociedades, que en sentir de la accionada son su competencia y, por ende, si constituyó justa causa de terminación del contrato laboral, tal y como lo concluyó la demandada.

Pues bien, respecto de este tema la jurisprudencia de H. Corte Suprema de justicia en su Sala de Casación Laboral ha manifestado “*que conforme al artículo 26 del Código Sustantivo del Trabajo, la regla general es que una persona puede prestar servicios a varios patronos, a menos que se hubiera pactado expresamente lo contrario, caso en el cual, en consideración del principio de la buena fe contractual, consagrado en el artículo 55 del estatuto sustancial del*

trabajo, y por tratarse de un pacto que no contraría regla de derecho alguna, al trabajador le queda vedada la posibilidad de prestar servicios a otro empleador, de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad, y si los llegare a prestar, indudablemente, estaría incurriendo en un incumplimiento contractual, que si se encuentra catalogado como grave, faculta al patrono para dar por terminado, unilateralmente y con justa causa, el contrato de trabajo” (CSJ SL – Rad. 390078 del 23 de noviembre del 2010)

Así mismo en la sentencia SL 1715-2016, Radicación 48715 del 27 de enero de 2016 refirió:

“Luego, de acuerdo con la doctrina de la Sala, para que pueda constituirse la justa causa de despido basada en la violación de la cláusula de exclusividad deben concurrir al menos dos circunstancias de hecho: (i) que las partes hubieren pactado la susodicha cláusula y, (ii) que pese al pacto, el trabajador hubiere prestados servicios «de la misma especie de los que ejecuta a aquél con quien convino la exclusividad» a otro empleador.”

En el presente asunto, como antes se dijo, no existe duda de que las partes pactaron una cláusula de exclusividad que, mirada en su tenor literal, indica que estaba circunscrita o limitada a que la demandante **NO PODÍA** promover, vender, ofrecer, distribuir o recibir, bienes, artículos o servicios diferentes a los que COLEMPAQUES produjera o distribuyera, precisándose lo dispuesto en el artículo 26 del C.S.T. no fue lo pactado en la referida clausula cuarta por cuanto para violar tal disposición se requiere que el trabajador preste sus servicios como empleador en otra empresa como se indica en la jurisprudencia citada, circunstancia que no es lo debatido en el presente litigio.

En ese orden, y en aras de resolver la apelación resulta menester establecer, si en efecto la demandante se encontraba vendiendo u ofreciendo productos de otra empresa mientras se encontraba ejecutando su contrato con la accionada.

No obstante, desde ya debe anunciar esta Sala de decisión en el sub lite no se evidencia en forma alguna que la señora MARIA DIONICIA MORALES GRANDAS estuviera promoviendo, vendiendo, ofreciendo, distribuyendo o recibiendo, bienes, artículos o servicios de la empresa LEON & MORALES SUMINISTROS S.A.S., cuya propiedad es de su esposo e hijo (*como lo afirmó en su interrogatorio de parte y en la diligencia de descargos*), pues frente a este

punto ninguna prueba se adoso a los autos por parte de la accionada COLEMPAQUES.

Nótese por ejemplo que el testigo JOSE ALEJANDRO MARTÍNEZ CHAMORRO³ si bien señaló saber que el esposo de la actora tenía una empresa con objeto similar al de la demandada, no indicó de manera puntual circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con el hecho de que la actora vendiera los productos que tal sociedad comercializaba, únicamente manifestó que no se podían crear empresas que tuvieran el mismo objeto de Colempaques por conflictos de intereses y exclusividad, sin embargo tal afirmación resulta precaria, en tanto no existe documental donde se exponga por parte de la sociedad demandada tal restricción para sus empleados.

Así mismo el señor JAIME LUQUE MARTÍNEZ⁴ quien fue Gerente de la accionada del 2012 al 2014 y quien refirió haber adelantado toda la investigación que dio lugar al despido de la actora, señaló de manera puntual y concreta que no sabía ni le constaba que la demandante hubiese vendido productos para la empresa de su cónyuge.

Por otro lado y si bien, a folio 80 obra un acta del señor MARIO MUÑOZ donde se escribe *“ella me contó que tenía un negocio para revender productos de Colempaques y de otras marcas de tanques y plantas de tratamiento”*, tal aseveración no encuentra respaldo en otros medios probatorios que den certeza a esta Corporación que en efecto la promotora del litigio de manera paralela a su labor con COLEMPAQUES ofrecía y vendía productos de otra empresa, en este caso, los de la sociedad LEON & MORALES SUMINISTROS S.A.S.

Advirtiéndose de la lectura de la cláusula cuarta del contrato de trabajo, no se puede inferir prohibición en relación con creación de empresas por parte de familiares de los trabajadores de COLEMPAQUES, pues se itera la prohibición que trae dicho acuerdo está relacionada es con el hecho de que sus trabajadores promuevan servicios diferentes a los ofrecidos por la pasiva, precisándose en el caso de autos no se demostró ni acreditó que la actora estuviera vendiendo los productos de la empresa de su esposo.

³ Cd. Folio 125, record: 4:22

⁴ Cd. Folio 127, record: 3:51

Razones por la cuales del análisis en conjunto y pormenorizado de las pruebas obrantes dentro de este litigio, se puede concluir que la actora no violó la cláusula de exclusividad circunscrita o limitada al desarrollo del mismo oficio con una persona distinta a la accionada y en ese orden al encontrarse que en efecto el despido de la demandante por parte de COLEMPAQUES fue sin justa causa, resulta procedente acceder a la pretensión subsidiaria de la accionante, condenando a dicha sociedad a la indemnización contemplada en el artículo 64 del C.S.T. el cual expresa:

“En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

- 1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.*
- 2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;”*

De este modo se tiene que el valor adeudado a la señora MARIA DIONICIA MORALES GRANDAS, asciende a la suma de **\$49.246.217,82**.

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.					
Periodo		No. Años Laborados	No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
2/10/2000	1/10/2001	1,00	30	\$ 170.960,83	\$ 5.128.825,00
2/10/2001	26/08/2014	12,90	20		\$ 44.117.392,82
Total indemnización				\$ 49.246.217,82	

De esta manera, agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentemente expuestas, lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia apelada, por cuanto se condena únicamente a la INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada.

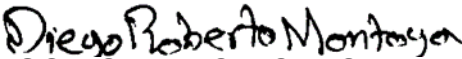
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar condenar a la demandada COLEMPAQUES a cancelar a la señora MARIA DIONICIA MORALES GRANDAS la suma de **\$49.246.217,82** por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. **SE REVOCAN** las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandada COLEMPAQUES S.A.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INÉS ROBAYO
GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. (RAD. 26 2019 00686 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante y la demandada COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 14 y 16 de diciembre de 2020, respectivamente (folios 194 a 197 y 198 y 202), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de noviembre de 2020 (Cd folio 185, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 51:03, acta de audiencia folio 186), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas COLFONDOS Y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora CLARA INÉS ROBAYO GOMEZ conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

***SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** de esta instancia a la parte demandante fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000 pesos.*

***TERCERO:** En caso de que la sentencia no sea debidamente apelada se remitirá en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**”*

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación aduciendo no existe prueba alguna de la que se pueda corroborar que la actora recibió una asesoría clara, idónea y oportuna, siendo claro que una vez efectuada la afiliación el fondo contacta a cada usuario para hablarle del bono pensional y otras situaciones que fueron resaltadas por la juez; sin embargo, dice, nunca se le acercaron a efectuarle una doble asesoría o explicarle la diferencia de los regímenes pensionales.

De otra parte, asevera, no se encuentra satisfecho el deber de diligencia por parte de COLFONDOS pues se adelantó el traslado de fondo con base en información que *“carece de veracidad”* y atendiendo la *“inseguridad que acarreaban las manifestaciones de COLFONDOS”* al referirse a la extinción del Seguro Social y la pérdida de sus aportes realizados a esa entidad.

Resalta, tampoco se cumplió con el deber del buen consejo, esto es, de suministrarle información de calidad y teniendo en cuenta su situación concreta y aunque se le entregó un documento, ello no significa que entendiera los términos de su traslado pues se trataba de una afiliada lego¹ (Cd folio 185, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 52:19, acta de audiencia folio 186).

¹ *“Gracias señora juez conforme al traslado que me fue concedido me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el a quo solicitándole al honorable Tribunal revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que no hay prueba alguna en la que se pueda corroborar que mi mandante haya recibido una asesoría clara, idónea y oportuna es evidente que después de su afiliación por regla general los fondos se contactan con cada usuario para hablarles ya efectivamente del bono pensional y demás situaciones mencionadas aquí por la titular del despacho, sin embargo la AFP Colfondos nunca contacta a mi usuaria para realizar una doble asesoría específicamente para realizarse o explicarle esas diferencias de los regímenes pensionales, téngase en cuenta que la carga de la prueba donde Colfondos efectivamente no puede desconocerse. Téngase presente al Tribunal que Las AFP no puede actuar como una empresa con ánimo de lucro sino que tiene la obligación de actuar con diligencia no en beneficio propio sino en beneficio de sus afiliados, esto según la carga establecida por el Decreto 63 de 1993 como el deber de diligencia que no se evidencia por parte del fondo Colfondos, debido a eso mi mandante la señora Clara se traslada a un fondo; a este fondo con base en información que carece de veracidad pues como lo argumenta su traslado se fundamentó en la inseguridad que acarreaban las manifestaciones del asesor de Colfondos al manifestar que el Seguro Social se iba acabar y que por ende iba a perder todo lo que tenía aportado con el seguro social. Téngase también presente que el Código civil trajo a colación que los fondos privados tienen el deber o están obligados a ejercer el deber del buen consejo de suministrarle una información de calidad teniendo en cuenta la situación concreta de la afiliación del posible usuario en esta caso tampoco se puede corroborar si bien es cierto que mi mandante haya tenido claridad o haya entendido digamos que las consecuencias que le acarreaba dicho traslado pues que le hayan soportado, suministrado información documental no significa que pues haya tenido o haya entendido la misma siendo ella una persona completamente lego en cuanto a los términos de la sentencia de la corte, digamos que al no entender el traslado, en estos términos dejo sentado el recurso de apelación solicitándole al tribunal se revoque las sentencia de primera instancia.”*

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante CLARA INÉS ROBAYO GÓMEZ en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 4 y 5) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 5 y 6), aspirando se declare la nulidad de la “afiliación” efectuada del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada el 11 de julio de 1995 ante la AFP COLFONDOS S.A. por existir “engaño y asalto de buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento” para que se trasladara a ese régimen. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS retornarla, junto con los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses con todos los rendimientos que se hubieren causado, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, disponiendo a esta última recibirla en el RPM desde el 1 de septiembre de 1981 sin solución de continuidad. Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la actora y además se le condenó en costas. Lo anterior, por cuanto en criterio de la juez, la AFP cumplió con el deber de información que le incumbía conforme a las normas que se encontraban vigentes a la fecha del traslado.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 10 de octubre de 1962 (folio 18), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y COLFONDOS el 16 de noviembre de 2018 (folios 57 a 64 y 43 a 50) esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 603.29 semanas cotizadas (historia laboral para bono pensional, expedida por el Ministerio de Hacienda, -folios 126 a 128-) equivalentes a 11,73 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 11 de julio de 1995 (folios 55, 124 y 125) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLFONDOS y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las

de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³ Trabajaba en el sector privado.

modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado, por ser los especialistas* en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional, como lo consideró la juez de primer grado.

Al punto sea del caso precisar, si bien al absolver el interrogatorio de parte⁵ la demandante refirió que le informaron aspectos como que podría pensionarse a cualquier edad, que su pensión dependía del capital ahorrado y que obtendría mejores rendimientos, se hizo mucho énfasis en que el seguro social podría ser liquidado por ser una empresa pública, empero, según su propio dicho, nunca le dijeron cómo podía afectar el traslado en términos del monto de la pensión, la posibilidad de regresar al régimen de prima media, entre otros aspectos.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, la demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por la actora, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS.

⁵ Cd folio 185, récord 11:29

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS (folio 125), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Tampoco resulta suficiente la comunicación de folio 56 pues allí solo consta que a la demandante se le entregó el reglamento de la AFP COLFONDOS y el apoyo que le brindaría esa sociedad para la gestión de su bono pensional, pero no se le detallan las características del régimen de ahorro individual al que se afilió días atrás.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 151 a 153, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (11 de julio de 1995, folio 125), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de COLFONDOS como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 31), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación de la actora vuelve a su estado inicial es decir es como si dichos gastos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo las sumas de gastos de administración. Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (folio 164 y 122), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 12 de febrero de 2020 (folio 182), por COLFONDOS en auto del 9 de diciembre de 2019 (folio 175).

accionante, ordenando a la demandada COLFONDOS, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro de la demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y la tenga como afiliada.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP COLFONDOS.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por la Juez 26 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen pensional efectuado por CLARA INÉS ROBAYO GÓMEZ el 11 de julio de 1995 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

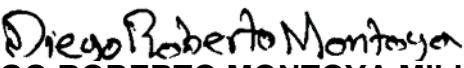
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, conforme a las consideraciones expuestas.

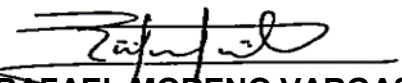
TERCERO: CONDENAR a la demandada **COLFONDOS S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

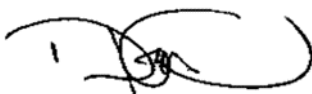
CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP COLFONDOS**, a favor de la accionante, teniéndola válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAVIER SANTAMARIA RODRIGUEZ
CONTRA FARMATODO COLOMBIA S.A. (RAD. 28 2017 00542 01).**

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada FARMATODO COLOMBIA S.A. (fls. 396 a 398), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el pasado 19 de noviembre del 2020 (Cd. a folio 389, record 1:16:17 acta folios 390 y 391), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada empresa FARMATODO COLOMBIA S.A. de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Francisco Javier Santamaría Rodríguez todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y cobro de lo no debido y no probados los demás medios exceptivos propuestos por la pasiva.

TERCERO: Las COSTAS de esta instancia están a cargo de la parte actora señalándose como agencias en derecho la suma de \$300.000 a favor de la parte demandada.

CUARTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá CONSULTAR con el superior en tanto le resultó totalmente adversa a los intereses del ex trabajador hoy demandante.”*

Inconforme con el fallo de primera instancia la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión en lo relacionado con la pretensión de la nivelación salarial, asegurando la parte demandante logró probar los elementos que exige el artículo 143 del C.S.T. para dar aplicación a esa nivelación con las pruebas que se desarrollaron dentro del transcurso del proceso, precisando hay recibos del 2015 al 2016 donde se demuestra la liquidación del actor en el cargo de subgerente, esto es, no era reconocido como gerente a efectos de ser liquidada su nómina mensual durante el período objeto de la demandada.

Indica que los desprendibles de nómina del señor Andrés Ávila son conducentes para lo solicitado, teniendo en cuenta que el accionante ejercía el cargo que venía desarrollando el señor Ávila y fue de quien recibió el puesto, documental con la cual se puede comparar la diferencia salarial, lográndose así acreditar que tenía derecho a la diferencia salarial pues la demandada no logró probar objetivamente su negativa a realizar ese ajuste salarial, advirtiéndole la demandada aceptó en la contestación que en efecto el accionante ejercía el cargo de gerente, por ende no se puede desconocer tal situación para no remunerar sus servicios como gerente del 15 de febrero del 2015 al febrero del 2016, cancelando los salarios como si fuera subgerente.

Reitera haberse probado todos los elementos de eficacia, cargo, tiempo y excelencia como Gerente, advirtiéndole las personas que hacían carrera dentro de la empresa tenían requisitos diferentes para acceder a ese cargo de gerencia a diferencia del personal que venía de afuera, por ende al haber desarrollado las mismas labores en tiempo, en eficacia y en cargo, tiene derecho al mismo salario que tiene otra persona que ha ejercido estas mismas labores, solicitando se reconozca esta nivelación salarial, destacando la accionada no logró demostrar de forma objetiva que esa diferencia salarial se debía a otros factores como a una

escala salarial, lo que hace procedente en su sentir la pretensión¹.(Cd. a folio 389, record 1:17:22 acta folios. 390 a 391).

¹ “Si señora juez, manifiesto que interpongo recurso de apelación frente a la sentencia que acaba de proferir la señora juez y lo sustentare en el momento que me indique.

La apelación va en el sentido de que la señora juez decide absolver a la parte demandada respecto a la pretensión de la nivelación salarial teniendo en cuenta que con fundamento en el artículo 143 que indica que al trabajo igual, salario igual la parte demandante logro probar los elementos que exige este artículo para dar aplicación a esta nivelación salarial, pruebas como he indicado se desarrollaron dentro del transcurso del proceso, en la práctica de los procesos y en la contestación de la demanda en donde el demandante solicita lo que inicialmente que es gerente; que se declare como gerente por cuanto su liquidación salarial respecto del periodo de febrero del 2015 a febrero de 2016 se hacía y se liquidaba con base en el salario de un subgerente, entonces se logra probar que ahí la diferencia salarial es respecto de cargo, logro probar los tres elementos que exige el artículo 143 que es el cargo, la eficacia y la jornada; Quedo probado esto no fue desmentido por la parte demandada.

Igualmente solicito ante el superior que tenga por probado que el señor Javier Santamaría cumplía con los requisitos para acceder a ese derecho de nivelación salarial por lo indicado en esta audiencia y por lo probado en la audiencia que se ha desarrollado y en la anterior audiencia en el sentido de que hay recibos de liquidación a fecha de 2015 a 2016 en donde su liquidación se basaba frente al cargo de subgerente, no era que hubiera una diferencia de salario frente a estos cargos de gerente sino que no era reconocido el señor Santamaría como gerente a efectos de ser liquidada su nómina mensual durante el periodo objeto de la demanda. Esto se logró demostrar plenamente dentro de la demanda que surgió de esta forma que fue liquidado de una forma diferente y que el señor Javier Santamaría cumplió de forma eficiente, excelente, con observación que como lo indique a folio 171, observación que indican que el desarrollo de las funciones del señor Santamaría se han ejercido de forma excelente esto para fecha del 2015 razón por la cual tiene derecho a esa nivelación salarial ¿Y por qué con el señor Andrés Ávila? La señora juez indica que dentro de las pruebas, esta prueba de la liquidación de nómina el señor Andrés Ávila no es conducente ni procedente para efectos de hacer una comparación salarial debido al periodo que se allega a esta liquidación, esta parte demandante indica que es conducente y procedente teniendo en cuenta que el señor Javier Santamaría ejerce el cargo que venía ejerciendo el señor Andrés Ávila y para efectos de comparación de liquidación de su sueldo mensual se pasa como prueba los recibos de nómina del anterior gerente que era el señor Andrés Ávila, No podemos allegar recibos de nómina durante el periodo laboral 2015 a 2016 por cuanto las personas que laboran en la compañía se sienten coaccionadas al momento de aportar documento dentro de un proceso laboral donde posteriormente la compañía pueda ejercer alguna represalia en contra de ellos por prestarse para este tipo de pruebas en contra de la compañía, por tanto se allego los comprobantes de liquidación del señor Andrés Ávila que para la parte demandante es completamente pertinente, teniendo en cuenta de que es de quien recibe el cargo el señor Javier Santamaría, entonces es punto en comparación con el que se podía comparar la diferencia salarial y que también en efecto en el interrogatorio que se realiza al representante legal se pregunta qué cuanto era el salario mensual del señor Andrés Ávila e indica que su salario era alrededor de un \$1.800.000 que es salario se liquidaba quincenal no mensual sino quincenal que era de un \$1.800.000 por tanto la parte demandante tiene también probado la diferencia salarial que hay respecto de un gerente y otro gerente. Se debe tener en cuenta estos recibos de nómina.

También se debe tener en cuenta que el señor Javier Santamaría logro probar todo el tiempo que tenía derecho a esa diferencia salarial o a esa nivelación salarial por cuanto la parte demandada no logro probar objetivamente su negativa a realizar ese ajuste salarial por cuanto su decir o su manifestación esta es que de forma objetiva el señor Santamaría de pronto no cumplía algunos requisitos para ejercer ese cargo, pero dentro de la misma contestación de la demanda manifiesta que si ejercía ese cargo de gerente dentro del proceso quedo probado que si ejercía el cargo de gerente, entonces en este sentido no se puede tener en cuenta que no cumplía de forma objetiva algunos requisitos para cumplir este cargo cuando en la realidad ejerció y cumplió con excelencia con los requisitos de su cargo de gerencia durante el tiempo del 15 de febrero a febrero de 2016.

Dentro de lo otro que se debe tener en cuenta es que nosotros, la demanda no se solicita que se haga comparación del cargo de gerente del señor Javier Santamaría frente a otros cargos de gerencia dentro de la compañía sino que se solicita que: Primero se reconozca al señor Javier Santamaría como gerente, como en efecto se reconoció y quedo probado para posteriormente solicitar esa nivelación frente a ese cargo, teniendo en cuenta que las liquidaciones que se hacían mensualmente en el periodo de febrero 2015 a febrero de 2016 se hacían con base en la liquidación de un subgerente, razón por la cual la parte demandante apela ante el tribunal para que se dé y se reconozca ese derecho contemplado en el artículo 143, teniendo en cuenta que

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JAVIER SANTAMARIA RODRIGUEZ, las pretensiones relacionadas a folio 9, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 2 a 5, aspirando principalmente se declare desempeñó las funciones de gerente y por tanto ejerció el mismo en la tienda Cosmos desde el 15 de febrero de 2015 hasta febrero del 2016 con un salario inferior al que recibían otros trabajadores de la empresa que desempeñaban las mismas funciones y cargos, en consecuencia se condene al pago de la nivelación y del reajuste de: salarios, prestaciones sociales, primas extralegales, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías, indexación de las condenas impuestas, indemnización por despido injustificado e indirecto por parte del empleador de manera indexada, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia totalmente desfavorable a sus aspiraciones, en tanto se absolvió a la**

logro probar todos los elementos de eficacia, de cargo, de tiempo y que además dentro del mismo plenario se encuentra la prueba de que el señor Santamaría ejerció este cargo con excelencia, igualmente dentro del interrogatorio el representante legal manifestó que aquellas personas que hacían carrera dentro de la empresa podían tener un trato no diferente sino que los requisitos para acceder a este cargo de gerencia era diferentes a las personas que venían de afuera, las personas que no había hecho carrera dentro de la compañía, por tal razón está completamente comprobado que el señor Javier Santamaría si tiene derecho a esta nivelación salarial y aparte que tiene derecho a esa nivelación salarial, es lo que la ley le da derecho en su artículo 143 cuando ha desarrollado las mismas labores en tiempo, en eficacia y en cargo mismo salario que tiene otra persona que ha ejercido estas mismas labores entonces le solicito ante el tribunal que se reconozca esta nivelación salarial teniendo en cuenta que se han cumplido todos los elementos establecidos en el artículo 143 y que la parte demandada no logro demostrar de forma objetiva que esa diferencia salarial se debía a otros factores como lo pretende indicar de una escala salarial, la parte demandante manifiesta que no existe dentro del proceso prueba que indique a cual escala salarial hace referencia ¿ Que cargos tiene en un sueldo? ¿Por qué? ¿Cuáles son los requisitos que deben cumplir estos cargos para acceder a diferente escala salarial? Razón por la cual se tiene que la parte demandada no logra probar el requisito en el que pueda argumentar o exonerar su trato diferencial en materia laboral solo alude a algunas jurisprudencias que trae a colación que traen este requisito objetivo respecto del requisito objetivo que puede tener el empleador para aspectos de fijar su salarios, pero dentro del proceso no ha probado en ningún momento cual es la escala salarial, no allego el reglamento interno del trabajo, solicitud que se hizo en la demanda, el demandado no allega este reglamento interno del trabajo donde deben estar establecidos los parámetros para esta escala salarial, igualmente como manifestó el testigo Andrés Ávila indica que él quiso acceder a una escala salarial por cuanto tenía conocimiento de que gerentes, de que personas de su mismo cargo como gerentes tenían un mejor sueldo pero nunca supo cómo acceder a esos beneficios de esa supuesta escala salarial por cuanto hizo la solicitud a la empresa y la empresa le manifiesta que no existe esos requisitos entonces entiende como mal lo dice o lo indica el señor Andrés Ávila que es una rosca que existe dentro de la empresa pues esto no lo podemos llamar como factores objetivos que tiene implementada la empresa. Razón por la cual solicito al Tribunal que se tenga en cuenta y se de aplicación al artículo 143 del CST teniendo en cuenta que se cumplieron todos los elementos y que la parte demandada no logro probar el por qué el trato diferenciado en materia salarial y en caso de que no se pruebe ese trato diferenciado se entenderá y se presumirá que hasta tanto no se demuestre ese trato el trabajador tiene derecho a esa nivelación salarial, mucha gracias su señoría.”

demandada de las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar, de una parte, frente a la nivelación no obrar documentos que permitan colegir la diferencia salarial del actor con el señor Andrés Ávila (gerente de tienda) ni tampoco se acreditó ningún trato de diferencia de salario, situación que genera la imposibilidad de determinar las condiciones de desigualdad laboral. En relación con la indemnización por despido injusto señaló que el despido si se ocasionó en razón a una justa causa pues en el reglamento interno de trabajo aparece tanto como prohibición como falta grave el acto de retirar de las cajas cualquier dinero, valor o título sin autorización para beneficio propio o de un tercero, que fue la conducta desplegada por el actor la cual fue por él aceptada en la diligencia de descargos.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en el punto concreto objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Previo a resolver, es menester precisar, no es objeto de debate la existencia de la relación laboral entre las partes vigente desde el 2 de septiembre del 2005 hasta el 24 de junio del 2016, dado que la misma, a más de no haber sido objeto de debate probatorio, fue aceptada por la accionada en su contestación y se constata con la documental obrante a folios 76 a 78, 161 y 162.

Así las cosas, en virtud del principio de consonancia, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en establecer si el demandante tiene derecho a la nivelación salarial equiparando su remuneración a la devengada por otros gerentes de tienda, y posteriormente examinar los consecuentes ajustes e incrementos.

En esa dirección, es primordial para la Sala establecer si existe o no una desigualdad respecto del salario de un trabajador, frente al percibido por otro, que ocupando el mismo puesto, cumpliendo la misma jornada y desempeñando su labor en igualdad de condiciones de eficiencia, sea de tal entidad que pueda por si sola constituirse en discriminatoria de los derechos salariales de éste frente a los

de aquel, contraviniendo así el principio de derecho laboral “*a trabajo igual, salario igual*”, consagrado en el artículo 143 del C.S.T. modificado por el art. 7 de la Ley 1496 del 2011.²

Se tiene entonces como requisito indiscutible para la aplicación del principio de derecho a la igualdad, la demostración plena en juicio de los tres elementos constitutivos de la igualdad laboral, así como la existencia de un patrón de conducta comparable, frente al cual se pueda determinar que evidentemente existe una diferencia de trato salarial cuando se dan iguales circunstancias de hecho en el desempeño laboral.

La comparación del demandante, según lo expuesto en la demanda, se propone frente a el señor ANDRES FELIPE AVILA respecto de quien se afirma ocupó el mismo cargo de GERENTE DE TIENDA desempeñado por el actor del 15 de febrero del 2015 al 15 de febrero del 2016 (folio 2 hechos 4 a 6), pero con un salario superior con relación al devengado por quien convoca la Litis, pretendiendo se efectúe la nivelación salarial correspondiente.

Establecido lo anterior, sea lo primero señalar, del análisis integro de los medios de prueba aportados, contrario a lo manifestado por la recurrente, a juicio de esta Sala de decisión, el demandante no acreditó las razones que aduce para la nivelación salarial reclamada, pues no se encuentra prueba alguna del salario percibido por el señor Andrés Felipe Ávila (con quien señala la diferencia salarial) para el 15 de febrero del 2015, pues tan solo obran respecto de éste las nóminas de diciembre del 2014 y de la segunda quincena de enero del 2015 (fls. 23 a 25) y tampoco se aportaron soportes de las remuneraciones recibidas por otros gerentes de tienda para el periodo aquí alegado, precisándose no se puede entender que el salario de un gerente para el año 2015 podía equivaler a \$1.499.500 que fue lo devengado pro el señor Ávila en la segunda quincena de

² “ARTICULO 143. A TRABAJO DE IGUAL VALOR, SALARIO IGUAL. -Artículo modificado por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011 -. El nuevo texto es el siguiente:

1. A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127.
2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.
3. Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.”

enero del 2015 (fl. 23), pues resulta necesario en el caso de autos determinar cuál era la remuneración de un gerente de tienda para el periodo en que se alega hubo diferencia salarial, esto es del 15 de febrero del 2015 al 15 de febrero del 2016.

Precisando la Sala para aplicar el principio de a trabajo igual salario igual, no solo basta afirmar que el cargo ocupado tiene la misma jerarquía al del otro, sino demostrar una verdadera igualdad, frente a la persona o personas con las cuales se busca el término de comparación, o en este caso particular demostrar la remuneración que echa de menos el actor no le fue cancelada.

Lo anterior, por cuanto al solicitarse la nivelación salarial, deben analizarse que efectivamente existan circunstancias de igualdad que den lugar a una comparación, aspecto que cobra relevancia, en tanto el actor omitió presentar un punto de comparación que permitiera la verificación de igualdad de circunstancias y diferenciación salarial, en especial, en atención a que existen aspectos tales como la antigüedad, formación académica y experiencia del trabajador que justifican la diferenciación en el trato salarial, por lo que como se dijo para establecer la igualdad salarial, no basta la identidad de cargos, máxime como en este caso, donde tendría que verificarse la remuneración establecida para los gerentes de tienda y esta estaba sujeta a aspectos tales como las competencias y requisitos exigidos para dicha labor, incluso el procedimiento o trámite que se debe realizar para la selección de tal cargo, pues el principio de trabajo igual salario igual, pretende evitar la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas; así lo señaló la máxima Corporación en sentencia 38475 de 22 de enero de 2013, en donde por demás se recuerda la línea jurisprudencial uniforme y reiterada sobre el tema.³

³ “...Ahora bien, haciéndose abstracción de la norma que debiera regular el caso, por cuanto en últimas de lo que se trata en lo esencial a cualquier norma que prevea la igualdad laboral es de censurar la permisividad de factores o circunstancias de inequidad en las relaciones del trabajo para, de ese modo, hacer prevalecer la igualdad de trato frente a similares situaciones laborales de productividad y eficiencia, cabe recordar que para efectos de establecer la igualdad salarial y prestacional en el trabajo la Corte ha explicado que no basta la identidad de cargos o puestos de trabajo entre quienes se quiere hacer la comparación, sino que se requiere, en cada caso, verificar que la diferencia salarial y prestacional sólo puede ser atribuida a circunstancias subjetivas, habida cuenta de que lo que se pretende conjurar es la discriminación salarial o prestacional ante circunstancias objetivamente idénticas.

Al respecto, bien vale la pena traer a colación lo expresado por la Corte recientemente en sentencia de 17 de abril de 2012 (Radicación 34.746), en los siguientes términos:

“Como se dejó visto al estudiar el primer cargo, el Tribunal consideró que la aplicación del principio consagrado en el artículo 143 del CST no operaba bajo la simple comprobación del desempeño igual, sino que se debían acreditar condiciones de eficiencia iguales, lo cual,

en su sentir, no se limitaba al rendimiento físico, sino que, conforme a la jurisprudencia (CSJ sent. Oct. 10 de 1980), se debían examinar aspectos tales como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad respecto al equipo, al material, al trabajo, a la seguridad de sus compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones, conforme con lo cual no todo trato diferente suponía una discriminación, pues, según señaló, éste podría estar justificado cuando se apalancaba en factores razonables, como podrían ser la antigüedad y la experiencia, reconocidos por la jurisprudencia (Sent. 10 de octubre de 1980).

“La anterior hermenéutica del ad quem no luce equivocada, como lo reprocha la censura, pues está soportada en jurisprudencia de esta Sala, en la que se indica que la concurrencia de unas condiciones especiales, en cabeza de un trabajador, que tengan repercusión en una mayor eficiencia en la prestación del servicio permiten diferencias en su remuneración, lo que no está en desacuerdo con lo afirmado por la Corte Constitucional al respecto.

“En la perspectiva de explicar la correcta aplicación del principio de a trabajo igual salario igual prevista en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, el juzgador de segundo grado precisó, con soporte en un criterio doctrinal de la Sala, fijado en sentencia de 10 de octubre de 1980, que, frente a discusiones suscitadas en torno a diferencias salariales, le correspondía al juez del trabajo examinar aspectos, de tan especial importancia, como los relativos a la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad, respecto al equipo, el material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones. Visión que naturalmente no se aparta del sentido de la norma, pues su sentido natural y obvio indica que la remuneración debe ser igual, siempre que no medien circunstancias en la prestación del servicio que justifiquen una diferencia salarial, atendiendo las condiciones personales del trabajador, que tienen incidencia para un mejor desempeño en el cumplimiento de sus funciones, que pueden ser de diferente orden, como serían, entre otras, la antigüedad en la empresa, la experiencia en la labor desempeñada, la capacitación, su adaptación al medio de trabajo, la iniciativa, la constancia y sentido de responsabilidad que haya demostrado en la práctica.

“No aparece entonces que el entendimiento que asignó el Tribunal al principio referido se aparte de su genuina exégesis.

“Conviene señalar que los derroteros doctrinales, a que se remitió el Tribunal, aparecen comprendidos en reciente sentencia de la Sala de 18 de mayo de 2009, radicada con número 33673, en la que se precisó, lo siguiente.

““Lo que en realidad argumenta la censura es que la simple equivalencia en el cargo y en las funciones es suficiente para reclamar la igualdad salarial que consagra el citado artículo del Código Sustantivo del Trabajo.

““Sobre el particular, cabe precisar que aunque la igualdad en el cargo y en las labores como fuente de la nivelación salarial puede tener fundamento en otras fuentes normativas como convenciones colectivas en que así se pacte y en normas internacionales del trabajo, que en este asunto no se citan, de tiempo atrás la jurisprudencia laboral ha explicado que no es suficiente para obtener una igualdad en el trato salarial con apoyo en el artículo 143 mencionado. A ese respecto, en un caso semejante, en sentencia del 10 de junio de 2005, radicación 24272, en relación con otras normas pero que, en su esencia, consagran el mismo principio de a trabajo igual, salario igual, expresó, en lo que es estrictamente pertinente a este asunto, lo que a continuación se transcribe:

(...)

““Pero lo anterior no significa que la simple similitud en el cargo desempeñado sea fundamento suficiente para la igualación salarial, pues, como se ha visto, existen razones que, aún en presencia de esa semejanza, permiten al empleador pagar una remuneración distinta a los trabajadores que desempeñen cargos análogos.

““Con todo, el Tribunal no exigió a la actora una demostración de las condiciones en que se prestó el servicio en los términos sugeridos por la censura, pues, precisamente, encontró diferencias sustanciales tanto en las funciones desempeñadas por la actora y Luz Victoria

Arcila Duque, como en las responsabilidades laborales que a cada una de ellas correspondía, análisis probatorio que luce ajustado a los requerimientos del artículo 5° de la Ley 6ª de 1945.

““Por otro lado, asevera el impugnante que el trabajo por cotejar debe ser mirado de manera genérica y, en cuanto a las funciones de los trabajadores comparados, no deben ser ellas específicas sino que su análisis se ha de efectuar de manera amplia. Sobre el particular, importa advertir que esa manera de ver el principio de igualdad salarial no se corresponde con su esencia ni con las normas legales que, en lo relativo a los trabajadores oficiales, lo desarrollan. Lo que en últimas se pretende con esa equivocada hermenéutica es establecer un igualitarismo salarial por la simple equivalencia en los cargos desempeñados, dejando de lado que, como quedó visto, la ley laboral permite para ese evento razonables diferencias en la retribución, en cuanto no comporten una discriminación por razones de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.

““Sostiene también el impugnante que una vez acreditado por el trabajador que desempeña la misma clase de trabajo que otros que reciben una mayor retribución, su capacidad laboral debe presumirse, sin perjuicio de que el empleador acredite las razones para la existencia de una remuneración diversa. No encuentra la Corte fundamento jurídico en la presunción alegada por el censor, pues la aptitud laboral de un trabajador que pretenda una nivelación salarial es cuestión que debe establecerse de manera individual, de tal modo que pueda ser comparada con la de su compañero de labores a cuya misma retribución aspira; por manera que no es dable demostrarla a través de suposiciones genéricas”.

““No obstante lo anotado, encuentra la Sala pertinente apuntar que el juzgador de segundo grado no se equivocó al estimar que la mayor antigüedad del trabajador al que remplazó la actora, corresponde a un factor indicativo de que no hubo la discriminación salarial que se aduce, habida consideración de que la jurisprudencia en torno al tema de la igualdad salarial ha sido uniforme y reiterada en punto a que ésta opera frente a condiciones de eficiencia equivalentes y que, precisamente, la antigüedad influye necesariamente en las condiciones del trabajador en aquellos casos en que es objetivamente importante la capacidad que se aduce y la tranquilidad que inspira el trabajador preparado, **de tal suerte que se ha considerado que la antigüedad y la experiencia del trabajador son circunstancias que permiten justificar una diferenciación en el trato salarial, sin que con ello se entienda que existe un proceder discriminatorio.**

““En un caso similar al que aquí se analiza, se pronunció esta Corte en sentencia del 24 de mayo de 2005, radicación 23148, de la siguiente manera:

““Finalmente, resulta oportuno anotar en torno del tema de la nivelación salarial controvertido en este asunto, que está ligado indisolublemente al principio de a trabajo igual salario igual, que la jurisprudencia tiene reiterado que esta garantía tiene aplicación imperativa cuando se desempeña el mismo puesto, en condiciones de eficiencia iguales; de manera que en relación con el segundo presupuesto referido cobran preponderancia para la fijación de salarios factores tales como la capacitación para el cargo, la antigüedad y experiencia de los trabajadores, que permiten una asignación salarial distinta, sin que se entienda que obedece a un proceder discriminatorio, pues se fundamenta en razones lógicas que en gran medida se encuentran fundadas en la equidad.”

““Sin que sea necesario ahora determinar si la regla contenida en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo tiene cabida cuando las funciones laborales no se ejercen simultáneamente por los trabajadores en los que concurre la diferencia en el trato salarial, tampoco surge errada la inferencia de la decisión acusada según la cual no se quebrantó en este caso el principio de igualdad salarial, debido a que la actora no laboró en la misma época que el trabajador con quien pretende la nivelación en la remuneración, por razón de que no se presentó la igualdad de condiciones.

““Lo anterior, por cuanto que el principio de igualdad salarial previsto en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo parte del supuesto de que exista igualdad en el puesto, la jornada y las condiciones de eficiencia y si, por la circunstancia de que los cargos no se desempeñaran simultáneamente, el fallador consideró que no era posible una comparación para encontrar la igualdad en las aludidas condiciones, no incurrió en una interpretación

A ello debe adicionarse, que según el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la sociedad convocada a juicio, la escala salarial se da por factores definidos como la antigüedad, estudios, experiencia específica y el cumplimiento de unas competencias⁴, igualmente el testigo Andrés Felipe Ávila⁵ (con quien pretende el actor se haga la nivelación) manifestó que no todos los gerentes de tienda son remunerados de la misma forma y que hay diferentes parámetros para ocupar tal puesto, tales como un mínimo de experiencia de 2 años y estudios como técnico, indicando el personal de la accionada por la antigüedad en la empresa también podían llegar a ser Gerente.

Advirtiéndose en todo caso, no se vislumbra en autos que en verdad el señor SANTAMARIA RODRIGUEZ, hubiese estado sometido a una desigualdad salarial en relación con los demás gerentes de tienda de la pasiva, pues se itera ni tan siquiera se logró establecer cuál era la diferencia de remuneración ni tampoco si el actor reunía o no las mismas condiciones en cuanto a experiencia y preparación, responsabilidades, funciones de los demás Gerentes de Tienda, lo cual impide colegir violación alguna del derecho a la igualdad con relación a la situación laboral y salarial acá estudiada y con la que se pretende la reliquidación de prestaciones legales y extralegales.

Debe decirse, no existen otros medios de prueba en el plenario diferentes a los estudiados de los que pudiera derivarse conclusión diferente a la expuesta, por lo que del análisis íntegro del acervo probatorio vertido en autos, se concluye que en caso de marras las pretensiones relativas al incremento salarial en virtud de la alegada nivelación salarial, no tiene vocación de prosperidad, por lo que habrá de confirmarse en este punto apelado la sentencia de primer grado.

equivocada del precepto, pues no hallar acreditados los supuestos de hecho exigidos en una norma es una cuestión relacionada con el análisis de las pruebas y no con la exégesis de la disposición. El cargo, en consecuencia, no prospera.

En síntesis, no basta desempeñarse el mismo cargo u puesto de trabajo, que se haga al mismo tiempo con quien se pretende la comparación, sino que cuenta que la productividad o eficiencia resulten similares, para lo cual cabe tener en cuenta, entre otras, la antigüedad, la preparación y ciertas capacidades individuales del trabajador. Luego, como las exigencias que echó de menos el Tribunal para este caso es dable contarlas como de aquellas que pueden y deben estar presentes en el ejercicio de la comparación, y responden a factores objetivos del trabajo, (...).”

⁴ Cd folio 342, record 14:38

⁵ Cd folio 342, record 42:37

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

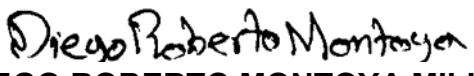
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones anteriormente expuestas,

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo del demandante.

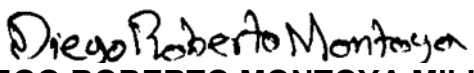
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

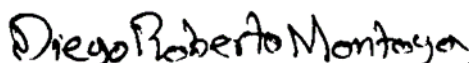
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DORA LILIA
CASTAÑEDA CONTRA COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (RAD. 28 2019
00544 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por JOHANNA ANDREA SANDOVAL en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS (folio 176 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de la demandante, Porvenir y Colpensiones (fl. 163 a 165, 167 a 171 y 173 a 176), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y de COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Veintiocho Laboral del Circuito de

Bogotá D.C., el 24 de noviembre del 2020 (Acta folios 154 a 156, Cd. fl. 153 audiencia virtual record: 41:32), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional efectuado por la señora DORA LILIA CASTAÑEDA TIBAQUIRA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha del 23 de febrero del año 2000 por intermedio de la administradora de fondos y cesantías Porvenir S.A. en consecuencia declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A. para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora DORA LILIA CASTAÑEDA TIBAQUIRA quien se identifica con la cedula de ciudadanía 35.518.109 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y que proceda a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: Las COSTAS de esta instancia serán a cargo de las administradoras demandadas se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá CONSULTAR con el superior en tanto le resulto adversa de los intereses de la demandada Colpensiones.”

Inconforme con la decisión la AFP PORVENIR apeló la decisión indicando que no procede la ineficacia por que se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en este sentido, así mismo señala que de acudir al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 tampoco procedería la ineficacia, pues esa norma menciona que quien atente contra la libre elección del afiliado de escoger el régimen pensional la sanción es administrativa, advirtiéndole en el caso de autos no están probados los actos atentatorios en los que aparentemente incurrió su representada para afectar la libre elección pues se reitera a la actora se le informó lo que se le debía manifestar tan es así que ella lo dejó consignado en el formulario de afiliación que a ella se le había advertido específicamente cuales eran las consecuencias de cambio de régimen.

Por otro lado aduce no pueden beneficiarse del régimen de prima media las personas que no han contribuido con su financiamiento, porque ello generaría una tensión permanente en su financiamiento razón por la cual la ley estableció la prohibición legal de trasladarse a quienes le faltaban menos de diez años para pensionarse, situación en la que se encuentra la actora pretendiéndose aquí burlar esa prohibición legal, adicional a que si se ordenara dicho traslado opera el fenómeno prescriptivo porque en ninguna parte está establecido que estos recursos financien directamente la pensión de actora, además pues porque también se estaría enriqueciendo sin justa causa el seguro social quien es en ultimas quien recibiría estos pagos por una gestión que jamás adelantó y que por el contrario la AFP llevo a cabo por más de veinte años que le permitió a la demandante incrementar su capital y los rendimientos.

Finalmente, indica que debe analizarse cada caso en particular pues no existen reglas matemáticas para declarar la ineficacia del traslado por la aparente falta de información, aunado a que existieron actos de relacionamiento por parte de la demandante, esto es, los diferentes formularios de afiliación que ella suscribió evidenciándose con ello la voluntad inequívoca de la actora de permanecer en el régimen de ahorro individual, sumado a que durante más de 20 años jamás se preocupó por conocer cuál era su situación pensional. (Cd. 153, record: 46:10)¹

¹ “Su señoría muchas gracias tal como lo anuncie respetuosamente presento recurso de apelación en contra de la decisión que se acaba de proferir, solicitándole al Honorable tribunal se revoque en todas y cada una de sus partes la providencia dictada por usted.

Los argumentos de la apelación voy a tratar de sintetizarlos en varios aspectos, el primero a juicio de mi representada no procede la declaratoria de ineficacia como quiera que la corte constitucional en sentencia C-345 del 2017 dice que “ La ineficacia en sentido estricto lo ha enseñado esta corporación se presenta en aquellos casos en los cuales la ley por razones de diferente naturaleza ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en este sentido” Luego no habría lugar a hacer una declaración judicial de ineficacia pues porque la misma ley así lo establece.

Ahora si se acude al artículo 271 de la ley 100 de 1993 para declarar la ineficacia como lo mencionado dentro de las consideraciones del despacho, claramente esta norma no establece bajo ninguna circunstancia los efectos que la CSJ de ha venido señalando pues esta norma menciona que quien atente contra la libre elección del afiliado de escoger el régimen pensional pues la sanción que establece es una sanción administrativa luego no se entiende como se acude a normas del derecho civil o del código civil y esto afecta un principio fundamental de derecho que es la inescindibilidad de las normas si acudimos a la ley 100 pues será la ley 100 la que deba regular el asunto si se acude al código civil pues será el código civil, entonces aquí se está haciendo una mixtura de normas, entonces no procede la declaratoria del 271, además porque en este asunto no está probado los actos atentatorios en los que aparentemente incurrió mi representada para afectar la libre elección pues se reitera a la actora se le informo lo que se le debía manifestar tan es así que ella lo dejo consignado en el formulario de afiliación que a ella se le había advertido específicamente cuales eran las consecuencias de cambio de régimen.

COLPENSIONES por su parte en la alzada, solicita sea revocada en su totalidad la sentencia de primer grado, pues valorado el caso bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizo actos que demostraran su intención e inconformidad de no pertenecer a la AFP, asegurando a la fecha la actora tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias de engaño y de falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto ineficaz que trata el artículo 898 del código de comercio, peticionando se autorice el reclamo de los perjuicios que ocasione del traslado a su representada e igualmente se remita la providencia al Ministerio de Protección Social para la sanción que trata el artículo 261 de la ley 100 de 1993. (Cd. 153, record: 54:16)²

Quiero también señalar que la corte constitucional ha invitado que no pueden beneficiarse de -régimen de transición las personas que perdóneme no al régimen de transición- sino al de prima media las personas que no han contribuido con su financiamiento hay una providencia de la corte constitucional que lo explica de manera precisa que no es posible porque definitivamente esto desfinancia el sistema de régimen de prima media la sentencia es la C-083 del 2019 en los que dice expresamente que Esto generaría una tensión permanente en su financiamiento el permitir y que por eso la ley estableció la prohibición legal de las personas de trasladarse a quienes le faltaban menos de diez años para pensionarse y aquí claramente la actora está en esa prohibición expresa y lo que está pretendiendo la actora con esta acción es burlar esa prohibición legal.

También su señoría quiero apelar ante el tribunal que se revoque la condena específicamente en gastos de administración y primas de seguros como quiera que no existe fundamento legal para imponer esta sanción, insisto no se pueden aplicar los efectos de una ineficacia de un acto jurídico como quiera que eso no es una consecuencia establecida en la ley ni en ninguna parte, insisto ley 100 si es que acudimos al 271 pero además porque el artículo 113 de la ley 100 claramente dice cuáles son los recursos que se deben trasladar, en el evento de perdóneme la redundancia del traslado y en ninguna parte habla de gastos de administración y primas de seguros, pero adicional a eso si ordenara el traslado de estas sumas pues esto claramente sobre ellos opera el fenómeno prescriptivo porque en ninguna parte está establecido que estos recursos financien directamente la pensión de actora, además pues porque también se estaría enriqueciendo sin justa causa el seguro social quien es en ultimas quien recibiría estos pagos por una gestión que jamás adelanto y que por el contrario mi representada si adelanto por más de veinte años en los que permaneció la demandante y que le permitió incrementar su capital y los rendimientos que es lo que se va a trasladar.

Finalmente su señoría quiero hacer mención de la sentencia SL 3752 de 2000 específicamente del 15 de septiembre del 2002 de la CSJ en donde menciona que debe analizarse en cada caso particular la situación del afiliado que no existen reglas matemáticas para declarar la ineficacia del traslado por la aparente falta de información pero adicional a eso menciona un término que quiero resaltarle al tribunal relacionado con los actos de relacionamiento y en esta situación de la señora Dora claramente se configura esta situación y los actos de relacionamiento no son nada diferente a los diferentes formularios de afiliación que ella suscribió que los mencionaba las consideraciones de esta sentencia se activó en el 2000, en el 2006 y en el 2009, luego esto claramente evidencia la voluntad inequívoca de la actora de permanecer al fondo de régimen de ahorro individual, Sumado a que como lo mencionaba el apoderado de Colpensiones durante más de 20 años jamás se preocupó por conocer cuál era su situación pensional, hecho que también ella lo acepto en el interrogatorio de parte y que pues permitió por más de veinte años un descuento con destino a un fondo privado y pruebas que analizadas en conjunto demuestran sin lugar a duda la voluntad de la actora de permanecer al fondo privado. En estos términos dejo su señoría sustentado el recurso de apelación solicitándole al honorable tribunal revoque la sentencia que se acaba de proferir, muchas gracias.”

² “Gracias señora juez me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia proferida solicitándole sea revocada en su totalidad y siendo este caso valorado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizo actos que supieran de no intención e inconformidad de pertenecer a la AFP, a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias engaño, de falta de información sean contrarias al

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora DORA LILIA CASTAÑEDA TIBAQUIRA, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de demanda a folios 2 y 3, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 3 a 6, aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, en consecuencia se ordene trasladar a Colpensiones, los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, derechos *ultra y extra petita* y costas procesales. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, tras considerar que Porvenir no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con las cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro invalidez y sobrevivencia.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, en relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del traslado realizado por la actora,³ los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada

perfeccionamiento del acto ineficaz que trata el artículo 898 del código de comercio ,pues no podemos concluir que bajo las máximas de la experiencia exista un acto ineficaz cuantificable en décadas y percatare solo de ello a puertas de la causación de la pensión de vejez.

Siendo una providencia confirmatoria solicito a los señores magistrados que se autorice reclamo de los perjuicios que ocasione del traslado a mi representada e igualmente que se remita providencia al ministerio de protección social para la sanción que trata el artículo 261 de la ley 100 de 1993 , gracias señora juez.”

³ 23 de febrero del 2000 (fol. 38)

5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”⁴.

En ese orden, en el caso de marras, se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por Colpensiones (folios 160 y 161⁵) la actora registró afiliación a esa entidad el 1° de marzo de 1999 (folio 160), y dado que según el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR ésta se trasladó de régimen pensional el 23 de febrero del 2000 (folio 38) lo procedente sería abordar el estudio de la validez del traslado previa constatación de la permanencia en el tiempo mínimo señalado en precedencia; no obstante, comoquiera que tal aspecto no hizo parte del petitum de la demanda ni fue objeto de debate en el trámite del proceso, como tampoco impide solicitar la nulidad de la afiliación, la Sala continuara el estudio de los puntos objeto de apelación en virtud del principio de consonancia, así como de las condenas impuestas a Colpensiones derivadas de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional por el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad, el cual se surte en razón a que la orden dispuesta por el Juez de primer grado puede ocasionar una eventual obligación de pago de una pensión a favor de la accionante (Ver sentencia SL 2035 del 2020⁶)

⁴ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

⁵ Impreso para mayor claridad del expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético (Cd fl. 137)

⁶ "Por tanto, contrario a lo aducido por la impugnación, la segunda instancia no tenía la limitación decisoria que ésta le enrostra, pues en virtud de la norma procesal que puso a operar, como imperativamente le correspondía, debía revisar, sin restricción, la condena que en contra de COLPENSIONES fulminó el Juez unipersonal, así esta entidad hubiera apelado el primer fallo, únicamente, en punto del tema de la reclamación administrativa y a pesar de que el otro sujeto procesal, PORVENIR S.A, no haya promovido la alzada, pues es relevante que el silencio de ésta, frente al proveído inicial, se explica en que se le liberó de una eventual obligación de pago de una pensión a favor del actor, carga que se trasladó a la aseguradora

Conforme a lo anterior y en aras de resolver el litigio, se tiene que a folio 40 (copia cédula de ciudadanía) se registra como fecha de nacimiento de la actora el 18 de mayo de 1963, por lo que al 1° de abril de 1994 apenas contaba con 30 años de edad y en ese orden, no resulta beneficiaria del régimen de transición, precisando para esa data ni tan siquiera se encontraba afiliada al RPM pues ello ocurrió el 1° de marzo de 1999 (fl. 160), como tampoco evidencia la Sala prueba alguna que acredite haber elevado petición ante las accionadas del retorno al Régimen de Prima Media cuando le faltaban más de 10 años para adquirir la edad de pensión.

De esta forma y con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 23 de febrero del año 2000 (fls. 38 y 103), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR y el registro de ASOFONDOS y en esa medida, resulta procedente su estudio.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

En efecto, la jurisprudencia que sobre el particular ha dejado sentada la Corporación de cierre de esta jurisdicción, ha entendido que la expresión "*libre y voluntaria*" contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone necesariamente el conocimiento, lo que sólo es posible alcanzar cuando se saben a conciencia las consecuencias de una decisión de esta envergadura.

de la cual es garante la Nación, en cuyo beneficio opera la dispensa del grado jurisdiccional de consulta, en el marco del debido proceso judicial, que garantiza y protege el artículo 29 de la CN. "

Frente al tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136, radicación No. 46.292 de 2014, enseñó:

«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

El juez no puede pasar inadvertidas falencias informativas, menos considerar que ello no es de su resorte, pues es claro que cuando quien acude a la jurisdicción reclama que se le respete el régimen de transición, indiscutiblemente, como se anotó, surge la perentoriedad de estudiar los elementos estructurales para que el mismo opere, es decir, debe constatar que el traslado se produjo en términos de eficacia, para luego, determinar las consecuencias propias.»

En tal sentido, “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” (SL1688 de 2019).

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc o desde siempre⁷, por ende el traslado en el presente litigio se ha de estudiar bajo la figura de la ineficacia.

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del

⁷ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

traslado, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa dicho acto por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si

ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁸, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁸ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicales 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al

que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender

proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la actora recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio (cd. fl. 153, record: 9:58), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Porvenir, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar y que la pensión sería igual que la que podría obtener en el régimen de prima media, pero sin mayores explicaciones de ello.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fls. 38 y 105), plasmado en

el formulario de afiliación a Porvenir, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la AFP demandada (sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, este no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Además, en cuanto al comunicado de prensa visto a folios 107 y 108, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (23 de febrero del 2000 fls. 38 y 105), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL12136 del 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, el hecho que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (ver historial vinculaciones SIAFF fl. 103) ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, administrada por PORVENIR junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

Aquí conviene precisar, en autos no tiene incidencia alguna la financiación del sistema o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva que retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Advirtiéndose a la apelante Porvenir en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de declaratoria de ineficacia no lesionan *“el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”* Sentencia SL2877, rad. 78667 del 29 de julio del 2020.

En relación con los argumentos de apelación de PORVENIR relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación del actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración.

Frente a los gastos de administración en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

[...]

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 ésta 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.***

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el

pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada.”

Igualmente, en la sentencia SL1421-2019, Radicación N° 56174 del 10 de abril de 2019, se expuso:

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones (fl. 112 vto y 113⁹) respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta y alegada por Porvenir en su apelación frente a los gastos de administración, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

En cuanto al tema de la prescripción la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, indicó:

“...recientemente, en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniéndose que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal

⁹ Por auto del 27 de febrero del 2020 se tuvo por contestada la demanda (fl. 123).

para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de ineficacia del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine, en la aludida providencia se dijo:

*Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que **las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo**, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negritas y subrayas fuera de texto)

Finalmente, frente a los argumentos expuestos en la alzada de Colpensiones, relacionados con el reconocimiento de unos perjuicios, luce evidente su improcedencia, pues aunado a que es un tema que no hizo parte del objeto de debate, no se encuentran probados, igualmente no se accede al envío de las actuaciones al Ministerio de la Protección Social, por cuanto en la presente decisión no se analizaron conductas relacionadas con engaños o fraudes a la afiliada sino la falta del deber de información al momento del traslado de régimen.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

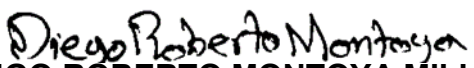
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

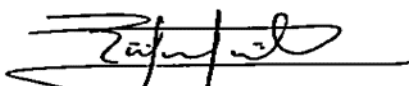
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ROBERTO VILLA HENAO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., trámite al que se vinculó a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL S.A. (RAD. 29 2018 00354 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, mediante correos electrónicos del 15 y 17 de diciembre de 2020, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de noviembre de 2020 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 291, récord 1:31:16, acta de audiencia folios 292 a 284, expediente físico), en la que se resolvió:

*“**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor ROBERTO VILLA HENAO identificado con C.C. No. 19.369.099, ante PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 27 de julio de 1994, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia **DECLARAR** que para todos los efectos legales del afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en régimen de prima media con prestación definida*

SEGUNDO: ORDENAR a Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ROBERTO VILLA HENAO por concepto de cotizaciones, rendimientos, para lo cual se concede el termino de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de Pensiones y Cesantías Provenir S.A todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del actor por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado, así como actualizar la historia laboral.

CUARTO: Sin condena en **COSTAS**

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de PORVENIR interpone recurso de apelación señalando, no se tuvieron en cuenta las particularidades del caso, así como el interrogatorio de parte, pues se consideró únicamente que al demandante se le efectuó una afirmación que no podía realizarse en ese momento respecto al monto de su mesada pensional y se desechan las demás afirmaciones del actor que permiten concluir que se le entregó la información cuando se trasladó pues dio a conocer de manera general las características condiciones, acceso y riesgos. Así, ilustró sobre los rendimientos, que los beneficiarios podrían acceder al dinero por sucesión, etc.¹ (Audiencia Virtual artículo 80 del C.P.T. realizada a través de la

¹ “Listo por eso le solicitaba la aclaración, en ese sentido pues respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia recién proferida y sustento el recurso de la siguiente manera: Respetuosamente solicito al Honorable Tribunal revocar en su totalidad la sentencia recién proferida por razones muy concretas que expreso a continuación: En este caso concreto digamos que no se tuvo en cuenta las particularidades del caso y las particularidades del demandante considero yo, hizo una explicación o una exposición muy clara el despacho del deber de información que le correspondía a mi representada para la fecha en la que se vinculó específicamente el demandante en este caso, sin embargo a pesar de ello después desconoce la prueba recogida del interrogatorio de parte y desconoce parte de lo que dijo esta persona, tiene en cuenta en su interrogatorio y da como demostrado solo con su dicho que se le entrego una información supuestamente que no podía ser afirmada en ese momento y esto es que su pensión o su mesada pensional iba ser mucho mayor en este régimen, sin embargo tiene en cuenta eso pero no tiene en cuenta todas las afirmaciones que realizo el demandante y que permite concluir sin duda que si conocía y que si se le entrego la información al momento de su traslado, la información que precisamente el despacho está indicando que estaba en la obligación de entregar el fondo que represento al demandante y esto debe explicar al menos de manera general las características, condiciones, acceso y riesgo de régimen con el dicho del demandante en su interrogatorio de partes si se demostró que se le entrego esa información el claramente afirmo que si conocía las características del RPM y también que conocía dentro de su interrogatorio se demostró que si se le entregó la información respecto a las características del RAIS y se le insistió si eso lo había conocido, el insistía en que conocía esas diferencias hace unos seis años cuando tuvo algún tipo de capacitación en este sentido, sin embargo dentro del interrogatorio si se revisa con cuidado se ve que el manifestó que si conocía todas estas condiciones del RAIS o las características de dicho régimen, conocía que se afectaba el hecho de que tuviera mejores rendimientos en un fondo u otro afectaba el fondo o el valor, los rendimientos que iban a parar a su cuenta de ahorro individual y que esto afectaba finalmente su derecho pensional, conocía que los beneficiarios que declaraba como tales en los diferentes formularios de afiliación podía ser sucesores de ese dinero o podía acceder a ese dinero con fundamento en una posible sucesión en caso de su muerte. Todo lo

plataforma Microsoft Teams, Cd folio 291, récord 1:33:36, acta de audiencia folios 292 a 284, expediente físico).

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ROBERTO VILLA HENAO en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 41 y 42) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 42 a 45), aspirando principalmente se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad al no habersele proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse con esa administradora, incumpliendo el deber del buen consejo; además, se declare que PORVENIR incurrió en omisión en su deber de información con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que tienen cada uno de los regímenes pensionales. En consecuencia, se condene a PORVENIR como administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado, a trasladar los aportes cotizados en el RAIS, ordenando igualmente a COLPENSIONES aceptar los aportes y registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 1 de febrero de 1980. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida junto con los rendimientos financieros. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.**

anterior demuestra que el demandante si se le entrego la información respectiva por lo cual no procedería la condena a la ineficacia de que se produjo en este proceso. De esta forma dejo sustentado el respectivo recurso de apelación presentado”

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 3 de noviembre de 1958 (folio 4), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de abril de 2018 (folios 34) y a PORVENIR el 7 de junio de 2018 (folio 36 a 38), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 59 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994³-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 115.71 semanas de cotización (reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por Colpensiones, expediente administrativo CD folio 77) equivalentes 2,24 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **27 de julio de 1994** (folios 98 y 101 vto.) específicamente

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

³ Era trabajador del sector privado.

conforme al formulario de afiliación a PORVENIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, debe precisarse, frente a la ineficacia o nulidad del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata

de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de del actor al fondo accionado PORVENIR.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁴, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁴ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...)

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

***“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.
(…)***

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen el demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁵, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto se limitó a indicar que fue abordado por un asesor en su sitio de trabajo quien de manera individual le mostró las “bondades” del fondo, indicándole que su pensión sería más alta, que podría pensionarse a menor edad y que el ISS se acabaría, siendo estas las razones motivantes de su traslado. Del mismo modo, y ante los cuestionamientos efectuados por los apoderados de las encartadas, el demandante mencionó que le habían explicado sobre la cuenta de ahorro

⁵ CD folio 291, récord 16:30.

individual y que la pensión se podía heredar. También señaló que conocía los requisitos del régimen de prima media para pensionarse.

Conforme tal medio de prueba, y como ya se advirtió, el demandante no contaba con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, se olvidó la AFP de ponerle de presente aspectos tan importantes como las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS sin ilustrar cómo sería ello posible.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 124 a 125, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (27 DE JULIO DE 1994, folio 98), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Es menester precisar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto se puede consultar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

Tampoco incide el hecho que el demandante hubiese efectuado traslados entre AFP (folios 101 vto.) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, situación que por demás no es ni fue objeto de litigio. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folios 101), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este aspecto.

Conviene anotar, en autos no tiene relevancia lo atinente a la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues es suficiente indicar en este punto, que no se está avalando el tránsito de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva a retornar al régimen de prima media con prestación definida, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁶ (folio 81), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

⁶ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 21 de febrero de 2019 (folio 146).

Agotada la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con las precisiones señaladas.

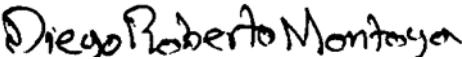
SIN COSTAS en esta instancia.

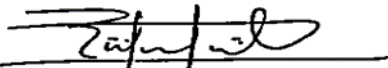
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADOLFO LEÓN LESMES TOCORA CONTRA LA FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, trámite al que se vinculó a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CTA COOASERVEN, a SES DE OCCIDENTE S.A., a ADECCO COLOMBIA S.A. y a S&M OUTSOURCING S.A.S (RAD. 30 2018 00001 01).

Bogotá D.C. veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandado (fs. 507 a 510) y la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (folios 511 a 513), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos el demandante y la demandada Federación Nacional de Cafeteros contra la sentencia proferida por el Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de septiembre de 2020 (Cd a folio 503, audio 8, récord: 06:58, acta a folios 499 a 501), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLÁRESE** que entre el demandante ADOLFO LEON LESMES TOCORA y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA existió un contrato de trabajo a término indefinido, sin solución de continuidad, bajo la tesis de contrato de realidad, entre el 1 de enero del 2011 hasta el 23 de julio de 2015 terminado sin justa causa por la parte demandada.*

***SEGUNDO: CONDÉNESE** a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA a cancelar a favor del demandante ADOLFO LEON LESMES*

TOCORA la suma de \$2.903.512 por concepto de indemnización del contrato sin justa causa, artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

TERCERO: DECLÁRESE probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de las demás pretensiones.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada y a las Litisconsorte necesarias de las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: ASÍGNESE como gastos de curaduría la cantidad de \$350.000 pesos a cargo de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS quien fue la parte que llamó a conformar el contradictorio con un Litis consorcio necesario COOPERATIVA COOASERVEN e inclúyase el valor de la liquidación de las costas procesales.

SEXTO: CONDÉNESE en costas a la entidad la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. **LIQUÍDENSE** por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos a favor del demandante”.

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación centrando su inconformidad en dos aspectos puntuales. De una parte, el extremo inicial de la relación declarada por el juez de primer grado, y de otra, la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva que ostenta el actor.

Así, indica, si bien la documental de folios 134 a 144 fue tenida en cuenta por el juez como prueba de la prestación personal del servicio continua e ininterrumpida, este echó de menos que los aportes con la cooperativa COOASERVEN inician el 4 de octubre de 2003, siendo esta calenda la que, en su sentir, debió tenerse como fecha de inicio de la relación laboral, que es lo que realmente pidió en la demanda, en la cual, por error involuntario consignó como anualidad inicial 2013.

Refiere, el mentado documento guarda correspondencia con los testimonios de los señores GUILLERMO y FRANCISCO, así como con las contestaciones de las diferentes empresas vinculadas al trámite, en las que según dice, aparece la vinculación desde 2003 y hasta 2015.

La modificación del extremo inicial, expresa, cobra importancia por cuanto con ella se acreditaría que el demandante trabajó más de 8 años con la Federación, lo cual, a su vez, permitiría dar aplicación a la convención y obtener el derecho al reintegro que resulta ser la pretensión principal de la demanda.

Por otra parte, con relación a la aplicación de la convención, sostuvo, aunque el Juez para desestimar su calidad de beneficiario de tal instrumento acogió la tesis de la demandada frente al no pago de cuotas sindicales por parte del actor y que el sindicato no era mayoritario, recordó que ya la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la cláusula es general y por ende aplica a todos los trabajadores de la Federación, además de tratarse de una obligación asumida por esa sociedad que no admite condicionamientos como la ausencia de pago de la cuota sindical o que el sindicato sea mayoritario.

En ese sentido, discurre, siendo el demandante beneficiario de la convención y al haberse iniciado el contrato el 4 de octubre de 2003, claro resulta que laboró por más de 10 años y por ende tiene derecho al reintegro previsto en dicha norma¹ (Cd a folio 503, audio 8, récord: 06:58, acta a folios 499 a 501).

¹ “Muchas gracias. Efectivamente estoy en desacuerdo con unos aspectos del pronunciamiento que acaba de hacer el señor juez y con todo respeto me voy a referir a ellos a efecto de fundamentar el recurso de apelación que es objeto del pronunciamiento para que el Tribunal al conocerlos, aspiro a revocar la decisión a la parte la cual me voy a referir.

El señor al referirse a los documentos hace mención a una prueba a una prueba documental que es una constancia del sistema general de protección de cesantías que está a folio 134 y 144 del expediente esa prueba le sirve de fundamento para efecto de acreditarse que el demandante presto de manera personal e ininterrumpida específicamente para el tema de que no hubo interrupción durante todo ese periodo de prestación del demandante a favor de la Federación, entonces en esa prueba documental usted mismo menciona cuando relaciona ese documento que el inicio de esos aportes comienza con la empresa COOASERVEN el 04 de octubre del 2003 que aunque pareciera ya de cualquier circunstancia y tiempo en la demanda desafortunadamente se me fue un uno, ahí notaran que el hecho dice octubre del 2013 ahí se me fue un uno pero efectivamente se refería a esa prueba que es octubre del 2003, esa prueba entonces si bien el juez la tiene en cuenta para tener acreditado que no hubo interrupción, sin embargo esa misma prueba que indica todas las empresas y los periodos que coinciden incluso con los testimonios del señor Guillermo y el señor Francisco como en las contestaciones y en las otras pruebas documentales o sea contratos suscritos entre las diferentes empresas ADECCO SAS de occidente, S&M outsourcing o sea ahí aparece acreditado todo el historial de vinculación de esas empresas y aparece a partir de octubre del 2003 la vinculación hasta el 2015, entonces mi inconformidad radica que si bien se tuvo en cuenta para la no interrupción, no se tuvo en cuenta para la fecha de inicio porque el señor juez dice y tiene como acreditado 01 de enero del 2011 pero no tuvo en cuenta lo que me refiero que en ese documental aparece COOASERVEN pagando aportes a favor del demandante desde el 04 de octubre del 2003 y esos aportes solamente se hace si uno considera a esa persona como trabajador, entonces por eso estoy en desacuerdo en que no debió ser enero del 2011 sino el 04 de octubre del 2003 que aparece señalado claramente en esa documental que obra a folio 134 a 144 frente a las otras declaraciones no tengo, digamos la declaración de ser un contrato de realidad que hubo una prestación del servicio no tengo objeción y es tan importante digamos tener en cuenta esa fecha porque esa fecha es lo que permite acreditar que efectivamente el demandante trabajo más de 8 años con la Federación y le permitiría en aplicación de la convención tener el derecho al reintegro que es la pretensión principal de la demanda

El segundo aspecto que digamos tengo inconformidad es frente a la aplicación de la convención colectiva el señor juez tuvo en cuenta lo manifestado por la Federación en el sentido y por las pruebas que obran que la aplicación estaba supeditada a si se pagaba o no las cuotas o si era o no mayoritario el sindicato, frente a esas dos razones que digamos el juez acogió ya la Corte Suprema de Justicia en eso ha habido unanimidad y por eso yo me referí esta sentencias que para no ser largo me remito a los alegatos en donde allí frente que precisamente a la aplicación de la convención la señale porque ahí en

A su turno, el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros centró su inconformidad en la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, pues no comparte la interpretación legal y probatoria que realizó el juzgado para arribar a la conclusión de que se probó la prestación personal del servicio.

En ese sentido, aduce, con relación a la subordinación, no se efectuó la diferenciación de las figuras jurídicas que se ejecutaron en este caso, precisando, no puede perderse de vista que se trató de diferentes empresas, con objetos disímiles y modalidades de contratación distintas, en cuya ejecución, dice, se respetaron tanto los términos de los contratos comerciales como aquellos establecidos en el artículo 31 y s.s. de la Ley 50 de 1990, desconociendo por tanto la figura de la subordinación delegada y la posibilidad de una intermediación legal.

Bajo tal orientación, sostiene, con S&M Outsourcing S.A.S la Federación celebró contrato de prestación de servicios en la que la compañía contratista actuó con independencia y autonomía técnica, administrativa y financiera, delimitado sus actividades en el instrumento contractual suscrito entre las partes. Por el contrario, anota, con las otras dos empresas la negociación fue en los términos de la Ley 50 de 1990 para una asistencia concreta y aunque el

todas esas sentencias la Sala Laboral de la Corte Suprema ha considerado tal como está establecido la cláusula está en forma general y no hay condicionamientos por lo tanto entonces cualquier trabajador de la Federación se le debe aplicar los beneficios convencionales lo de las cuotas sindicales está en el inciso dos que en esa sentencia dice que ese inciso dos no es parte del inciso primero que es general de aplicación, lo que hay en el inciso dos del pago de cuotas es una consecuencia dicen las sentencias, una consecuencia de esa aplicación por lo tanto entonces allí se aplicaba la convención en esos casos, en esas sentencias porque son muchas más se aplicaba la convención con esa teoría de como la Federación se había obligado con el sindicato ha aplicar de forma general, ella no podía sustraerse ni decir que eso estaba condicionado ya fuera porque el sindicato fuera minoritario o no o que pagaba o no la cuota o si era sindicalizado o no era sindicalizado porque es muy clara con la sola lectura de ese inciso primero se denota que no hubo querer de las partes de condicionar la aplicación , entonces como el juez acepto fue esa teoría de la federación obviamente no aparece acreditado de nuestra parte de que el fuera afiliado o que el fuera mayoritario el sindicato que el hubiere pagado cuotas porque ese no es el sentido de aplicación de la sentencias de la Corte Suprema , entonces al no estar de acuerdo con esa posición del juzgado perjudica a la parte demandante porque entonces tampoco si ese es el entendimiento tampoco él tendría derecho al reintegro y eso no es cierto por el sustento de la sentencia que acabo de decir, entonces por estas razones yo considero que si está acreditado que el señor demandante ingreso a trabajar desde el 04 de octubre del 2003 a lo probado determinación que fue en junio de 2015 van más de diez años por lo tanto si la aplicación de la convención se entiende tal como está la cláusula convencional que es general automáticamente se le aplicaría la convención y en especialmente esa cláusula que dice que tiene derecho al reintegro por tener más de ocho años que es la pretensión principal que nosotros perseguimos, bajo ese entendimiento queda sustentado el recurso para solicito al Tribunal para cuando sea la oportunidad.”

demandante laboró en ese evento como trabajador en misión, apunta, no se puede perder de vista la subordinación delegada.

De otra parte, refiere, no es dable confundir el objeto social con las actividades propias del giro ordinario de la empresa, enfatizando que la venta minorista de insumos agrícolas no hace parte de esto último.

Subraya, según las pruebas enlistadas por el juzgador de primer grado, la prestación de servicios con la cooperativa COOASERVEN fue hasta septiembre de 2011 iniciando la relación con las otras empresas que llaman intermediarias en febrero de 2012, esto es, existió un lapso superior a 5 meses en el que no se demostró la prestación personal del servicio, por lo que, de establecerse el contrato realidad, sugiere, este debe ser a lo sumo desde febrero de 2012 y hasta junio de 2015 y no desde el año 2011 como lo concluyó el *a quo* y menos aún desde 2003 como lo aspira el demandante en la alzada a partir de unas cotizaciones que fueron efectuados por un tercero ajeno a la Federación con las que no se acredita nada, solo que estuvo vinculado a la Cooperativa de Trabajo Asociado y se desconoce con qué objeto.

Con todo, insiste en la inexistencia de medios que conlleven a concluir la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo y menos aún de subordinación por parte de la Federación.

Crítica el hecho de haberse tenido en cuenta el testimonio de Guillermo Peña, quien, contrario a lo advertido por el juez, estuvo presente en la audiencia y no en sala de espera, situación que, en su sentir, va en contravía de lo dispuesto en el artículo 220 del C.G.P. pues este escuchó las declaraciones de quien lo precedió, enfatizando, de todas formas las manifestaciones de los terceros versaron sobre situaciones personales y particulares de los deponentes, además de ser personas que expresaron no haber laborado en el mismo lugar de trabajo con el actor, de allí que no conozcan quien le daba órdenes al demandante, cómo desempeñaba sus labores o quién ejercía la subordinación, iterando, deben valorarse las pruebas en su conjunto, entre ellos los contratos

comerciales, declararse probada la tacha de sospecha frente a los testigos y absolverse a esa sociedad de la declaración del contrato realidad.

De manera subsidiaria, aduce, si se partiera del supuesto de la existencia del contrato de trabajo, de todas formas no habría lugar a la indemnización por despido sin justa causa porque de la revisión del escrito demandatorio se desprende “que no hay prueba alguna del supuesto despido” encontrándose únicamente el dicho de Francisco Duque quien indicó que “un día llegó a las oficinas o al lugar donde trabajaba supuestamente el señor Lesmes Tocora y le dijeron que este ya no se encontraba allí”, sin conocerse la razón² (Cd a folio 503, audio 9, récord: 0:05, acta a folios 499 a 501)

² “Objeto de mi recurso y específicamente con la decisión de declarar un contrato realidad entre el señor Adolfo León Lesmes Tocora y la empresa que represento en este punto diciendo de la interpretación legal y probatoria que realiza el despacho para llegar a tal conclusión y para ello creo que debemos empezar a remitirnos a las mismas pruebas en que se basó el despacho para establecer que se encontraba demostrada la existencia de la obligación en el presente proceso, si se encontraba demostrado la prestación de servicio personal, y la subordinación además del pago del salario claramente, específicamente frente al tema de la subordinación y en ese punto en concreto que es lo que encuentro, lo que encuentro es que no se diferencia por parte del despacho las diferentes figuras jurídicas que se ejecutaron en este caso pues no se puede confundir ya que se trató de diferentes de que empresas con objeto sociales diferentes o diferentes tipos de contratación o para generar objetos distintos uno es el caso de prestación de servicios temporales como se fue y se hizo legalmente y respetando los términos de los contratos comerciales, los términos establecidos en la ley 50 de 1990 los artículos 31 y siguientes con los respectivos límites temporales y de trabajo señaladas casos para los cuales como se trata de una prestación de servicios temporales hay un elemento de subordinación delegada que se desconoció por parte del despacho cuando se habla de forma genérica de todo el fallo de que se trataba de este tipo de prestación de servicios de un tipo de intermediación, dejando que es claro según la legislación laboral colombiana que hay una intermediación legal en Colombia y esta es la de las empresas de servicios temporales en los términos indicados de la ley 50 de 1990 y las excepciones allí planteadas, sin embargo hay un periodo de tiempo mediante el cual el servicio que se prestó, podemos decir que hay dos contratos uno con ADECCO y otro con S&M outsourcing y otro con SES en los que se ejecutaron contratos de servicios temporales, sin embargo hay otro periodo de tiempo que realmente no se trató de ningún servicio personal prestado por el señor Adolfo León Lesmes Tocora con la Federación sino que por el contrario tuvo una actividad ejecutada de manera autónoma con toda autonomía administrativa técnica y financiera por la empresa S&M outsourcing S.A.S y solo me refiero a estos tres contratos que creo que debemos de tratar de manera distinta porque no es lo mismo la figura de S&M Outsourcing la prestación de servicios que la figura de prestación de servicios personales, en el uno se presta un servicio claramente delimitado en un contrato de prestación suscrito entre las partes como lo fue suscrito con S&M Outsourcing obrante dentro del expediente donde se pactó que esta empresa se encargaría de la ejecución de un conjunto de actividades que contrario a lo manifestado por el despacho aparece de manera aparte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y aquí quiero señalar que las actividades del giro ordinario más correctamente no se pueden confundir con el objeto social de una persona jurídica porque el objeto social de una persona jurídica es una cuestión de competencia, de capacidad jurídica es decir de actividades que puede ejecutar o que tiene la potencialidad de ejecutar sin que ejecute contra de las actividades del giro ordinario de los negocios y luego para aquí todos los presentes acá es claro que la venta minorista de insumos agrícolas no es la actividad del giro ordinario de la Federación Nacional de Cafeteros, que es una agremiación de derecho privado asociativa, constituida por productores de café de Colombia y que entre otras cosas sus principales funciones se encarga la garantía de compra de los cafeteros de Colombia de café que se encarga de brindar las líneas de financiamiento para esto, que se encarga de prestar el servicio de extensión a través de sus extensionistas y esto podríamos decir que son a grandes rasgos y de la administración nacional del fondo

de desarrollo de los contratos suscritos con el Gobierno Nacional eso serían a grandes rasgos las verdaderas funciones o del giro ordinario de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, no siendo una actividad del giro ordinario dentro de la federación la venta minorista de insumos agrícolas como que quiso hacer ver aquí en el presente caso y por ello es claro que lo que se hizo en este caso en el contrato con ese outsourcing fue entregarle una autonomía o conjunto de actividades de esta empresa para que ejecutara un conjunto de actividades con total autonomía administrativa, técnica y financiera y sin embargo que tenemos que en los otros dos casos donde existió vinculación porque en este caso no puedo manifestar que no hubo una vinculación de ningún tipo los otros dos casos donde lo que hubo fue una ejecución de un contrato de servicios personales sobre empresas de servicios temporales esos se dieron a distintos términos de la ley 50 de 1990 y para la prestación la prestación de servicios concretos bajo los límites allí establecidos, entonces tenemos que esa tres vinculaciones no se pueden confundir y no se puede hablar simplemente de que hubo un contrato de prestación de servicios personales con diferentes empresa puesto que ello no es cierto. Hubo con diferentes empresas que tenían diferentes objetos y que en dos de ellas manifiesta el accionante participó en su ejecución como trabajador en misión dado que por supuesto al ser trabajador en misión existió una subordinación alegada en los términos de la Ley 50 de 1990 y sin embargo y por considerar que no hubo una subordinación y que no se encuentra demostrado ni se podría demostrar que la Federación ejerció ningún tipo de subordinación sobre el accionante como por el contrario lo pretende derivar el juzgado de un poder que habría sido otorgado en el año 2011 por el señor Guillermo Zuluaga al aquí accionante hay que tener en cuenta algo y es que de la misma narración de las pruebas efectuada por el despacho se desprende que el accionante había prestado servicios para COOASERVEN hasta el mes de septiembre del año 2011 y que supuestamente el siguiente vínculo que había adscrito con otras de las vinculadas en este proceso y que las llama al despacho como intermediadoras se había estado hasta el mes de febrero del año 2012 es decir tenemos un lapso de tiempo de más de cinco meses donde no se logró demostrar que hubiera existido ningún tipo de servicio personal. Esto lo planteo una nueva discusión en favor de la entidad que represento se partiera que si existió una actividad de intermediación que manifiesto no se puede derivar de ninguna de las pruebas del proceso tal como menciono y entonces se tuvo que hubo una interrupción por más de cinco meses entre el vínculo que tuvo con COOASERVEN el cual el mismo manifestó que tuvo un contrato de trabajo y el siguiente vínculo que tuvo en el año 2012 con la empresa ADECCO pues mal se podría decir de que tuvo un contrato sin solución de continuidad desde enero del 2011 hasta el año 2015 aquí a lo sumo y se llegara a la conclusión de que los contratos suscritos bajo los términos de la ley 50 de convenios temporales y el contrato suscrito con la empresa S&M outsourcing llega a constituir un contrato realidad por que el accionante participó en la ejecución de algunos de ellos, esta declaratoria debería darse a lo sumo desde febrero del 2012 y el mes de junio del 2015 y no como se decretó por parte del despacho desde el mes de enero del año 2011 y menos aún como lo pretende la apoderada de la parte actora desde el año 2003 manifestando que existen unas cotizaciones de un tercero que no es la Federación Nacional de Cafeteros puesto que ello no prueba nada, ni que presto servicios para la Federación ni nada, lo único que prueba es que estuvo vinculado por una cooperativa de trabajo y no sabemos para qué porque no hay prueba de ello dentro del proceso, entonces mal se podría llegar a la consideración y sin embargo manifiesto que aquí no se dan los elementos del contrato de trabajo que no se logró demostrar que allá existido una labor subordinada prestada a través de la Federación menos a una nuevas discusión si se llegara a considerar ello debería ser únicamente desde el mes de febrero del 2012 y no desde el mes de enero del 2011 como se decretó, teniendo en cuenta que bien se demostró bien está acreditado como bien lo señalo el despacho que con certificación obrante dentro del mismo y aportada por la parte actora que la supuesta relación existente entre la accionante y COOASERVEN no fue entre enero del 2011 y el mes de septiembre del año 2011 y que posteriormente el siguiente vínculo que es relevante para efectos de este proceso se habría iniciado el 31 de enero del 2012 cinco meses después que se terminara el vínculo con COOASERVEN lo que es claramente interrumpe o digamos rompería esa continuidad que reclama la parte actora.

Ahora aun así diciendo que el despacho haya negado la tacha de falsedad presentada respecto del señor Guillermo Peña si no estoy mal y voy a proceder a verificar el nombre del testigo, en efecto Guillermo Peña y siento mucho que se haya negado por lo que lo demás se toma este testimonio como base para respaldar que el supuesto poder suscrito en el mes de mayo del 2011, es decir en una relación laboral que por lo demás ya se encontraría prescrita porque terminó en el mes de septiembre del 2011 se concluiría había vínculo expuesto y continuara o que permitiera declarar un contrato sin solución de continuidad, pues para respaldar ese supuesto declaración de contrato derivado de poder se toma la declaración del señor Guillermo Peña y aquí lo tenemos diciendo de la interpretación del juzgado en el sentido de que el señor Guillermo Peña no es testigo presente dentro de la audiencia y es que aquí también me tomé el trabajo de volver a revisar la audiencia que se surtió de trámite y práctica de pruebas y contrario a lo declarado por el despacho donde dice que se quedó en sala de espera es totalmente claro que no es sala de espera lo que pasa es que una vez una persona interviene si vemos en

la grabación va cogiendo un puesto más abajo, más abajo y siempre el que quede en la quinta posición de abajo va a estar en ese color más oscuro lo que no implica que se encuentre en sala de espera de hecho cuando vemos posteriormente cuando el señor Guillermo Peña empieza a hablar y asciende a las posiciones de arriba aunque se ve su imagen la quinta persona que queda en su posición que estaba el aparece en negro también como estaba él y es sobre los abogados de las partes que no quiere decir que este en sala de espera que simplemente quiere decir que esa es la forma o una posición y es que aquí lo que es más curioso es que además le pidieron al señor que se retirara en vez de ingresar se queda durante toda la audiencia cuando lo nombran como se puede ver en el video de la grabación el habla y se da cuenta de que no puede estar ahí se retira y luego vuelve a ingresar y cuando le preguntan sobre si estuvo dice que no, entonces para mi es claro que dentro del mismo momento el juzgado lo cuestiona sobre si estuvo presente mintió bajo la gravedad de juramento y faltó frente a su deber de declarar los hechos que le constan de buena fe y la verdad ante el juez ¿Por qué? Porque de entrada partió mintiendo que no estaba presente en las demás declaraciones de los demás testigos y este no es un requisito valido ni es un asunto en que esta parte pegada porque es que aquí la ley es totalmente clara es mas tanto así que el artículo 220 del CGP que regula las formalidades del interrogatorio es lógicamente aplicable al proceso señalado no lo deja atrás y empieza por señalar y lo primero que señala en modalidades del interrogatorio los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes los preceden, entonces es totalmente claro que este testimonio no puede surtir ningún efecto, no tiene ninguna validez porque no cumplía con los requisitos señalados por la ley y mal podría haber el despacho sustentado el fallo en la declaración de una persona que miente en algo tan sencillo como ello y que por lo demás estuvo presente durante todos los interrogatorios de parte oyendo las declaraciones de todas las personas y luego niega al ser cuestionado sobre él es mal se podría derivar de ello la declaratoria de un contrato de realidad entonces teniendo que hay dos tachas de falsedad una probada otra no probada y que solicito se declare probada por estas razones le solicito al honorable tribunal vea el audio completo, analice cuando se pone oscuro una vez cuando se pone a hablar pasa a los abogados donde estuvo esto implica que estuvo en sala de espera, entonces el Tribunal deberá declarar también probada esta tacha de sospecha así se lo solicito y en consecuencia teniendo en cuenta que ningún de los dos testimonios puede ser tenido en cuenta por lo que demás únicamente hablaron sobre sus temas personales y sobre lo que a ello porque eran dos testigos que supuesto a los doce o quince años que manifiesta conocer al accionante nunca laboraron en el mismo lugar de trabajo ni tenían conocimiento de quien le daba órdenes, como desempeñaba sus labores o quien ejercía subordinación mal se podría demostrar que existía un contrato de trabajo y menos aún con ellos respaldar lo establecido en un documento que supuestamente otorgaron al señor Lesmes Tocora el 30 de julio de 2012 en ejecución de un contrato que este tenía de trabajo con una entidad denominada COOASERVEN contrato que terminó en septiembre y que cualquier reconocimiento frente a esa contrato se encontraría prescrita siendo claro que transcurrió un lapso de tiempo más que suficiente para que en este caso este tribunal deba declarar que se trata de dos vínculos jurídicos distintos aun si consideramos que ya se dieron para declarar el contrato de realidad, pues en esos términos solicito a este Honorable tribunal en primera medida se valoren en su conjunto la calidad de las pruebas entre ellas los contratos comerciales, las demás pruebas dentro del proceso, así mismo las pruebas testimoniales se declaren probadas las tachas de sospecha por lo cual solicito se desvirtué o se declare o se absuelva a mi representada de la solicitud de declaratoria de contrato de realidad.

Ahora, aun si partiéramos del supuesto de hecho que existió este contrato de realidad en los términos indicados por el despacho y por los periodos indicado por este en donde manifestó subsidiariamente se declarar si se llegara considerar así que la afiliación no era desde enero del 2011 sino desde febrero del 2012 también lo cierto es que tampoco habría lugar a la indemnización por despido por justa causa ordenada por el despacho porque es que de la simple revisión del escrito de demanda se desprende que no hay prueba alguna del supuesto despido que hace referencia el accionante y es que tanto así que cuando nos vamos a los mismo testimonio traídos a este proceso en instancia a la parte actora encontramos que el señor Francisco José Duque respecto el cual se declaró probada la tacha de sospecha señalo que un día llego a las oficinas o al lugar donde trabajaba supuestamente el señor Lesmes Tocora y le dijeron que este ya no se encontraba allí esa es la única prueba que tenemos, es decir dejo de trabajar ahí pero no sabemos la razón, no solo se trató de un despido o si fue una terminación por mutuo acuerdo de él y su empleador para aquel entonces o si se declaró de un despido voluntario dentro de los hechos de la demanda sin que haya prueba respecto a tal cuestión entonces al no existir prueba alguna de que este hubiera sido despedido mal se podría por parte del despacho declarar que el contrato había sido terminado sin justa causa porque no hay prueba alguna de ello y en consecuencia no debía ser declarado, probado el pago por indemnización por despido sin justa causa, ello aun obviando el punto señalado en precedencia cuando indique que solicitaba se revocase la condena frente a la declaratoria de contrato realidad hecha por el juzgado en relación por las partes, así mismo quiero respaldar estos dos puntos de apelación con la misma demanda y para ellos me remito al hecho 14 de la

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ADOLFO LESMES TOCORA, las pretensiones visibles a folios 208 a 210, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 204 a 208 aspirando de manera principal, se declare que entre este y la Federación Nacional de Cafeteros existió un contrato de trabajo “*realidad*”, sin solución de continuidad, a término indefinido, el cual terminó sin justa causa; que es beneficiario de la Convención Colectiva de trabajo por disposición convencional. En consecuencia, se condene a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a otro de igual o superior categoría junto con los salarios y prestaciones sociales legales y convencionales debidamente indexadas dejadas de percibir desde la terminación del contrato y hasta que se produzca su reinstalación con los aumentos legales y convencionales, debidamente indexadas. Además, se disponga el pago de la diferencia resultante entre lo pagado y lo que debió pagársele durante la relación laboral por concepto de prestaciones sociales legales y convencionales, si hubiese tenido en cuenta la prima de vacaciones como factor salarial y el pago de aportes al sistema de seguridad social integral.

En subsidio del reintegro pidió el pago de la indemnización convencional por despido injusto, el pago de las prestaciones sociales convencionales causadas durante la relación laboral, no pagadas por la Federación a la terminación del contrato, y la indemnización moratoria.

demanda donde la misma parte actora señalando que desde octubre del 2011 se liquidó la cooperativa COOASERVEN y que desde septiembre no ha terminado el contrato de trabajo entonces no entiendo realmente y no me parece viable que si desde septiembre octubre del 2011 a más tardar porque está probado que fue desde septiembre según lo propio documento anexado por ellos en concordancia del hecho 14 de la demanda no existió vínculo alguno hasta el mes de febrero pues mal se puede pretender ahora que se declare desde el año 2000 que hay una supuesta relación de trabajo cuando realmente sabemos que no existe ninguna prestación de servicio para tales periodos que ellos alegan que es con una persona distinta que no sabe para que se dio y que por lo demás está demostrado que hubo una suspensión suficientemente larga entre dichos contratos comerciales con la federación y entidades sin que ello implique que haya un contrato de trabajo como erróneamente se decretó por el despacho.

Entonces bajo estos términos dejo sustentado mi recurso agradezco al despacho por el tiempo prestado.”

Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA entre el 1 de enero del 2011 y el 23 de julio de 2015, sin solución de continuidad, el cual terminó sin justa causa por parte de la demandada y se condenó a esa sociedad al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del C.S.T., absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar el *a quo*, que conforme el caudal probatorio vertido en autos no existía discusión en que el demandante se desempeñó como almacenista del Comité de Cafeteros del Quindío, corregimiento de Barcelona, encontrando acreditada la prestación continua e ininterrumpida a favor de la FEDERACIÓN NACIONAL entre el 1 de enero de 2011 y el 23 de julio de 2015, a través de diferentes empresas, a saber: una Cooperativa de Trabajo Asociado, la sociedad ADECCO COLOMBIA S.A. y SES de Occidente S.A. quienes fueron llamadas a integrar el contradictorio, desempeñando funciones propias de la entidad, ejerciendo la Federación la subordinación a través de las mentadas empresas con quienes sub contrató el servicio del actor, como intermediarias, pues quien se benefició de la prestación del servicio fue la demandada, dando aplicación a lo previsto en el artículo 24 del C.S.T., presunción que dijo no fue desvirtuada.

Por otra parte, estimó no ser procedente el reintegro pretendido, no solo porque el demandante no había laborado más de 8 años como lo requiere el artículo 3 de la Convención 1978-1980, sino también en razón a que este no era beneficiario de dicho instrumento pues no probó el carácter mayoritario de la asociación sindical ni los descuentos efectuados con destino a esta última. En ese mismo sentido se refirió frente a la indemnización por despido sin justa causa convencional; sin embargo, como quiera que encontró probado el despido, dispuso el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T.

Frente a la solicitud de pago de prestaciones causadas en vigencia de la relación laboral dijo no existir duda del pago de estos conceptos por parte de las empresas intermediarias.

Reseñado lo anterior se abordará el estudio de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Bajo tal entendido, para esta Corporación, la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y la federación llamada a juicio, es un aspecto para analizar en esta instancia y en esa medida, por razones de método, se iniciará con este punto de la apelación propuesta por la encartada.

Conforme lo anterior, debe recordarse, lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal entorno al tema.

En ese sentido, y de manera preliminar, es importante anotar que en el asunto se encuentra acreditado que el actor suscribió: i) un convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado, Asesoría y Servicio en Ventas COOASERVEN el 1 de septiembre de 2008 (folios 13 a 15) ii) Un contrato de trabajo por duración de la obra o labor cuya vigencia fue del 1 de octubre de 2011 al 31 de enero de 2012 (así se aceptó desde la contestación de la demanda presentada por ADECCO -respuesta al hecho 21.1, folio 338- y se verifica de la documental de folio 68 y 345 a 349); iii) Un contrato de trabajo a término fijo con la empresa SES de Occidente S.A., el 1 de febrero de 2012 (folio 69 a vto.) el cual finalizó el 31 de enero de 2013 (folio 72, 73 y 392); y iv) Un contrato individual de trabajo a término definido el 1 de febrero de 2013 (folios 88 a 91) con la sociedad S&M OUTSOURCING servicios y mantenimiento S.A.S el cual finiquitó el 23 de junio de 2015 de manera unilateral y sin justa causa (folio 96 y 97); no obstante encontrarse probado ello en el sub lite, argumenta la parte actora que en virtud de los mismos, prestó sus servicios personales para la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, desempeñando actividades bajo la continuada subordinación y

dependencia de esa entidad, por lo que, considera, se desvirtúa la independencia de quienes se dicen ser sus empleadoras, respectivamente, advirtiendo, estas carecen de la capacidad para asumir la gestión encomendada, no tiene libertad, ni autonomía, ya que las actividades son llevadas a cabo en las instalaciones físicas del Comité de Cafeteros del Quindío y las instrucciones son impartidas por la beneficiaria de sus servicios. Adicionalmente, supone que las labores por él desempeñadas, son acciones que tienen una causa o razón directa con las actividades previstas en el objeto social principal de la usuaria.

Por todo ello, arguye, sus contratantes no pueden ser consideradas como verdaderas empleadoras, siendo la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS usuaria ficticia y por lo tanto verdadera empleadora.

Lo anterior, fuerza en este punto establecer la existencia de una intermediación o tercerización laboral, bajo la óptica del simple intermediario, las empresas de servicios temporales, el contratista independiente y las Cooperativas de Trabajo Asociado, dada la naturaleza de las personas jurídicas con las que el demandante tuvo su vinculación, así como de los contratos que a su vez tuvo con esas sociedades la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS³.

Al respecto, el artículo 35 del C.S.T., entratándose de a quién se le denomina simple intermediario preceptuó:

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo. (...)”

³ Según la precisión hecha al inicio existió contratación con una cooperativa de trabajo asociado (COOASERVEN), una empresa de servicios temporales (ADECCO, folio 330 vto.) y dos empresas con las que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS celebró contratos de prestación de servicios 292 a 297 y 298 a 311 (SES DE OCCIDENTE S.A. y S&M OUTSOURCING S.A.S).

En lo atinente a este aspecto, sostuvo la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, lo siguiente:

“Como se ve de estos dos primeros incisos del artículo transcrito, en el derecho colombiano se prevén dos clases de intermediarios:

“a) Quienes se limitan a reclutar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador. En este caso la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador.

“b) Quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presten servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se traba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del verdadero empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario. Esta segunda modalidad explica en mejor forma que la Ley colombiana (artículo 1º del decreto 2351 de 1965) considere al intermediario “representante” del empleador.”

En contraposición a lo anterior, el artículo 34 define a los contratistas independientes de la siguiente forma:

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, **verdaderos {empleadores}** y **no representantes ni intermediarios**, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...)”*

En tales términos, su obligación no consiste en el suministro de personal, sino en lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra. De forma que, en este orden de ideas, su actividad no es la intermediación laboral, sino la realización de actividades especializadas que le permiten construir una determinada obra o prestar un determinado servicio.

Ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema que por su esencia, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, contempla dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista independiente y los trabajadores

que utiliza para tal fin. Las dos relaciones, a no dudarlo, son disímiles en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales o reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a ellos, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (Sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498), por lo que de presentarse, conforme al artículo 34 del CST, responderá únicamente de manera solidaria, pero en manera alguna tomará la calidad de empleador.

Así, y pese a encontrarse diferenciadas ambas figuras jurídicas en la norma sustancial, puede presentarse confusión frente a cuál de ellas es la que regula una relación de trabajo, más si se tiene en cuenta que ambas poseen consecuencias legales disímiles para el beneficiario del servicio, por lo que, ha de ser el juzgador quien determine, con base en los elementos probatorios y las circunstancias específicas de cada caso, la figura aplicable. Así lo ha establecido el Tribunal de Casación al instituir,

“Naturalmente, en cada caso debe examinarse en forma detenida las circunstancias fácticas que permitan determinar si se está en presencia de una de las figuras señaladas, sin que se pueda afirmar categóricamente que por el simple hecho de realizarse los trabajos en los locales del beneficiario, deba descartarse necesariamente la existencia del contratista independiente, pues si bien en principio no es lo corriente frente a tal fenómeno, pueden concurrir con esa particularidad los factores esenciales configurantes de él. Entonces, será el conjunto de circunstancias analizadas, y especialmente la forma como se ejecute la subordinación, las que identifiquen cualquiera de las instituciones laborales mencionadas.” (Sentencia de 27 de octubre de 1999, radicación 12187, reiterada en sentencia SL868-2013 Radicación n° 56580 de 13 de noviembre de 2013)

Por otra parte, con relación a las empresas de servicios temporales –EST-, memórese, conforme lo previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, el objeto de este tipo de sociedades es la de contratar la prestación de servicios con terceros beneficiarios, para colaborar *“temporalmente”* en el desarrollo de

sus actividades, a través de personas que son vinculadas directamente por la EST, de allí que uno de los elementos esenciales de este tipo de acuerdos sea la temporalidad del servicio de colaboración contratado, siendo claro que el contrato comercial que suscribe la usuaria con la empresa de servicios temporales lo es para prestar un servicio restringido en el tiempo de apoyo o colaboración bajo las hipótesis consagradas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990⁴. El uso de esta figura para vincular personal en misión que no encuadre en estas causales o que desborde los límites temporales en ella previstos, le resta legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual y normativo que justifica la necesidad de los trabajadores en misión. En esa medida, ante la falta de un instrumento contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral y la empresa usuaria obtiene la calidad de verdadero empleador⁵.

En la misma dirección, teniendo en cuenta que la pasiva se opone a las pretensiones de la demanda bajo el argumento, que el vínculo del demandante con COOASERVEN fue en virtud del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito por el demandante, debe precisarse, el estatuto que le dio un marco y una definición normativa al sistema cooperativo y propició su posicionamiento en la opinión pública nacional fue el Decreto Ley 1598 de 1963, cuyo artículo

⁴ “1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

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

⁵ Sobre el particular el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentencia CSJ SL, 24 abr. 1997, rad. 9435, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2006, rad. 25717, indicó:

“Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación”.

25 fue reglamentado por el Decreto 2050 de 1985 que determinó en su art. 2° que *“El trabajo en las cooperativas de que trata este Decreto estará exclusivamente a cargo de los propios asociados, quienes determinarán en los estatutos las pautas globales, y en el reglamento general las específicas, relacionadas con la naturaleza, calidad, duración y pago del trabajo que se realice”*. A su turno el art. 5° de la norma en cita estableció que en las cooperativas *“...se podrá convenir una retribución periódica a modo de anticipo sobre el resultado económico final y que se podrán constituir reservas o provisiones especiales para el pago de bonificaciones, primas o auxilios similares a los que rigen para el trabajo dependiente y asalariado”*.

Como fácilmente se advierte, desde sus albores inspiró la filosofía cooperativista la doble connotación de sus miembros como asociados-trabajadores, se fijó como retribución a sus servicios los excedentes repartibles y se les dotó de características singulares completamente diferenciables de aquellas que rigen el contrato de trabajo, tal y como lo esclareció la Corte Constitucional en Sentencia C-211 de 2000⁶

Ahora, la figura de las cooperativas de trabajo asociado, encuentra su regulación en la Ley 79 de 1988, que al respecto estipuló:

“ARTICULO 70.- Las cooperativas de trabajo asociado son aquéllas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios.”

Frente a las diferencias que se susciten entre las cooperativas y sus asociados son de conocimiento de la justicia ordinaria laboral, o en su caso, del trámite

⁶ *“Las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del Código Sustantivo del Trabajo, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario. En las cooperativas de trabajo asociado no existe ninguna relación entre capital-empleador y trabajador asalariado pues el capital de éstas está formado principalmente por el trabajo de sus socios, además de que el trabajador es el mismo asociado y dueño. Así las cosas no es posible derivar de allí la existencia de un empleador y un trabajador para efectos de su asimilación con los trabajadores dependientes.”*

arbitral, siendo la fuente del derecho pretendido las normas estatutarias de la cooperativa, por así disponerlo el artículo 59 del mismo compendio normativo.

*“**ARTICULO 59.-** En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes y las diferencias que surjan, se someterán al procedimiento arbitral previsto en el Título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria. En ambos casos, se deberán tener en cuenta las normas estatutarias, como fuente de derecho.”* (Subraya de la Sala).

Igualmente, debe recordarse la prohibición consagrada en el artículo 7° de la Ley 1233 de 2008, el cual prevé:

*“1. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión.** En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado.*

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

*3. Cuando se comprueben prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante y las cooperativas o las precooperativas de trabajo asociado, **serán solidariamente responsables por** las obligaciones que se causen a favor del trabajador asociado y las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado quedarán incurso en las causales de disolución y liquidación previstas en la ley, sin perjuicio del debido proceso, y les será cancelada la personería jurídica. (Resaltado de la Sala).*

(...)”

En la misma dirección, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, consagra:

*“**Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado.** Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. **El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes**”.* (Resalta la Sala)

En claro lo anterior y atendiendo las posibles instituciones que se configuran en la ejecución de las relaciones de trabajo, en el *sub examine*, y como quiera que la doctrina y la jurisprudencia permiten examinar cómo se ejecutó la labor por el actor, atendiendo la ventaja probatoria consagrada en el art. 24 del CST, es menester verificar la prestación del servicio por cuanto acreditado dicho aspecto se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo por tanto a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS desvirtuar el elemento subordinación. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701⁷.

Así pues, en autos se tienen las siguientes circunstancias fácticas y probatorias:

La FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, al contestar la demanda, negó que hubiese contratado directa o indirectamente a través de intermediarios al demandante para que le prestara servicios personales, además, fue enfática en sostener que nunca ha existido relación laboral o vínculo jurídico de ninguna naturaleza en virtud del cual *“el accionante hubiere podido desarrollar actividad alguna en su favor de forma subordinada”* (folios 267 a 279).

No obstante lo anterior, en las razones que fundamentan la defensa (folios 273 a 273) efectuó las siguientes anotaciones:

*“(…) de la lectura del escrito de demanda debo resaltar lo afirmado en relación con que, el actor se afilió a la Cooperativa de Trabajo Asesoría y servicio en ventas “Cooaserven”, como se confiesa en la demanda, **entidad está** (sic) **que suscribió un contrato de prestación de servicios con mi representada, actividades que siempre ejecutó en calidad de asociado de dicha Cooperativa,** y*

⁷ “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el *ad quem*, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

por lo tanto, es claro que, frente al tema de cualquier derecho o indemnización o responsabilidad, si existe, recae única y exclusivamente en Cooaserven pues no hay que olvidar que cuando el asociado presenta algún desacuerdo o reclamación originada de su relación asociativa debe dirigirse contra la Cooperativa a la cual es asociado y no contra la empresa que contrata dichos servicios

(...)

Como se desprende de los argumentos antes enunciados, es evidente que el servicio que el demandante pudo haber prestado a la sociedad que represento se efectuaron única y exclusivamente en calidad de asociado de Cooaserven y nunca como trabajador subordinado de la Federación Nacional de Cafeteros” (folio 274, negrilla y subrayas de la Sala).

Por otra parte, respecto a las vinculaciones del demandante con las empresas temporales, asentó:

“Está plenamente demostrado que el señor Lesmes Tocora fue contratado por la empresa SES DE OCCIDENTE S.A. como se confiesa en la demanda, para desarrollar actividades que mi representada contrató con esta sociedad, actividades que siempre ejecutó en calidad de trabajador en misión y por lo tanto, es claro que, frente al tema de cualquier derecho o indemnización o responsabilidad, si existe, recae única y exclusivamente en su verdadero empleador (...)” (folio 276) (Negrilla y subrayas de la Sala).

En similares términos se refirió a la contratación con S&M OUTSOURCING S.A.S, precisando que *“esta vinculación es totalmente independiente a la anterior, (...) pues dicha sociedad desarrolló el objeto contratado con total autonomía administrativa, técnica y financiera respecto de mi representada”.*

Ahora, del análisis del acervo probatorio, se encuentra que al plenario se aportaron las siguientes pruebas documentales:

- Copia del “*certificado de aptitud laboral periódico*” expedido el 11 de noviembre de 2010, con logos impresos de la Federación Nacional de Cafeteros y el Comité Departamental del Quindío (folio 4), en el que se anota como fecha de ingreso “01/03/2002, Antigüedad 8 años 8 meses, Cargo Actual: Auxiliar Mostrador y ADM”.

- Liquidación de cesantías e intereses y vacaciones COOASERVEN COOPERATIVA EN LIQUIDACIÓN, del trabajador ADOLFO LEON LESMES TOCORA (folio 6) en el que se detalla como fecha de inicio el 1 de enero de 2001 y fecha de finalización el 30 de septiembre de 2011.
- Convenio de Asociación suscrito entre la Cooperativa de Trabajo Asociado, Asesoría y Servicio en Ventas COOASERVEN y ADOLFO LEON LESMES TOCORA el 1 de septiembre de 2008 (folio 13 a 15).
- Certificación expedida por el Gerente de COOASERVEN el 19 de octubre de 2010 en la que consta que *“fue autorizada una licencia para realizar estudios al señor ADOLFO LEÓN LESMES TOCORA (...) durante un periodo comprendido entre el 1º de noviembre al 19 de diciembre del año en curso”* (folio 16).
- Comunicaciones calendada 9 de diciembre de 2010 y 8 de marzo de 2011, suscrita por el Coordinador Seccional Extensión Rural y Auxiliar administrativo, respectivamente del Comité de Cafeteros del Quindío, por la cual se autoriza al demandante a realizar traslados de fondos de la una cuenta a nombre de la Federación Nacional de Cafeteros (folios 17 y 18).
- Misiva del 6 de julio de 2011, dirigida al actor, suscrita por ANGELICA MARÍA SALGADO ORTIZ en calidad de Gestora de Calidad del Comité Departamental de Cafeteros, con el asunto *“entrega de la documentación del Sistema de Gestión de Calidad”* en la que se le indica (folio 20):

“Teniendo en cuenta la apertura del nuevo almacén de Barcelona y con el ánimo de complementar su inducción como Almacenista encargado de dicho almacén, se hace entrega de la documentación del Sistema de Gestión de la Calidad en un CD que anexamos a este oficio donde se encontrará el índice con los respectivos hipervínculos para facilitar el acceso a la información” (Negrilla y subrayas de la Sala).

- Circular BC-054 del 10 de abril de 2012, dirigida a los “*Almacenistas municipales- Comité de Cafeteros del Quindío*” dando instrucciones sobre la realización de los inventarios en los siguientes términos (folio 21):

“De manera atenta le solicito hacer extensiva la siguiente información a todos los almacenistas.

Todos los almacenes a final de mes deberán realizar toma física de inventarios de forma parcial o total de acuerdo a su clasificación y enviar informe sobre observaciones encontradas (diferencias de inventario, estado de la mercancía, etc.) dicho informe debe ser enviado al área de auditoría con sus firmas respectivas y movimientos de inventarios.

(...)

A su vez, al momento de realizar cambio de almacenistas (retiro, vacaciones, reemplazos, etc.) se debe hacer entrega del almacén y su inventario dejando evidencia en acta; Esto con el fin de quien reciba el almacén conozca la situación real del mismo y a partir de la fecha en que recibe sea el responsable del almacén.

Dicha acta debe reposar en físico en el archivo de cada almacén y enviar copia al área de auditoría”

- Carta dirigida al señor LESMES TOCORA “*Almacenista Barcelona*” por parte del Comité Departamental de Cafeteros del Quindío (folio 22) en el que se le informa sobre la “*visita construcción de aireación*”.
- Descripción y perfil del cargo de Almacenista expedido por la Federación Nacional de Cafeteros (folios 24 y 25) en el que se detallan las responsabilidades del cargo, los requisitos y las competencias.
- Concepto favorable de ISSO expedido por TECNISEC DE COLOMBIA LTDA, realizadas el 17 de octubre de 2011, 5 de mayo de 2012, 14 de diciembre de 2012, 16 de septiembre de 2014 y 17 de marzo de 2015, dirigida a Adolfo León Lesmes como administrador del Almacén Barcelona del Comité de Cafeteros (folios 26 a 30).
- “*Acta apertura para base de caja almacenes y entrega de bonos de regalo*”, impreso en papel membrete del Comité de Cafeteros del

Quindío, del 14 de abril de 2014, suscrita por el demandante como “Almacenista de Filandia” (folio 31).

- Poder otorgado por GUILLERMO ALEJANDRO ZULUAGA ALVAREZ al demandante con el fin de (folio 38):

“(…) administrar en todos los aspectos el establecimiento comercial denominado almacén comité de cafeteros de Barcelona ubicado en la Carrera 11 No. 12-61, Barcelona Quindío. (...) nombrar, remover los empleados al servicio del establecimiento con facultades para fijar sueldos, atribuciones y funciones (...), manejar la cuenta corriente del citado establecimiento, con facultades para girar, recibir, endosar cheques y toda clase de documentos necesarios para el buen funcionamiento de la misma (...) representar el establecimiento de comercio ante toda clase de autoridades cualquier orden y jerarquía que en ellas sean, pueden otorgar poderes a los abogados que representan los intereses del (a) señor (a) Guillermo Alejandro Zuluaga en aquellos casos que sea necesario, determinando las facultades a los apoderados y pudiendo revocar los mandatos a ellos conferidos. (...) En fin, representar mis intereses en todos los casos y todo momento de tal manera que siempre tenga alguna representación que me defienda”

Respecto de este documento valga apuntar, se desconoce si el poderdante actúa en nombre y representación de la Federación Nacional de Cafeteros y/o el Comité Departamental de Cafeteros del Quindío, pues eso no quedó allí consignado, tampoco existe evidencia que para la data de otorgamiento (30 de junio de 2011) este tuviera facultades de representación legal de la ahora demandada⁸ y además no cuenta con presentación personal de quien confiere el mandato, no siendo posible para la Sala derivar de tal legajo, como lo hizo el juzgador de primer grado, el ejercicio del poder subordinante por parte de la Federación Nacional de Cafeteros sobre el actor.

- Copia del acta de asamblea extraordinaria No. 002 del 8 de octubre de 2011 de la Cooperativa de Trabajo Asociado, asesoría y servicio en ventas COOASERVEN de la que se destaca lo siguiente (folios 59 a 62):

⁸ Aunque se allegó certificado de existencia y representación legal de Federación Nacional de Cafeteros expedido el 13 de abril de 2011 (folio 37 a 40), en el mismo no se observa representación legal en cabeza de GUILLERMO ALEJANDRO ZULUAGA ni consta el otorgamiento de poder general u otro equivalente que lo faculte para actuar en nombre de la Federación.

“Bajo las condiciones actuales del mercado, después de deliberar y por común acuerdo de los asociados a COOASERVEN, se determina en acuerdo solidario con nuestro contratante el “Comité de Cafeteros del Quindío “dar por terminado el contrato que existe entre las partes mencionadas para las laborales de asesoría y servicio en ventas en los almacenes de provisión agrícola y declarar disuelta y en estado de liquidación a la cooperativa de trabajo asociado COOASERVEN”.

- Comprobantes de pago de octubre, noviembre y diciembre de 2011 y enero de 2012, realizados por ADECCO al demandante, en el que se relaciona como empresa cliente la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y cargo “Almacenista” (folios 63 a 67)
- Copia del contrato de trabajo a término fijo suscrito por el actor con la empresa SES DEL OCCIDENTE S.A. para desempeñar el cargo de “almacenista” en el almacén Comité Departamental de Cafeteros del Quindío (folios 69 y 379).
- Certificación expedida por SES S.A. en la que hace constar:

*“Que el (la) señor (a) **ADOLFO LEON LESMES TOCORA**, identificado (a) con cedula de ciudadanía 4.378.174 de Armenia, laboro como trabajador para el cliente contratante ALMACENES COMITÉ DEPARTAMENTAL DE CAFETEROS DEL QUINDÍO, desempeñándose en el cargo de ALMACENISTA devengando un salario mensual de \$778.161 con los siguientes contratos:*

- Desde el 01 de Febrero de 2012 hasta el 31 de Enero de 2013

(...)”

- Contrato individual de trabajo a término definido de 6 meses suscrito por el convocante con S&M OUTSOURCING S.A.S el 1 de febrero de 2013 para desempeñar el cargo de almacenista en Barcelona, Quindío (folios 92 a 95 y 476 a 479). En el mismo no se detalló quien era la empresa cliente.
- Certificación expedida el 14 de julio de 2015 por el representante legal de la empresa S&M OUTSOURCING S.A.S. (folio 97), en la que hace constar, entre otras cosas, que:

“El (La) señor(a) ADOLFO LEON LESMES TOCORA, (...) ha celebrado con la organización que represento el siguiente contrato individual de trabajo a término fijo.

Inicio	Terminación	Salario fijo	Salario variable	Empresa Usuaría	Cargo
20130201	20150623	\$878.009	\$253.730	FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS BODEGA	ALMACENISTA

- Copia del Contrato de Prestación de Servicios celebrado entre la FEDERCIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA Y SES DEL OCCIDENTE S.A. el 1 de abril de 2012 (folios 292 a 297) el cual tiene por objeto:

“Cláusula 2. Objeto. El contratista se obliga para con la Federación a prestar los Servicios de **suministro de personal** calificado, para la **administración de los almacenes del café de propiedad del Comité de Cafeteros**, conforme a las Especificaciones y Estándares establecidos por éste y a las normas legales que en cada momento regulen la materia.

El contratista se compromete a desarrollar actividades con personal calificado, en ventas por mostrador, atención al público, manipulación de mercancía, bodegaje, recepción, facturación y manejo de inventarios en los Almacenes del Café del Comité de Cafeteros de Armenia, Buenavista, Calarcá, Circasia, Córdoba, Filandia, Génova, La Tebaida, Montenegro, Pijao, Salento, Pueblo Tapao, Quimbaya, **Barcelona** y los demás puntos de venta que se pudieran abrir para el desarrollo objeto del presente contrato. El contratista desarrollará dichas actividades, de manera independiente, esto es, sin que se genere subordinación alguna con la Federación” (Negrillas de la Sala)

- Copia del contrato de prestación de servicios suscrito por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS – COMITÉ DE CAFETEROS DEL QUINDÍO y S&M OUTSOURCING S.A.S el 2 de mayo de 2014 en el que, como aspectos relevantes se pactó (folios 298 a 311 Y 463 a 475):

“CLÁUSULA 1.- NATURALEZA DEL CONTRATO.- El presente contrato formaliza una relación de naturaleza estrictamente comercial para la prestación de servicios relacionados con 1) Representación del

CONTRATANTE en las ciudades en las cuales tenga instalados los almacenes de provisión agrícola en el departamento del Quindío, la cual será acorde con las necesidades de servicios identificados por la CONTRATANTE en virtud del presente Contrato, bajo la modalidad INSOURCING⁹ (EXTERNALIZACIÓN IN HOUSE) (...)” (Subrayas de la Sala)

Además de la documental reseñada precedentemente, en autos se recibieron los interrogatorios de parte del representante legal de la Federación Nacional de Cafeteros¹⁰ y el demandante¹¹.

El primero, dijo ser cierto que contrató el suministro de personal con las integradas para los almacenes de depósito del Quindío pero dijo no constarle que el demandante hubiera prestado los servicios a favor de la Federación a través de la Cooperativa COOASERVEN o las otras empresas que fueron convocadas a la litis. Negó que los elementos de trabajo y el lugar donde se ejecutaban las labores fueron (o son) de esa entidad.

A su turno, el actor se refirió a las vinculaciones que tuvo con la Cooperativa de Trabajo Asociado y demás empresas, pero advirtió que los contratos se firmaban en la bodega de Armenia que es del Comité de Cafeteros del Quindío y que reconocía como su empleador a la Federación Nacional de Cafeteros. Mencionó que cada una de las sociedades que lo contrató, respectivamente, efectuó el pago de prestaciones sociales.

Adicionalmente se recibieron los testimonios de GUILLERMO PEÑA MORENO¹² y FRANCISCO JOSÉ DUQUE VARGAS¹³.

El primero indicó encontrarse laborando para la Federación Nacional de Cafeteros del Quindío desde hace más de 27 años, específicamente como Almacenista del almacén de Génova, precisando, su vinculación se ha dado a

⁹ En la cláusula 6. Modalidad del Contrato, se explica que INSOURCING implica que el CONTRATANTE encomienda a un agente profesional independiente del mercado, la prestación de servicios para atender y suplir determinadas actividades, propias del giro de su negocios y que “*en atención a que los servicios ofrecidos son prestados dentro de las instalaciones del CONTRATANTE y fuera de ellas, pero en su beneficio directo, el presente contrato se celebra bajo la modalidad EXTERNALIZACIÓN IN HOUSE*” (folio 303).

¹⁰ Cd folio 503, récord 09:21, audio 2 “interrogatorio” y audio 5 “reconstrucción”, récord 13:31.

¹¹ Cd folio 503, récord 26:03, audio 2 “interrogatorio”.

¹² Cd folio 503, récord 43:00, audio 2 “interrogatorio”

¹³ Cd folio 503, récord 00:45, audio 3 “testimonios”

través de COOASERVEN, SES DE OCCIDENTE, ADECCO y S&M, y recientemente a través del Comité de Cafeteros Almacenes S.A.S pero siempre desarrollando la misma función. Con relación al demandante dijo constarle que éste ingresó desde el año 2003 a través de la CTA, vinculación que permaneció hasta el 30 de septiembre de 2011 cuando se da la orden de disolver la Cooperativa, que el cargo desempeñado en ese interregno fue inicialmente como Auxiliar de Almacén y luego como almacenista, recibiendo órdenes de los funcionarios de la Federación. Ilustra igualmente, el demandante luego se vinculó con SES por espacio de un año entre el 1 de febrero de 2012 y el 31 de enero de 2013. Lo anterior lo tiene presente porque a todos los almacenistas los reunieron para hacer el cambio, todos firmaron el contrato, lo mismo dice, ocurrió con ADECCO con quien firmaron contrato el 1 de febrero de 2013 hasta el 30 de junio de 2015 fecha esta última en la que les entregaron una carta pre impresa en la que renunciaban al cargo. Entiende que le quedaron debiendo al demandante prestaciones y compensaciones porque él le contó. Adujo que las herramientas de trabajo eran suministradas por la Federación. Refirió desconocer el tipo de contratos que firmó el demandante pero, indicó, por su conocimiento personal, que solo tenían contacto con la empresa contratante el día de la firma del contrato y de la liquidación; que recibían capacitaciones en la Bodega del Comité de Cafeteros del Quindío ubicada en Armenia, no recuerda en que fechas. Dijo que el Almacén de Barcelona se lo encargaron al demandante. Ilustró las reuniones se hacían en la bodega de la Federación, que le consta que el demandante trabajó de 2003 a 2015 pero nunca compartió espacio geográfico con él pues el almacén del que estaba a cargo estaba ubicado en Córdoba Quindío, pero se encontraban seguido en las reuniones. Desconoce cuánto ganaba el actor.

El segundo, quien fue tachado de sospecha por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS debido a un proceso que inició en contra de esa entidad que guarda correspondencia con la presente demanda, en similares términos al anterior testigo, dijo haber trabajado con la Federación por espacio de 21 años hasta el año 2015 como almacenista, a través de diferentes vinculaciones con terceros, que fue compañero de trabajo del señor LESMES TOCORA, respecto de quien dijo laboró para la demandada desde el 2003 hasta 2015 también como Almacenista e inicialmente como auxiliar. También indicó no haber

compartido espacio físico de trabajo con el convocante, pero enfatizó que se veían en las reuniones en la Bodega del Comité de Cafeteros, que los almacenes que administraban eran de propiedad de la Federación. Asimismo que el demandante, como él, estuvo vinculado por convenio de asociación con COOASERVEN, y con diferentes empresas como SES S.A., S&M y Adecco, porque así estaban vinculados todos los almacenistas. Los aspectos relatados, hacen referencia más a su situación particular que al demandante.

Del caudal probatorio descrito, y particularmente de los documentos enlistados, para la Sala emana con claridad que al menos entre el 1 de octubre de 2011 y el 23 de junio de 2015¹⁴, la Federación Nacional de Cafeteros se benefició de manera directa, continua e ininterrumpida de los servicios prestados por el demandante, lapso este en el cual la labor se ejecutó por intermedio de las empresas ADECCO, SES DE OCCIDENTE y S&M OUTSOURCING S.A.S., tal como deviene acreditado con las certificaciones de folios 73 y 97 y los desprendibles de nómina vistos a folios 63 a 67 y 345 a 349, en los que se consigna como empresa “*cliente*” o “*usuaria*” precisamente a la Federación Nacional de Cafeteros. Adicionalmente, la vinculación con esas entidades y la calidad de beneficiaria del servicio de la demandada fueron hechos admitidos por las mentadas empresas (ADECCO, SES y M&S) al contestar la demanda (ver folios 341, 372, 442 y 443).

Cabe anotar, en este interregno -1 de octubre de 2011 al 23 de junio de 2015-, entre una y otra vinculación no existió ni uno solo día de interrupción, pues en la data inmediatamente siguiente a la finalización de un contrato, se iniciaba el otro con distinta empresa.

Adicionalmente, no puede desconocerse que, antes de su contratación formal con la empresa ADECCO, el demandante se vinculó como trabajador asociado desde el año 2008 a COOASERVEN, cooperativa con la que, según lo adujo la FEDERACIÓN en su contestación, tenía contratado el suministro de personal, existiendo elementos indiciarios dentro del expediente que dan cuenta que

¹⁴ El contrato con Adecco fue del 1 de octubre de 2011 al 31 de enero de 2012 y según los desprendibles de nómina la usuaria en ese interregno fue la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS. Con SES DE OCCIDENTE S.A. el vínculo fue del 1 de febrero de 2012 a 31 de enero de 2013 y con S&M del 1 de febrero de 2013 a 23 de junio de 2015 y en ambas la empresa usuaria fue la FEDERACIÓN.

mediante esa vinculación como trabajador asociado, el actor trabajaba para el Comité de Cafeteros del Quindío –Federación Nacional de Cafeteros- de quien recibía instrucciones (folios 17, 18 y 20). Nótese, la misiva del 6 de julio 2011, suscrita por la Gestora de Calidad del Comité Departamental del Quindío (folio 20) está dirigida a ADOLFO LEÓN LESMES TOCORA como “*Almacenista Barcelona COOASERVEN*” y en ella se entrega documentación que completa su “*inducción como almacenista*”. Incluso, conforme el certificado de aptitud laboral periódico (folio 4) la vinculación con la Federación fue desde el 1 de marzo de 2002, sin embargo el Director de Gestión Humana de la Federación, certificó que no se encontró registro de contrato de trabajo u hoja de vida del señor ADOLFO LEON LESMES TOCORA (folio 290).

Tales elementos de convicción guardan correspondencia con lo advertido por los deponentes GUILLERMO PEÑA MORENO y FRANCISCO DUQUE VARGAS quienes aseguraron que el demandante ingresó a laborar a través de COOASERVEN y que, como ellos, tuvo contrataciones a través de diferentes empresas pero prestando sus servicios siempre a favor de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS. Frente a los mentados testigos, quienes merecieron el reproche de la encartada, oportuno es indicar, con relación a GUILLERMO PEÑA al que se refiere la apelación, si bien no se tiene certeza de que se hubiese desconectado totalmente de la diligencia pues en gran parte de la audiencia se evidencia su usuario como participante de la misma, incluso durante los interrogatorios a las partes, lo cierto es que esa sola circunstancia no implica *per sé* la parcialidad en su versión, pues por el contrario, para la Sala su relato fue espontáneo dando cuenta, en gran medida sobre los hechos de los que tuvo conocimiento directo y aludiendo a aspectos que ni siquiera fueron objeto de cuestionamiento al demandante.

En ese orden, y acreditada como se encuentra la prestación personal del servicio de ADOLFO LESMES TOCORA a favor de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, lo correspondiente es dar aplicación a la ventaja probatoria establecida en el artículo 24 del C.S.T., entendiendo por tanto que el vínculo que ató a las partes estuvo regido por una relación laboral.

Sin embargo, no puede perderse de vista, tal como se advirtió al inicio y atendiendo los argumentos de la alzada propuesta por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, que para la demandada las vinculaciones se sujetaron a las disposiciones que regulan a las Cooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas de Servicios Temporales y a los Contratistas independientes, y en general, lo relativo a los contratos comerciales entre personas jurídicas, no incurriendo en alguna contravención de las normas que prohíben la intermediación laboral, posición que desde ya advierte la Sala no comparte, por las razones que pasan a explicarse.

De una parte, llama la atención de esta Corporación el hecho de que, como se vio, a pesar de que formalmente el demandante celebró diferentes tipos de contratación, a través de los cuales prestó sus servicios personales a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS (convenio de asociación, contrato de trabajo como trabajador en misión y una laboral con una empresa de outsourcing de suministro de personal) en cada uno de ellos el cargo a desempeñar, la empresa usuaria y el lugar de ejecución de actividades guardaban identidad, anotando, el cargo de “*almacenista*” que fue el ejecutado por el actor, hace parte de la planta de cargos de la demandada (folio 24 a 25), situación que *prima facie*, y con independencia de la modalidad en que se ejecutó cada uno, permiten inferir un uso indebido de las diferentes alternativas legales para la intermediación en la contratación del personal, pues en la realidad, se disfrazó una verdadera relación laboral, que bien podía haber sido celebrada directamente con la federación demandada, empero, contrario a ello, esta se valió de otros instrumentos para que el demandante ejecutara una misma actividad en beneficio suyo por un periodo prolongado de tiempo.

Al punto, si bien por el interregno en que “*formalmente*” duró la vinculación con ADECCO (1 de octubre de 2011 a 31 de enero de 2012) este se desempeñó como trabajador en misión, lo cierto es que, en honor a la verdad, su vinculación no se enmarcó dentro de una contratación “*temporal*”, pues si bien no superó el término de duración previsto en la Ley –fueron 4 meses–, lo cierto es que en ese lapso no se demostró, por ejemplo, la ejecución de labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; el reemplazo de personal en vacaciones, en

uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad e incrementos en la producción que dieran lugar a ese tipo de contratación, y por el contrario, lo que sobreviene probado es que desde antes de octubre de 2011 (data de inicio del contrato con ADECCO), el señor LESMES TOCORA venía ejecutando la misma actividad de almacenista, pero mediante otro tipo de vinculación y en calidad de trabajador asociado, advirtiendo, las funciones realizadas por el convocante eran permanentes, de lo que se colige que estas no fueron ocasionales o derivadas de un incremento de producción, pues se trataba del ejercicio de un cargo propio y permanente en el que se ejecutaban actividades del giro normal de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, convirtiéndose por tanto la EST en una simple intermediaria.

Recuérdese que en estos eventos la norma parte de la premisa que la EST funge como verdadera empleadora y la contratante como usuaria, por lo que la existencia del vínculo laboral deviene de la violación de las prohibiciones para este tipo de contratación y no de la existencia de los elementos propios del contrato, como la subordinación, entre el trabajador en misión y la usuaria, como lo pretende hacer ver el apelante. Sobre el tema la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de fecha 22 de febrero del año 2006, radicación No 25717¹⁵.

¹⁵ “En los cargos que se examinan conjuntamente se plantea, en síntesis, que **la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo de la trabajadora** y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales, apoyado en razonamientos coincidentes expuestos en sentencia de 24 de abril de 1997, radicación 9435.

Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales. Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los

Por otra parte, tampoco hay material probatorio dentro del cartapacio procesal que permita establecer que COOASERVEN CTA desarrolló el contrato con la FEDERACIÓN –cuyas condiciones particulares se desconocen pues no se aportó el instrumento contractual suscrito entre esas personas jurídicas- de manera autónoma e independiente y menos, que el convenio de asociación celebrado con el actor se desarrolló en cumplimiento de las disposiciones que rigen este tipo de contratación pues ningún elemento de prueba se allegó a las diligencias tendiente a desvirtuar la subordinación que por virtud del artículo 24 del C.S.T se presume a favor del trabajador y en contra de la beneficiaria del servicio, esto es, la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.

Así mismo, la revisión conjunta de los elementos de convicción y los escritos aportados por las partes en las oportunidades procesales respectivas, permiten establecer que la forma en que se ejecutó la contratación del actor a través de S&M OUTSOURCING S.A.S y SES DE OCCIDENTE S.A., y en virtud de las cuales prestó sus servicios personales a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, se ajustan a la situación prevista en el literal b) del artículo 35 del C.S.T., citado anteriormente, porque en la realidad, estas empresas agruparon trabajadores para que prestaran sus servicios a favor de otra persona para desarrollar actividades propias o conexas al giro ordinario de la demandada, pero bajo la subordinación de la última, precisando respecto a S&M que dentro del contrato suscrito por esta con la federación se dejó

preceptos citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

Es éste entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“ Pero ésta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.” (Lo resaltado es de la Sala).

Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

expresamente previsto que la sociedad actuaría como “representante del CONTRATANTE –LA FEDERACIÓN- *en las ciudades en las cuales tenga instalados los almacenes de provisión agrícola en el departamento del Quindío*” (folio 300).

A más de ello, no se acreditó en autos que en los contratos de servicios suscritos entre la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y las sociedades S&M OUTSOURCING S.A.S y SES DE OCCIDENTE S.A., respectivamente, estas últimas ejecutaron la actividad asumiendo los riesgos, con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica, a partir de lo cual se pudiera concluir fue un contratista independiente como se sugiere en la alzada.

Lo señalado permite establecer, sin asomo de duda, que existió un contrato de trabajo entre el demandante y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y que las demás personas jurídicas llamadas a integrar el contradictorio (S&M OUTSOURCING S.A.S, SES DE OCCIDENTE S.A., ADECCO y COOASERVEN) fungieron como simples intermediarias, advirtiendo, no existe ningún medio de prueba dentro del informativo con la cual se desvanezca la subordinación, por lo que para todos los efectos se tendrá como verdadero empleador del convocante del juicio a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, confirmando en este punto la sentencia de primer grado.

Con relación a los extremos, y en consideración a lo expuesto, no existe controversia en que el vínculo feneció el 23 de junio de 2015, pues sobre este aspecto no se presentó inconformidad alguna por las partes y, en todo caso, se acredita con la misiva de folio 96 y la certificación de folio 97; sin embargo, no existe claridad respecto a la fecha en la que el demandante inició a laborar para la Federación pues los documentos y la prueba testimonial no son consistentes al respecto.

Sobre el particular se tiene que en el formato de aptitud laboral de folio 4 se indica que el ingreso del trabajador fue el 1 de marzo de 2002, empero los testigos adujeron al unísono que el demandante se vinculó en el 2003 sin hacer

mención a un día y mes particular de ese anualidad, anotando frente a este medio de prueba que los deponentes no compartieron espacio físico con el actor, pues aunque desempeñaban el mismo cargo, estaban encargados de almacenes ubicados en municipios distintos al que se encontraba el demandante de allí que no les conste si la prestación del servicio fue continua e ininterrumpida desde ese año; la liquidación que milita a folio 6 tiene como fecha de inicio de contrato con COOASERVEN el 1 de enero de 2011 –calenda tomada por el juzgador de primer grado-, por el contrario, el convenio de asociación tiene fecha 1 de septiembre de 2008 y hay documentos que dan cuenta que al menos el 9 de marzo de 2010 (folio 17), el 8 de marzo de 2011 y el 6 de julio de 2011 (folio 20) prestaba servicios para el Comité de Cafeteros del Quindío; y en el hecho primero del libelo introductor el demandante dejó anotado que principió a laborar el “09 de octubre de 2013” (folio 205) fecha que según lo advirtió la apoderada en el recurso de apelación obedeció a un *lapsus calami*.

Ante tales discrepancias, y como quiera que existe certeza en que en virtud de la vinculación del demandante con COOASERVEN este prestó sus servicios a la FEDERACIÓN, se tomará como fecha de inicio la que consta en la liquidación efectuada por dicha Cooperativa y que reposa a folio 6, esto es, el 1 de enero de 2011, pues si bien, hay elementos que permiten inferir que en fecha anterior el actor laboró para la demandada, no existe certeza que el servicio se haya prestado de forma continua e ininterrumpida a la data anotada.

Con relación a esto último, es importante anotar, no resulta suficiente el reporte de semanas cotizadas en salud expedido por CAFESALUD E.P.S (folios 135 a 139) ni aquel expedido por Protección (folios 141 a 144) en el que constan las cotizaciones efectuadas por COOASERVEN a nombre del demandante desde el periodo 2003-11 hasta 2011-10, para acreditar la prestación personal del servicio continua e ininterrumpida del actor a favor de la traída a juicio, debido a que tal documento por sí solo no da cuenta certera de esta circunstancia, y si sirviera para tal fin, sería respecto de quien efectuó los aportes en nombre del trabajador. Así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

“[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)”

En orden a lo referido, se itera, si bien existen documentos que pueden tenerse como indicios de la prestación del servicio en fecha anterior a enero de 2011, lo cierto es que no se puede determinar que la misma haya sido “*continua e ininterrumpida*” y para la Federación Nacional de Cafeteros, exclusivamente, por lo que se confirmará la sentencia de primer grado también en este aspecto.

Dilucidado lo anterior, en dirección a determinar si el demandante ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas suscritas entre su empleador y la asociación sindical SINTRAFEC, importante es precisar, no hay prueba dentro del expediente que dé cuenta que el actor está o estuvo afiliado a dicha organización sindical con anterioridad a tal calenda, pero pese a ello, atendiendo el contenido de las Convenciones Colectivas suscritas por su empleador y el mentado sindicato, considera ser beneficiario de tales instrumentos por haberse pactado su aplicación a todos los trabajadores de la Federación.

Pues bien, en el artículo 26 de la Convención Colectiva suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato de Trabajadores de la misma federación –SINTRAFEC- 1961¹⁶ (CD folio 520) se estipuló:

“26.- APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN

La presente Convención Colectiva de Trabajo será aplicada a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia. Para efectos de las cuotas sindicales, la FEDERACIÓN dará cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 400 del Código Sustantivo del Trabajo. En lo que se refiere al Decreto 0018 de 1958, la retención de las cuotas correspondientes al personal sindicalizado y que se beneficie de esta Convención, se hará al momento de

¹⁶ Todas las convenciones incorporadas al plenario cuentan con la respectiva acta de depósito ante el Ministerio de Trabajo en el término previsto en el artículo 469 del C.S.T.

efectuarse el pago de la Prima de Vacaciones y en una proporción del seis por ciento (6%) del salario del trabajador, o sea, lo correspondiente a seis (6) puntos de la prima de vacaciones”

Igualmente, en el artículo 40 (Cd folio 520, página 30) de la Convención Colectiva suscrita entre la Federación Nacional de Cafeteros y el Sindicato de Trabajadores de la misma federación -SINTRAFEC- 1965 se estipuló:

*“ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO- APLICACIÓN DE LA CONVENCION:
La presente Convención Colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y de la SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. “ALMACAFE” (...)”* (Negrilla y Subrayas de la Sala)

Frente a tal punto, debe mirarse el tránsito histórico de las convenciones colectivas para determinar si la disposición se encuentra vigente o fue derogada.

Así, de las pruebas acopiadas al plenario se tiene, tal disposición fue replicada en los artículos 33 de la Convención Colectiva de 1974 (Cd folio 520, página 121), 28 de la Convención 1980 a 1982 (Cd folio 530, página 156).

Ahora, aunque el Laudo Arbitral depositado el 11 de septiembre de 1986 (Cd folio 520, páginas 325 a 334), no se refirió expresamente a la preceptiva analizada, para disponer su derogación, tampoco la modificó o reprodujo. Adicionalmente, en su artículo primero dispuso que *“quedan vigentes los acuerdos celebrados en las etapas de arreglo directo y mediación entre las empresas Federación de Cafeteros y Almacafé S.A. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación “Sintrafec”, que no se modifiquen por este Laudo”,* encontrándose que por acta del 2 de mayo de 1986 (Cd folio 520, páginas 321 a 323) las partes acordaron:

“2. En cuanto a los puntos de : (sic) continuidad de prestaciones y derechos, compensación de prestaciones y derechos, publicación de la convención y aplicación de la convención, como están estipulados en las convenciones anteriores” (Negrilla y Subrayas de la Sala.)

De otro lado, en el proceso no se adujo la pérdida de vigencia de la indicada norma -vigencia de estipulaciones anteriores- o su exclusión de la negociación colectiva con posterioridad al año 1986, lo que lleva a dar por sentado que la misma sigue siendo aplicable.

De lo expuesto, para la Sala, la disposición analizada continúa vigente, en tanto nunca fue derogada expresamente por las disposiciones convencionales posteriores, además, en la medida en que cada convención y laudo arbitral salvaguardó la vigencia de las disposiciones que no fueron tratadas expresamente en sus artículos y en esa medida, dable es afirmar que las convenciones suscritas por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y SINTRAFEC son aplicables a todos los trabajadores de la Federación.

Ahora, aunque la demandada refirió en la alzada que la cláusula de extensión a todos los trabajadores se prolongó hasta 1988, cuando SINTRAFEC comenzó a ser un sindicato minoritario, esa no es la realidad que muestran las pruebas, pues a partir del laudo arbitral de 1986 si bien no se reprodujo textualmente la cláusula sí se garantizó la continuidad de las normas vigentes antes, de donde es dable deducir que la referida cláusula sobre extensión a todos los trabajadores, en los términos en que fue concebida en la convención que antecedió al laudo, continuó surtiendo plenos efectos hasta el momento en que terminó el contrato de trabajo del actor.

Valga decir, en asuntos similares al presente, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que los beneficios convencionales aplican a todos los trabajadores con independencia de su afiliación o no al sindicato o de que este fuera minoritario, afirmación soportada en apartes de la sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35134, reiterada en la sentencia SL327 de 2018¹⁷. En esta última, precisó además esa Corporación:

¹⁷ En sentencia SL2209 de 2020 dijo además la Corte: “Bajo el anterior supuesto, no existe violación al compendio normativo acusado, especialmente los artículos 467, 471 y 400 del CST, toda vez, que para aplicar el acuerdo extralegal al actor, no había que acudir a las reglas normativas atinentes a la extensión de las convenciones colectivas a terceros, tampoco era óbice el carácter minoritario del sindicato, ni la falta de afiliación del accionante a esa Organización, por cuanto la calidad de beneficiario de tales acuerdos se derivó de la disposición de las partes que concertaron que cobijarían a todos los trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A., Almacafé.”

“(…)

Lo anterior implica, que la aplicación de la convención a todos los empleados, cuya legalidad ha sido prohijada en innumerables pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral y de cuya extensa literatura forma parte la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2009, rad. 35134, no fue una mera liberalidad de la demandada, como pretende darlo a entender el censor, sino que ha sido contemplada dentro del articulado en cita y ratificada en varios acuerdos convencionales sucesivos, que según lo establece el artículo 467 del Código Sustantivo, son las que se celebran «entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». Ello significa, nada menos, que se trata de convenios bilaterales no susceptibles de ser modificados y menos derribados por la sola voluntad de una de las partes.

Es por ello, que se estableció su vigencia incólume, mientras otro acuerdo convencional no la derogara, lo cual respeta el principio de que, en derecho, las cosas se deshacen como se hacen; así como, el artículo 1602 del Código Civil, que trata del efecto de las obligaciones y dice que «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales». Por manera que, pretender como se hace por la censura, que **pueda unilateralmente el empleador, deshacer un acuerdo bilateral plasmado en una convención colectiva de trabajo, so pretexto de que su permanencia, desestimularía a los empleadores a pactar ese tipo de acuerdos,** o que pudiera ser eternizado por la actitud pasiva de los sindicatos, que se negarían indefinidamente a deshacer esa mutua voluntad, desquiciaría el ordenamiento jurídico de manera grave. Tal sospecha, que constituye meras suposiciones sobre el semblante conductual de las partes, no tiene sustento fáctico.

De manera que se reafirma lo ya dicho sobre la vigencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores de la demandada, incluido desde luego el demandante quien como se vio fue trabajador de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.

En este punto también resulta oportuno mencionar, las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación no resultan aplicables, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma Sala de Decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política. Por otra parte, esta Sala de Decisión ha venido sosteniendo el criterio aquí esbozado, tal como se verifica, *verbi gratia*, en los

fallos con radicación 11001310502820170046001 proferido el 2 de abril de 2019 y 11001310501920170082601 del 30 de septiembre de 2020.

Dilucidado ello, siendo el actor beneficiario de las convenciones colectivas dable es verificar lo atinente al pretendido reintegro.

Así pues, se tiene, al plenario solo fueron incorporadas las convenciones de las anualidades 1962, 1965, 1967 (LAUDO ARBITRAL), 1970 (LAUDO ARBITRAL), 1972, 1974, 1980 a 1982 y 1986 (LAUDO ARBITRAL) (CD folio 520), dentro de las cuales frente a la ocurrencia de un despido sin justa causa solo se previó el pago de una indemnización (ver artículo 40 convención 1974) y no se evidencia estipulación alguna que disponga el reintegro, advirtiendo, las convenciones de 1982 a 1984 y 1984 a 1986 en los cuales funda sus aspiraciones el convocante del litigio (folios 228 y 229), no reposan en las diligencias.

Bajo tal entendido, el actor incumplió la carga procesal que le incumbía, lo cual impone la improcedencia de lo rogado y la confirmación de la sentencia de primer grado en tanto negó el reintegro, pero atendiendo las consideraciones efectuadas por esta Corporación.

Finalmente, con relación a la indemnización por despido sin justa causa ordenada por el juzgador de primer grado, objeto de reparo por la Federación Nacional de Cafeteros, memórese, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes que puede ser ejercido en aquellos casos en los cuales se incumpla, por alguna de las partes, las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo.

Por su parte, el parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o*

motivos distintos", advirtiéndole, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa¹⁸.

De tal suerte, en el expediente reposa misiva del 23 de junio de 2015 (folio 96), suscrita por el representante legal de la sociedad S&M OUTSOURCING S.A.S, dirigida al demandante, en la que se le informa:

"Por medio del presente me permito notificarle que por decisión unilateral del empleador, se ha optado por terminar el contrato de trabajo a término fijo suscrito con usted el pasado 01 de febrero de 2013, mismo que se entenderá finalizado a partir del veintitrés (23) de junio de 2015 al finalizar la jornada laboral.

Como consecuencia de lo anterior y con base en lo señalado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, junto con su liquidación se le hará pago de una indemnización equivalente a OCHO MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO SETENTA PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$8.039.170,07)

(...)"

En los términos de tal legajo, habiéndose concluido que S&M OUTSOURCING S.A.S actuó como simple intermediario, claro resulta que la terminación unilateral por parte del empleador que allí se informa, vincula a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS respecto de quien se estableció el carácter de verdadero empleador, razón por la cual, en contraposición a lo asentado por el apoderado de la encartada, en autos está debidamente acreditado el hecho del despido, situación que impone a cargo de la pasiva el pago de la correspondiente indemnización. Frente al asunto pertinente es mencionar, en la sentencia reprochada el juzgado discurrió no hallar probado el pago de la suma indicada en la misiva de despido, razón por la cual procedió a la liquidación de este concepto arrojando la suma a favor del demandante de \$2.903.512, situación está que no mereció censura alguna por las partes.

¹⁸ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz "(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley..."

De lo que viene de exponerse se confirmará el fallo de primer grado en este aspecto, por cuanto sólo se apeló lo atinente a la causación de la referida indemnización y no su monto.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es confirmación del fallo de primer grado **pero** atendiendo las disquisiciones hechas por esta Corporación.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

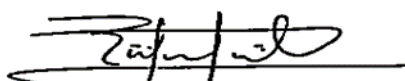
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, **pero** por las razones expuestas por esta Sala de Decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LEYDI GUISETH CUBILLOS GIRALDO CONTRA EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL "ENTERRITORIO" (RAD. 30 2019 00458 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y demandada (fls. 182 a 184 186 a 188), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuestos por la apoderada de la entidad demandada, de la sentencia proferida por el Juez Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2019 (Cd. fl. 156, Record 1:15:26, acta a folio 176 y 177), en la que se resolvió:

***"PRIMERO: DECLARESE** que entre la demandante LEYDI GUISETH CUBILLOS GIRALDO y el extinto Fondo Financiero de Proyectos de desarrollo FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL ENTERRITORIO existió un verdadero contrato de trabajo sin solución de continuidad el cual se extendió desde el 19 de febrero de 2009 a 31 de enero del 2017 de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en estas palabras DECLARASE que entre el extinto Fondo Financiero de Proyectos de desarrollo FONADE hoy EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL ENTERRITORIO como empleadora y la señora LEYDI GUISETH CUBILLOS GIRALDO identificada con la cedula de ciudadanía No : 46.454.623 de Bogotá existió un verdadero contrato de trabajo sin solución de continuidad el cual se extendió desde el 19 de febrero de 2009 a 31 de enero del 2017 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARESE** probada parcialmente la excepción de prescripción de la prima de servicios, prima de navidad y prima de vacaciones causadas con anterioridad al 31 de enero del 2014 y la compensación en dinero por las vacaciones causadas con anterioridad al 31 de enero del 2013, no probada las*

demás excepciones propuestas por la parte pasiva de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENESE a la EMPRESA NACIONAL PROMOTORA DE DESARROLLO TERRITORIAL ENTERRITORIO a pagarle a la señora LEYDI GUISETH CUBILLOS GIRALDO las siguientes cantidades de dinero y conceptos:

\$40.692.863 por conceptos de cesantías
\$4.776.416 por intereses a las cesantías
\$18.360.000 por compensaciones debida de las vacaciones
\$12.476.971 por prima legal
\$24.943.904 por prima de navidad
\$12.476.971 por de prima de vacaciones
\$5.508.000 por terminación sin justa causa

CUARTO: ABSUELVASE a la demandada de las demás pretensiones de la demanda

QUINTO: CONDENESE en COSTAS a la demandada liquídense por secretaria e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$7.000.000.

SEXTO: COMPULSESE copias de la demanda, contestación de la demanda, del cd que contenga todo lo actuado en este proceso y del acta resolutive a la Contraloría General de la Republica y a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia en asuntos de juicio fiscal y proceso disciplinario para que se investigue la actuación de los doctores CLAUDIA BEATRIZ NIETO MORA, ISABELLA AVELLA ALBINO, MARIA PATRICIA TRONCOSO, JUAN CARLOS PARADA, MAYERLI CONSUELO LOPEZ MAHECHA Y KATRIZIA LORELI AROCA en su condición de Subgerente administrativo, subgerente de Contratación del extinto Fondo Financiero de Proyectos de desarrollo FONADE hoy Empresa Nacional Promotora de Desarrollo Territorial en Territorio.

SEPTIMO: CONSULTESE la presente decisión ante la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá."

Inconforme con la decisión, la apoderada de la entidad demandada recurre la decisión señalando en primer lugar se debe acoger en el presente asunto la sentencia dictada por el Dr. Luis Alfredo Barón Corredor donde se analizó una situación similar con la descripción de funciones iguales o similares a las aquí descritas donde también se hablaba entonces de un contratista por prestación de servicios que realizaba las mismas actividades y donde se concluye la ausencia o la carencia de competencia por parte del juez Ad quo, pues el cargo de gerente de convenios o coordinador hace parte de los empleados públicos, precisando las actividades contractuales desarrolladas por la demandante no se encasillan como trabajadora oficial, ya que las funciones por ésta desarrollada podrían encajarse en la funciones del subgerente de contratación, ya que la actora elaboraba informes y ambos cargos tienen como finalidad la ejecución de contratos, actividades que necesariamente son de dirección o confianza y por ende al ser empleada pública no es la jurisdicción ordinaria la llamada a resolver el fondo del litigio.

Por otro lado y en punto a los requisitos para la existencia del contrato de trabajo indica que no obra prueba documental que acredite que en efecto se dieron los elementos exigidos por la ley y muchos menos el relacionado con la subordinación, ya que no se acreditó el cumplimiento de una jornada de trabajo.

En cuanto a la solución de continuidad señala que existen unos vacíos de 3, 4, 6 y 8 meses en la celebración de los contratos por lo que esas interrupciones tan largas desdibujan la naturaleza de la actividad, al igual que el hecho de que se le cancelaran honorarios.

Frente a las condenas únicamente objeto las relacionadas con los intereses a las cesantías y las primas de servicios, expresando estas prestaciones no se encuentran cobijadas para los trabajadores oficiales y tampoco existen normas que las contemplen a su favor, solicitando por ende se revoquen las condenas y se proceda a la absolución de su representada.¹

¹ “Gracias encontrándome dentro de la oportunidad procesal interpongo entonces el recurso de apelación con fundamento en el artículo 66 del código procesal laboral contrala decisión proferida en particular en contra de la parte resolutive ordinales primero, segundo, tercero, quinto y sexto de la sentencia por considerar que pues resultado adversa a los intereses de mi mandante, solicito entonces se revoque las condenas impuestas al igual que el contenido de los ordinales descritos por la siguiente situación:

Lo primero que debo decirle a la sala laboral del Tribunal de Bogotá es que acoja el mismo pedido de una situación con características casi que idénticas al presente emitió dentro de la sentencia de Diana Castiblanco Villate Vs Fonade la radicación 2015 580 el ponente Luis Alfredo Barón Corredor donde también se analizó una situación similar con la descripción de funciones iguales o similares a las aquí descritas donde también se hablaba entonces de un trabajador un contratista por prestación de servicios que realizaba las mismas actividades y donde se concluye la ausencia o la carencia de competencia por parte del juez Ad quo y a su vez por el juez ad quo pues el cargo de gerente de convenios o coordinador hace parte en el análisis que realiza en su momento la sala laboral de los empleados públicos, para ello traigo a colación esta sentencia, lo que voy a decir es la falta de competencia por cuanto si se analiza el cargo que nos trae a colación este momento no sería el de un trabajador oficial ese es el criterio que ha tenido la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá mismo cuerpo colegiado que en este proceso que voy a citar fungió un contratista en las mismas actividades catalogadas como manejo de confianza y que entonces escapan a la decisión de este juzgado por carecer de competencia y jurisdicción declarando entonces en ese momento la excepción propuesta de falta de causa pedida, de oficio lo hace el tribunal entonces en ese momento “La sala en razón a la anterior afirmación debe entonces analizar lo relacionado a la clasificación de empleo público y de trabajador oficial dentro de la empresa en la que represento ,ello por cuanto a dicha denominación dará vía al estudio de la clasificación de los empleados públicos y trabajadores oficiales contenidos en el decreto 3135 de 1968 en consonancia con el artículo 12 del decreto 1260 de 1993 y su más reciente modificación decreto 2127 del 2008 en el cual estructuro a Fonade señalando artículo primero artículo siete decreto 288 del 2004 anteriormente aprueba la modificación de la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de desarrollo FONADE contenida en el artículo séptimo del decreto 288 del 2004 y quedara así: Junta directiva uno gerencia general, dos subgerencia general, tres subgerencia de contratación, cuatro subgerencia financiera, quinto subgerencia técnica, sexto órganos de asesoría y coordinación, 6.1 comité de coordinación de sistema de control interno dice el Tribunal atendiendo las normas aludidas es claro que la sala tendrá entonces que establecer que si la calidad de la demandante corresponde a la de trabajador oficial o empleado público de acuerdo de la naturaleza de la actividad al revisarle las tareas delegadas en los contratos de prestación de servicios las mismas no se acompasan con ningún cargo de planta global por ello el estudio igualmente deberá remitirse a las funciones de subgerencia que tiene similitud a las realizadas en este caso Conforme a lo anterior sin que ello implique aceptación de Litis la sala debe entonces revisar los preceptos legales, generar su estudio frente a las actividades contractuales desarrolladas por la demandante y sobre cual debe encasillar si como trabajadora oficial o como empleada publica y ojo acá la subgerencia de convenios como bien se extrae los

acuerdos contractuales suscritos las funciones no se encuentran especificadas en la anterior norma ni en la planta global de la entidad, no obstante podría entonces relacionarse con las funciones de subgerencia de contratación al tener una similitud pues la demandante ejecuto dentro de otras actividades y ahí está las de reporte con convenios, elaboración de informes, actividades iguales descritas a las de este caso y luego habla de la subgerencia de contratación desarrolla la norma y para lo que me interesa en el recurso. Como se puede apreciar las funciones que ejecuto la demandante en su condición de gestora de convenios podrían encasillarse en la subgerencia de contratación pues ambos tienen como finalidad la ejecución de contratos a favor de la entidad actividades que necesariamente son de dirección o de confianza y en ese sentido la línea del Tribunal aunque no cabe duda que las funciones realizadas por estas actividades podrían clasificarse como empleado público y no trabajadores oficiales y por lo tanto dice el Tribunal no es la jurisdicción Ordinaria la llamada a resolver el fondo del litigio esta es la sentencia que en primer lugar me acojo para efectos de que se desencadene positivamente el recurso de apelación planteado.

Después de ello procedo a conocer los argumentos del despacho y encuentro que no me acojo a los mismos pues es claro que en el presente proceso no solo bastaba con las declaraciones de los deponentes de Pablo Acuña Castañeda y de Carlos José Rosado para debatir los elementos propios de una relación laboral que existe identidad de los mismo al decir que en efecto la señora cumplía con jornada y tenía llamados de atención pero los mismo brillan por su ausencia en el expediente siempre he considerado como litigante que no solamente el juez en el ejercicio además bien hecho de la sana crítica la libre apreciación de la prueba que le concede la ley debe verificar durante el dicho además si se corrobora durante todo este tiempo que además se reconoce que en efecto existe un solo llamado de atención escrito, algún documento o algún correo cuando al momento donde se pueda percibir la subordinación y ese ejercicio de mando y de dirección que le corresponde acreditar a quien dice estar en un contrato de trabajo o bajo el principio de la primacía de la realidad en el caso que advierte el tribunal pues no existe un solo documento donde se pueda derivar o cuando menos conducir a concluir que si existieron los elementos propios de una relación de trabajo y pues en ese sentido consideramos que no hubo celebración de contratos de naturaleza laboral y por consiguiente no está descrito ese elemento propio de la relación laboral como acredita en el expediente, entonces en ese sentido encontramos que esta carga probatoria que le asistía a la demandante no puede ser validada a través de la prueba testimonial traída por la parte actora pues no se probó el hecho indicador de la presente prestación personal del servicio como quiera que dentro de los dichos de las respuestas dadas existen varias imprecisiones que no pueden ser convalidadas entonces por la sala si ustedes revisan el audio en los contrainterrogatorios siempre hubo imprecisión de los testigos al decir que no estaban presentes inclusive en los llamados de cuando se dice que si estuvo presente al momento de que la señora le negaron un permiso para un cumpleaños se le pregunta al testigo Carlos José Rosado si escucho y el mismo dice que había un vidrio que le impedía tener conocimiento pero por terceros lo supo entonces no es un testigo presencial del ejercicio de mando o subordinación, tampoco durante todo este tiempo se acredita que en efecto cumplía una jornada ya que el cumplimiento de la jornada a mi juicio no solamente se debe acreditar con la prueba testimonial sino que también se debe contar con elementos de convicción los cuales son los ingresos de entradas y salidas y esa carga probatoria la tiene la parte actora en el presente caso brilla por su ausencia, un solo documento donde diga que la señora entraba a las ocho de la mañana se iba a media noche o a las cinco de la tarde esa acreditación no está plenamente validada en el expediente y por consiguiente no se prueba el hecho indicador que estamos analizando.

Luego pues resulta procedente revisar el objeto de la entidad que represento que como lo vengo diciendo está en el decreto 288 de 2004 después de analizarlo no podemos interpretar entonces que el objeto social se encuentre dirigido a la vinculación de personal para la ejecución de actividades de apoyo, pues estas mismas fueron pactadas únicamente en los contratos de prestación de servicios habrá que resaltar entonces de que los contratos de prestación de servicios que firmo la hoy demandante se ciñen al término únicamente indispensable para la ejecución de esa actividad específica que se acredita además con la aclaración que rindió el señor David Mauricio González García quien dice que la señora demandante no tenía digamos un rol particular que hiciera parte de la planta global sino que realizaba actividades especializadas de apoyo, ese apoyo a la gestión bajo la premisa entonces del artículo 32 de la ley 80 de 1993 se encasilla en lo que denominamos contratos de prestación de servicios que pueden celebrarse siempre y cuando la entidad no cuente con el personal de planta o requiera un conocimiento especializado en este caso al ser economista se revisa si hubiera acreditado la demandante que la misma entidad desplegaba alguien de planta pues se podría colegir que lo que se estaba buscando era desdibujar lo que es contrato realidad pero precisamente es ese tecnicismo de la especialidad lo que permite a la entidad traer a contratistas de prestación de servicios por la especialidad de la labor que ejecutan es decir de la actividad que ejecutan corrijo, para luego decir entonces que se pueden vincular por prestación de servicios, existen unos vacíos en la interrupción de los contratos por 3 meses, 4 meses, 6 meses inclusive un último que tuvo un plazo de ejecución de 8 meses que pues cualquier conocedor de un contrato puede advertir que si se interrumpe por un tiempo tan alto digamos que la naturaleza de la actividad se desdibuja. No puede predicarse entonces que la vinculación contractual de prestación de servicios que realizo la demandante generara dependencia o ejercicios a actos de subordinación bajo los supuestos de que era autónomo e independiente se puede colegir luego que hubo un elemento propio

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 54 y 55, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 56 a 58, aspirando se declare la existencia de una verdadera relación laboral ininterrumpida entre el 19 de febrero del 2009 y hasta el 31 de enero del 2017, la cual finalizó por despido sin justa causa, en consecuencia se condene a FONADE a reconocer y pagar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, primas de vacaciones,

que fue la subordinación porque vuelvo e insisto no existe en el expediente distinto al dicho de los testigos que cito la parte actora una sola acreditación del cumplimiento de una jornada o que estuviera sujeta a ordenes o directrices especiales.

En cuanto a los honorarios pues ya está más que decantado que así fue que ella ha cancelado los aportes a la seguridad social presentando sus informes de actividades y luego se realizaba el pago de los honorarios.

Siguiendo entonces el estudio del caso acudiendo a la sentencia de la Corte Constitucional C-655 del 12 de noviembre de 1998 para Fonade hoy enterritorio no hay duda que la suscripción de los contratos de prestación de servicios para ejercer actividades de apoyo hacen parte de la inversión de la prueba que tenía que realizar el demandante y que en el caso bajo estudio pues no se desvirtuó esa presunción legal y por consiguiente al no estar acreditada en efecto el cumplimiento de esa jornada ordenes específicas no habría lugar a concluir la existencia de la subordinación y tampoco del contrato realidad.

En cuanto a las condenas la descrita en el numeral tercero cuando hace alusión a los intereses a las cesantías entonces sería numeral tercero literal b intereses a las cesantías existe una sentencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia número 22354 del 2004 reiterada en la 23155 del 2005, en la 27371 del 2006 entre otras donde dice que no es procedente la condena de intereses a las cesantías en atención que no hay una norma que disponga este derecho para los trabajadores oficiales recuérdese señor juez que el artículo 33 del decreto 3118 del 1968 en donde se modifica el artículo tercero de la ley 41 del 75 al igual que lo establece en el artículo dos de la ley 432 de 1998 consagra esta prestación pero lo hace a cargo del fondo nacional del ahorro y respecto de su afiliados en el caso de autos que usted conoce está demostrado que este fondo no fue demandado en el proceso y que tampoco la demandante está afiliada al mismo por lo que en este orden de ideas no procede la condena por este concepto interpretando entonces en el sentido natural de la corte pues no habría lugar a la condena.

Lo mismo ocurre con la prima anual de vacaciones que la describió en el numeral tercero literal D , prima anual de servicios si no estoy mal entonces la condena tampoco procedería porque vuelvo e insisto la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia sentencia 53723 del dos de octubre del 2018 y sentencia 437590 de 27 de enero del 2016 entre otras en relación de aplicación de este concepto para los trabajadores oficiales que trabajan o que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado ha dicho como es mi mandante que no es viable la condena de prima de servicios debido a que ella está establecida en el decreto 1042 de 1978 pero que no cobija a los trabajadores oficiales que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado pues dicho decreto solo rige para el ministerio de departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos entre otros , es así que conforme a lo señalado en la jurisprudencia en la sala de casación laboral este concepto prestacional no debe ser concebido para los trabajadores oficiales de la naturaleza que es mi mandante y pues como tal deberá absolverse de este concepto.

Y pues en este sentido encontramos que no hay lugar entonces a las condenas impuestas por el despacho nos oponemos en el recurso de apelación que está en conocimiento este despacho para conocimiento del superior jerárquico y solicitamos en su lugar se revoquen todas las condenas impuestas y se proceda a la absolución de mi representada , gracias su señoría"

primas técnicas, primas de navidad, vacaciones, auxilio de recreación, viáticos, así como los demás derechos convencionales o extra convencionales, la indemnización del artículo 64 del C.S.T., la indemnización moratoria (art. 65 C.S.T), la indemnización contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el reembolso de los valores correspondientes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales en el porcentaje que le correspondía cancelar a la entidad , junto con las costas procesales en caso de oposición. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se accedió a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo desarrollado por la demandante en calidad de trabajadora oficial del 19 de febrero del 2009 al 31 de enero del 2017, imponiendo condena por cesantías, intereses a las cesantías, compensación en dinero de las vacaciones, prima legal, prima de navidad, prima de vacaciones e indemnización por despido, absolviendo de las demás pretensiones así: prima técnica, auxilio de recreación, reembolso de aportes a seguridad social e indemnización moratoria, tras considerar no tener derecho la actora a éstas acreencias, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción de los derechos causados con anterioridad al 31 de enero del 2014, excepto cesantías e intereses a las cesantías que se causaron a la finalización del vínculo.

De tal manera, lo primero que advierte la Sala, es que si bien en el ordinal séptimo de la sentencia apelada se dispuso remitir el proceso con el fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada FONADE, lo cierto es que, aunque se trata de una entidad descentralizada de carácter público, esa sola circunstancia no habilita el estudio en esta instancia del grado jurisdiccional de consulta a su favor, pues en los términos del artículo 69 del C.P.T y la S.S. se requiere que *"la Nación sea garante"*, circunstancia esta que no concurre en autos.

Establecido lo anterior se abordará el estudio entonces del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada en los puntos concreto objeto de censura y debidamente sustentados, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum), esto es, la declaración de la existencia del contrato de trabajo.

En esa dirección ha de recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En este orden de ideas, conviene, en primer lugar, señalar que el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO FONADE fue creado mediante Decreto 3068 del 16 de diciembre de 1968, como un Establecimiento Público, adscrito al Departamento Nacional de Planeación, con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Posteriormente, el artículo 1º del Decreto 2168 de 1992 estableció:

“Reestructurase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento de orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.”

El Decreto 288 de 2004, modificó nuevamente la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo-FONADE. Así, mantuvo su naturaleza jurídica como Empresa Industrial y Comercial del Estado, su carácter financiero, la personería jurídica propia, al igual que su autonomía administrativa, y fue incluida entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, por ende FONADE (*actualmente denominada Empresa Nacional Promotora del Desarrollo Territorial ENTerritorio Dc. 495 del 2019*) es una: i) Empresa Industrial y Comercial del Estado; ii) tiene carácter financiero; iii) cuenta con autonomía administrativa; iv) se encuentra vinculada al Departamento Nacional de Planeación; y v) está vigilada por la Superintendencia Financiera, razón por la cual sus funcionarios son

trabajadores oficiales por regla general, como lo establece el artículo 5º inciso tercero del Decreto 3135 de 1968², salvo las excepciones allí señaladas.

Respecto del cabal entendimiento de esta norma, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en sentencia 26446 del 3 de marzo de 2006, expresando:

"(...) conforme a los criterios orgánico y funcional, utilizados para clasificar a los servidores del Estado, tanto en el orden central como en el orden territorial, relacionados el primero con la naturaleza jurídica de la entidad a la que se prestó el servicio, y el funcional relativo a la actividad para la cual laboró el servidor, la regla general es que son empleados públicos las personas que laboran en el gobierno central y los entes territoriales centrales, en tanto que solamente son trabajadores oficiales los que laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas o, bien, en las empresas industriales y comerciales en los diferentes niveles.(subrayas del Despacho).

Ciertamente, conforme a los criterios referidos, en la legislación nacional se clasifican a los servidores del orden nacional y territorial, en términos equivalentes; así, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, que rige para el nivel central, determina que las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; pero, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Así mismo, indica la norma en mención que quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; (...)"

Así las cosas, advierte la Sala la señora LEIDY GUISETH CUBILLOS GIRALDO suscribió diferentes vinculaciones jurídicas con FONADE desde el 19 de febrero de 2009 a 31 de enero de 2017 por medio de contratos de PRESTACIÓN DE SERVICIOS tal como se indica en las certificaciones de folios 6 a 37 y 50 a 53, como también de las documentales de folios 105 a 174 relativas a los contratos de trabajo.

De este modo, debe recordarse en primer lugar que el artículo 2º del Decreto 165 de 1997 que modificó el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, enseña que son CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán realizarse con

² Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. (...)

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional; Ver: Artículos 1 y ss. Decreto Nacional 1848 de 1969, Artículo 2 Decreto Nacional 1950 de 1973, Radicación del Consejo de Estado 1072 de 1998, Concepto de la Secretaría General 1340 de 2000, Concepto de la Secretaría General 1540 de 1994.

personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, no generan en ningún caso, relación laboral ni prestaciones sociales y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Sin embargo, los textos relacionados *"con que las actividades no puedan realizarse con personal de planta"* y el no generar en ningún caso *"relación laboral y prestaciones sociales"* fueron declarados exequibles condicionalmente, siempre y cuando no se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997 que:

"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente."

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en punto a los contratos de prestación de servicios en el sector público, indicó:

"(...) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o a personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono."

De lo anterior se desprende claramente que cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario, se está en presencia de un elemento indicativo de subordinación laboral, puesto que precisamente la imposición de dicho horario por parte de quien se beneficia de la prestación del servicio implica un poder del mismo, que desconoce por su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es la característica de una prestación de servicios como la que regula la disposición en comento."

Sobre el particular, en sentencia del 11 de diciembre de 1997, con radicación 10153, dijo esta Sala de la Corte:

(...)

Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente haber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un

horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que se sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de la subordinación laboral, en cuanto implica "control especial del patrono..." (Sentencia del 17 de mayo de 2004. Rad. 22.357).

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la demandante a favor de FONADE, se recibieron en primera instancia las declaraciones de los señores PAOLA OSPINA CASTAÑEDA³, CARLOS JOSE ROSADO GAMBOA⁴ y DAVID MAURICIO GONZALEZ GARCIA⁵, quienes prestaron sus servicios para la entidad demandada, indicaron haber conocido a la demandante como la encargada de coordinar los diferentes convenios que tenía el FONADE y el cumplimiento de metas en tales convenios, como también las de verificar la ejecución de los mismos. Los declarantes Paola Ospina y Carlos Rosado afirmaron que la accionante recibía órdenes de los Gerentes y Subgerentes del Área, manifestaron que para el cumplimiento de tales labores la actora poseía su escritorio, su computador, claves del sistema y demás elementos de oficina suministrados por FONADE; de otro lado coincidieron los deponentes en afirmar que la accionante cumplía un horario de trabajo de 8 A.M. a 5:00 P.M. de Lunes a Viernes, señalando que su labor no era autónoma ni independiente pues debía acatar las directrices dadas por la Junta Directiva y demás Gerentes, también señalaron que pese a que entre la terminación de un contrato y el inició de otro transcurría un tiempo considerable de hasta 20 días, la actora nunca dejó de asistir a la oficina, advirtiendo los llamados de atención que se realizaron fueron de manera verbal, lo cual les consta pues como compañeros de labor de la demandante presenciaron tales circunstancias, en tanto todos desarrollaban sus funciones en el mismo piso de la entidad.

Nótese que incluso el testigo DAVID GONZALEZ trabajador oficial de la entidad manifestó siempre haber visto a la demandante en la oficina, al igual que reiteró que todos los elementos de trabajo eran proporcionados por la accionada y que tenía un supervisor llamado Gerente de Unidad.

³ Cd. fl. 179, audio 1, record: 20:00

⁴ Cd. fl. 179, audio 2, record: 3:00

⁵ Cd. fl. 179, audio 3, record: 35:04

Así pues, las declaraciones vertidas por los testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos las declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con la demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por la encartada, aspectos que constituyen "*elementos indicativos de la subordinación laboral*"⁶, y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la actividad se cumplía en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido.

Recordándole a la recurrente que acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral; por lo tanto, corresponde es al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente, lo cual no ocurrió en autos.

Sobre este aspecto la Máxima Corporación se pronunció en sentencia SL 095 del 20 de enero del 2021, refiriendo:

*"Conviene no olvidar que el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, invocado por el juez plural, contiene una ventaja probatoria para quien demande su condición de trabajador dependiente. **La prestación del servicio personal a una persona natural o jurídica, hace presumir, iuris tantum, el contrato de trabajo, sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.** De ahí, surge para el accionado la carga de desvirtuar la presunción; debe acreditar que en la realidad, que no en virtud de simples formalidades, la relación fue independiente o autónoma.*

En este orden, (...) una vez encontró acreditada la prestación personal del servicio, activó la presunción explicada, y no halló prueba que lograra desvirtuarla; por el contrario, percibió hechos que reafirmaban la subordinación ejercida sobre la demandante, como el cumplimiento de horario y de órdenes impartidas por funcionarios de la entidad.

Precisamente, tal cual lo tiene definido la jurisprudencia, la ejecución de labores en las instalaciones de la entidad dentro de una jornada establecida, que el Tribunal

⁶ Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral

halló demostradas y que la recurrente no se ocupa de desvirtuar, son claramente indicativos de un obrar subordinado. Con mayor razón, en el sector oficial, en el que conforme al artículo 1 de la Ley 6 de 1945, el cumplimiento de horario es evidencia inequívoca de dependencia laboral (CSJ SL4344-2020)."

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan las diferentes Ordenes de Prestación de Servicios suscritos entre la demandante y FONADE, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

En este punto, previo a continuar con el examen, debe señalarse, en lo que tiene que ver con el tema de la calidad de empleada que ostentaba la actora (argumento objeto de apelación), baste con reiterar como en líneas anteriores se indicó, los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos, cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

En el caso en particular el Acuerdo 03 de 2004 "*por el cual se adoptan los estatutos internos del Fonade*", previó en su artículo 27:

"ARTICULO 27. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES.

Para todos los efectos legales, las personas que prestan servicios al Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade, tendrán el carácter de Trabajadores Oficiales vinculados mediante contrato de trabajo, con excepción de quien desarrolle las actividades correspondientes a los cargos de Gerente General, Subgerente, Asesor de Control Interno o quien haga sus veces y Asesor Jurídico, quienes tendrán la calidad de empleados públicos."

Así las cosas, es claro que las funciones desarrolladas por la actora como coordinadora de convenios, no encajan en los cargos allí señalados, como tampoco en el de Subgerente de contratación como lo manifiesta la apelante, pues las labores de la demandante siempre giraron en torno a prestar un apoyo en la ejecución y liquidación de los convenios de la encartada mas no lo de asesor o dirigir una actividad contractual, siendo las funciones de la Subgerencia de Contratación las siguientes (ver Dc. 2723 de 2008 "*Por el cual se aprueba la modificación de la estructura del Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo – FONADE*" expedido por el Presidente de la República. art. 2):

"Artículo 2º. Subgerencia de Contratación. Son funciones de la Subgerencia de Contratación las siguientes:

1. Asesorar al Gerente del Fondo en la formulación de las políticas referentes a la contratación del giro del negocio, en aras del cumplimiento de los compromisos

institucionales de acuerdo al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y demás normas vigentes sobre la materia.

2. Dirigir, coordinar y controlar la actividad contractual que corresponda al giro ordinario de sus negocios y al funcionamiento de la entidad, con el fin de obtener los resultados en lo referente a los fines de la contratación estatal desde su inicio y hasta el perfeccionamiento del contrato, de conformidad con el Manual de Contratación y acorde a la normatividad vigente.

3. Planificar en coordinación con las dependencias ejecutoras, los procesos relacionados con la actividad contractual de Fonade.

4. Dirigir y garantizar que los procesos de selección de contratistas se desarrollen de acuerdo con las normas legales y los principios que rigen la función administrativa.

5. Garantizar en los procesos de selección de contratistas, espacios de participación ciudadana que permitan el ejercicio del control social.

6. Adelantar acciones dirigidas para verificar que los bienes y servicios a contratar se ajusten a normas de calidad, precios de mercado y necesidades de los usuarios de los servicios.

7. Elaborar o expedir los actos administrativos que se requieran con ocasión de la actividad contractual.

8. Dirigir los estudios previos para los procesos de contratación.

9. Asesorar al Fondo en la estructuración de pliegos de condiciones para los procesos de selección de contratistas.

10. Coordinar las actividades requeridas para el perfeccionamiento y requisitos para la ejecución y legalización de los contratos.

11. Las demás funciones que le sean asignadas y que correspondan a la naturaleza de la dependencia."

Razones por las cuales, y teniendo en cuenta lo expresado por los testigos quienes afirmaron que la demandante era la encargada de coordinar y apoyar todo el tema relacionado con la ejecución de los convenios que suscribía el FONADE y adicionalmente refirieron que ésta recibió órdenes de sus superiores tales como el Gerente de Unidad, Subgerente Técnico, Gerente General y demás miembros de la Junta Directiva, ha de entenderse que si bien la actora pudo haber laborado para la Subgerencia de Contratación lo cierto es que en la realidad la señora CUBILLOS GIRALDO no ostentaba el cargo de SUBDIRECTORA, sino que desarrollaba una de las funciones de dicho departamento bajo las directrices e instrucciones de sus superiores que en este caso podría ser la Subdirectora de Contratación, por ende las actividades desarrolladas por la promotora del litigio no se pueden encajar en un cargo de dirección y confianza al servicio de la empresa

industrial y comercial del Estado, sino como las de una trabajadora oficial, continuándose así con el estudio del presente litigio.

Advirtiéndose a la parte accionada en cuanto a tener en cuenta las decisiones proferidas en similares asuntos por otras Salas de Decisión de esta Corporación, baste con señalar la mismas no resultan aplicables al caso de autos, pues en sentir del órgano de cierre de esta jurisdicción, entre otras en sentencias STL 2416 de 2017 radicado 46128 y SL 4099 de 2019 radicado 59449, el llamado precedente horizontal hace referencia a decisiones tomadas por la misma sala de decisión, en cuanto estas sean consistentes y uniformes, de conformidad con lo previsto por el artículo 228 de la Constitución Política, situación que no se presenta dentro del caso bajo estudio.

Ahora, en cuanto al tema de la solución de continuidad, conviene precisar que en la relación que nos ocupa, esto es, entre el 19 de febrero del 2009 y el 31 de enero del 2017 fue de manera continua, como quiera que pese a que en la certificación obrante a folios 50 a 53, aparecen interrupciones estas tan solo 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 12 y 15 días cuando la relación contractual se mantuvo por espacio de **7 años, 11 meses y 12 días**, por lo que contrastados los lapsos de interrupción contra el término del contrato, éstos fueron ínfimos, aunado a que conforme la testimonial, y la documental aportada la accionante ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo, de manera continua.

<i>Fecha Inicial</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>Solución Continuidad</i>
19/02/2009	19/05/2019	
01/06/2009	08/01/2010	4
12/01/2010	12/08/2010	8
20/08/2010	20/01/2011	1
21/01/2011	21/07/2011	15
05/08/2011	30/01/2012	7
06/02/2012	06/08/2012	2
08/08/2012	23/01/2013	6
29/01/2013	03/04/2013	5
08/04/2013	12/11/2013	6
18/11/2013	10/01/2014	6
16/01/2014	16/10/2014	8
24/10/2014	24/01/2015	8
28/01/2015	28/07/2015	7
04/08/2015	04/11/2015	7
10/11/2015	31/01/2016	5
05/02/2016	15/05/2016	5
27/05/2016	31/01/2017	12

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 4902 del 2020 manifestó: *"(...) como quiera que no se advierten interrupciones amplias, relevantes o de gran envergadura que desvirtúen la unidad contractual, de la naturaleza de la actividad contratada se sigue la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo y las rupturas fueron aparentes o formales, así lo valoró con acierto el Tribunal al confirmar la unicidad contractual, tal como lo tiene dicho la Corte (CSJ SL 4816-2015)."*

Así las cosas, determinada la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados (19 de febrero del 2009 y el 31 de enero del 2017 solicitado en la demanda), abordaremos el estudio de la inconformidad presentada frente a las condenas impuestas que se concretaron únicamente a los intereses a las cesantías y prima de servicios legal.

En lo que tiene que ver con la **prima legal de servicios** (concedida de manera legal), se advierte ausencia de disposición legal que contemple ésta prima para los trabajadores del FONADE, por lo que es clara la improcedencia de dicha condena, en consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a la encartada del pago de la prima legal de servicios.

De otra parte, frente a la pretensión de **intereses a las cesantías** a la cual también se condenó de manera legal, baste con señalar la ley no las prevé como prestaciones a favor de los trabajadores oficiales, de suerte que se descarta el derecho al pago de la pretendida pretensión dado que no existe disposición legal alguna que prevea su reconocimiento, se revoca igualmente su condena.

Sobre el punto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 26605 del 18 de octubre de 2006, sostuvo:

"... En relación con esta pretensión ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación en el sentido de que no existe norma legal que disponga este derecho para los trabajadores oficiales, esto por cuanto el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, en la forma como fue modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975, consagra esa prestación, pero a cargo del Fondo Nacional del Ahorro (Sentencia de mayo 17 de 2004, Rad. 22357), por consiguiente se absuelve por esta reclamación".

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por la recurrente en la alzada, procediendo a la revocatoria

parcial de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

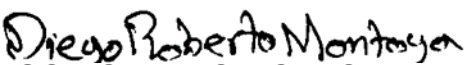
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la decisión de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de los intereses a las cesantías y la prima legal de servicios.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BANCO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA S.A. "BANCOLDEX" CONTRA COOMEVA EPS y LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD "ADRES" (RAD. 31 2019 00501 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por parte de COOMEVA EPS y BANCOLDEX (fls. 163 a 166, 168 y 169), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada EPS COOMEVA contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de noviembre del 2020 (Cd. fl. 158, record: 34:10, acta a folio 157), en la que se resolvió:

"PRIMERO: CONDENAR a la demandada Coomeva entidad promotora de salud S.A EPS a devolver al Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex la suma de \$47.225.000 que corresponden a sumas de dinero indebidamente pagadas por Bancoldex.

SEGUNDO: CONDENAR a Coomeva entidad promotora de salud S.A EPS a reconocer y pagar a la demandante Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. Bancoldex los intereses moratorios del artículo 04 del Decreto 1281 del año 2002 a partir del día 12 de junio del año 2018.

TERCERO: CONDENAR al pago de COSTAS y agencias en derecho a Coomeva entidad promotora de salud S.A EPS en cuantía de medio salario mínimo legal vigente, en cuanto a la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en salud ADRES este estrado judicial no le impondrá condena

alguna de esto obviamente sin perjuicio de las posibles sanciones de recobro que se puedan instaurar al respecto."

Inconforme con la decisión el apoderado de la EPS COOMEVA apeló la decisión considerando que no se dio aplicación de manera integral a las normas de carácter especial que regulan el sector salud, precisando que si hubo una presentación por parte de BANCOLDEX de la reclamación en el término que la ley determina, no obstante asegura la orden no debe ser que COOMEVA trámite la devolución ante el ADRES, ya que los aportes efectuados por la parte demandante se giraron a la subcuenta de compensación del ADRE, a través del proceso de compensación, por lo que en su sentir es tal entidad la encargada de recaudar esos rubros.

Por otro lado, manifiesta no ser viable condenar a Coomeva a realizar la devolución de la totalidad de la cotización sino a responder por la UPC que se demuestre ha sido debidamente compensada, en atención a la imposibilidad de devolver dineros que no fueron recibidos por la EPS, reiterando la EPS no puede ser obligada a pagar la totalidad de unas cotizaciones cuando es el Adres hoy en día quien debe hacer la devolución de estos dineros (Cd. fl. 158 record: 35:42)¹.

¹ "Gracias señor juez la parte demandante la EPS interpone recurso de apelación a la decisión de primera instancia con fundamento en el artículo 66 del CGP en concordancia con los artículos 320, 321, 322 del CGP y en garantía en los principios de concordancia, concentración, celeridad e inmediatez de la manera más respetuosa señora juez, me permito interponer ante su señoría el recurso de apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Los reparos de la sentencia en cuanto a primer punto donde condena a Coomeva Eps mi representada a devolver la suma de \$47.225.000 a favor de Bancoldex por concepto de aportes indebidos, necesariamente los reparos directos a este punto en particular de la providencia considero señora juez que desde la misma presentación de la demanda se realizó las excepciones de mérito donde se expusieron las siguientes los valores correspondientes a la unidades de capitación, la inexistencia de la obligación por parte de Coomeva, los descuentos en salud obedecen al principio constitucional de solidaridad en el sistema general de seguridad social en salud, la ausencia de responsabilidad de la demandada entre otros.

...

Entonces señora juez se hace necesario poner de presente el artículo 07 del CGP en legalidad "Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina" En concordancia con el artículo 27 del código civil colombiano "Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" En consecuencia entonces señora juez es evidente que la ley es clara no hay lugar por parte del juzgador a hacer una interpretación diferente a lo que expresamente se ha dicho al tenor literal de la literalidad es decir señora juez que deba darse en debida forma aplicación a la norma no de forma parcial sino de su totalidad en ese sentido señora juez considera esta parte que no se le ha dado la aplicación de manera integral a las normas de carácter especial que regulan este sector salud y que más precisamente en este caso en concreto, pues a Coomeva Eps como bien se demuestra y como bien lo indica la señora juez en la interpretación de la valoración de las pruebas si hubo una presentación de reclamación en el término que la ley determina por parte de Bancoldex pues la orden debe ser por parte de parte del juzgado para Coomeva la de tramitar la devolución ante el adres pues se debe tener en cuenta que los aportes a los que hace referencia la demandante se giran a la subcuenta de compensación del adres a través del proceso de compensación lo que evidencia que el ministerio de salud y protección social a través del Fosyga hoy en día Adres es el encargado de recaudar estos rubros.

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la entidad demandante BANCOLDEX, las pretensiones relacionadas a folio 7, sustentadas con los supuestos facticos narrados a folios 4 a 7, las cuales persiguen se declare que canceló en favor de COOMEVA EPS por concepto de autoliquidación y corrección de aportes de los años 2013 a 2017 la suma de \$47.225.000 correspondiente a capital e intereses, en consecuencia se condene en la proporción que corresponda a cada una de las demandadas al pago de la suma de \$47.225.000, junto con los intereses moratorios establecidos en el artículo 4 del Decreto 1281 del 2002, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones por cuanto se condenó a la EPS COOMEVA a reintegrarle la suma de \$47.000.225 por ser unos aportes indebidamente pagados, lo anterior tras encontrar acreditados esos pagos por la parte demandante, precisando que no podía legalmente pagar sumas superiores a las que le correspondía, razón por la cual ello constituyó un enriquecimiento sin justa causa en contra del empleador aquí accionante y en favor de la EPS a la que se le realizaron esos pagos no debidos, precisando la demandante efectuó la reclamación dentro de los términos señalados en el Decreto 4023 del 2011 y demás normas concordantes por lo que no había lugar a negarse a la devolución, expresando que conforme la normativa quien debe efectuar dicho reconocimiento es la EPS y no el ADRES por lo que absolvió a esta entidad de las pretensiones incoadas.

Establecido lo anterior se abordará el estudio entonces del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada EPS COOMEVA en los puntos concretos objeto de censura y debidamente sustentados, atendiendo el

Ahora no se puede condenar a Coomeva Eps a realizar la devolución de la totalidad de la cotización sino que la posibilidad en gracia discusión, se debería obligada a responder por la UPC que sea debidamente o que se demuestre que ha sido debidamente compensado, pues no se puede condenar a devolver a Coomeva dineros que no fueron recibidos por la Eps, por lo que este apoderado solicita que se da trámite al recurso de apelación y sea la segunda instancia quien revise la decisión de primera instancia teniendo en cuenta lo que he manifestado que Coomeva no puede ser obligada a pagar una cotización de la totalidad cuando es el Adres hoy en día quien debe hacer la devolución de estos dineros y que Coomeva se le ordena hacer el trámite durante los seis meses siguientes para que sea la reclamación ante el Adres, pues visto esto señora juez con todo respeto solicito se le dé trámite al recurso de apelación para que sea la segunda instancia quien en su interpretación absuelva a Coomeva Eps de la sentencia hoy impuesta, muchas gracias.

principio de consonancia (artículo 66A del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*).

Así las cosas se debe precisar, no es motivo del debate jurídico ni está siendo desconocido por COOMEVA EPS ante esta instancia que la entidad demandante mediante las planillas Nos. 20850704, 20842310, 20839246, 20847151, 20861094, 20854373 y 20868939 realizó en favor de la EPS demandada pagos por concepto de aportes a salud en suma de \$38.068.700 más \$9.156.300 por intereses, para un total de \$47.225.000 (*planillas que se encuentra en medio magnético a folio 54 del expediente*).

Precisándose dichos pagos fueron producto de correcciones de aportes efectuadas por BANCOLDEX en virtud de un requerimiento realizado por la UGPP, entidad que conforme a lo expuesto en la demanda indicó que "*NO ERA NECESARIO REALIZAR LA CORRECCIÓN*" (*hecho 8 fl. 5*), situación debatida por la Juez de primer grado y respecto de la cual se consideró que la entidad demandante no podía realizar pagos dobles pues ello constituye un enriquecimiento sin justa causa, por ende las razones por las cuales se hicieron tales pagos a la EPS no serán estudiadas por esta Sala de decisión, pues dicho aspecto no fue objeto de apelación por parte de COOMEVA, como tampoco el valor recobrado (\$47.225.000). Téngase en cuenta que en la respuesta dada a BANCOLDEX (fl. 114) la entidad promotora de salud acepta el pago y las planillas atrás referidas, así: "*nos permitimos informarle que dentro de las validaciones realizadas en nuestra base de datos, se evidencia que usted ha realizado aportes a nuestra EPS, valores que corresponden a las siguientes cotizaciones...*"

De esta manera, los únicos puntos puestos a consideración por el apelante ante esta Corporación son los relacionados con la entidad que debe proceder a la devolución de la suma de \$47.225.000 y si en caso de que en efecto sea COOMEVA la responsable de tal devolución, se estudie la posibilidad de reintegrar no la totalidad de la cotización sino únicamente el valor de la UPC que se demuestre ha sido debidamente compensada, advirtiéndose en el recurso de apelación interpuesto, el apoderado de la EPS demandada señala no desconocer que el recobro fue realizado por la demandante de manera oportuna.

Así las cosas, y en aras de determinar la entidad responsable de la devolución de cotizaciones por pagos erróneamente efectuados, la Sala acude a la normativa aplicable al caso esto es, Decreto 4023 del 2011, Decreto 674 del 2014, Decreto 780 del 2016 y Decreto 2265 del 2017, así:

Decreto 4023 del 2011

Artículo 12. Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC en la fecha establecida para el proceso de corrección de que trata el artículo 19 del presente decreto.

El Fosyga procesara y generara los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. **Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.**

Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente a partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

Decreto 674 del 2014

Artículo 1°. Modifícase el artículo 12 del Decreto número 4023 de 2011, el cual quedará, así:

Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC el último día hábil de la primera semana de cada mes.

El Fosyga procesará y generará los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. **Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.**

A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Para las cotizaciones anteriores a la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones, dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto.

Decreto 780 de 2016

Artículo 2.6.1.1.2.2 Devolución de cotizaciones. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y a las EOC reintegro de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la pertinencia del reintegro.

De ser procedente el reintegro, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones, deberá presentarse al Fosyga por la EPS o la EOC el último día hábil de la primera semana de cada mes.

El Fosyga procesará y generará los resultados de la información de solicitudes de reintegro presentada por las EPS y EOC dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación de la información. **Las EPS y las EOC una vez recibidos los resultados del procesamiento de la información por parte del Fosyga, deberán girar de forma inmediata los recursos al respectivo aportante.**

A partir de la entrada en operación de las cuentas maestras, los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS o la EOC la devolución de cotizaciones pagadas erradamente, dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago. (Art. 12 del Decreto 4023 de 2011, modificado por el artículo 1 del decreto 674 de 2014)

Decreto 2265 del 2017

Artículo 2.6.4.3.1.1.8. Devolución de cotizaciones no compensadas. Cuando los aportantes soliciten a las EPS y EOC la devolución de pagos erróneamente efectuados, estas entidades deberán determinar la procedencia de la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud del aportante.

De ser procedente, la solicitud detallada de devolución de cotizaciones la debe presentar la EPS o EOC a la ADRES el último día hábil de la primera semana del mes.

La ADRES efectuará la validación y entrega de resultados y recursos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de presentación. **Las EPS y EOC una vez recibidos los resultados y los recursos del procesamiento de la información por parte de la ADRES, deberán girar los recursos al aportante en el transcurso del día hábil siguiente.**

Parágrafo 1. Los aportantes solo podrán solicitar ante la EPS y EOC la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente dentro de los doce (12) meses siguientes a la fecha de pago.

Parágrafo 2. La ADRES efectuará la devolución de aportes al prepensionado por el periodo cotizado, en los términos del artículo 2.1.8.4 del presente decreto.

Conforme a la lectura del histórico de normas que han regulado el tema de la devolución de cotizaciones pagadas erróneamente por los aportantes, es evidente que la devolución de los valores está a cargo única y exclusivamente de las EPS, advirtiéndose son estas entidades las que cuentan con los mecanismos para efectuar la devolución de las mismas, siendo la única obligación del aportante elevar la correspondiente solicitud dentro de los 12 meses siguientes al pago de los aportes, requisito que cumplió BANCOLDEX pues así se definió en primera instancia y se acepta incluso en el recurso de apelación, de modo que no había lugar por parte de la EPS accionada a sustraerse o negarse a iniciar el trámite de la devolución cuando le fue reclamado, conforme a lo descrito en las normas precitadas, situación que acarrea como consecuencia que sea en efecto tal entidad la responsable de la devolución de los dineros objeto de este proceso los cuales ascienden a \$47.225.000, pues fue quien recibió los recursos directamente y no ADRES.

Ahora y en cuanto a la posibilidad de que la condena se imparta no por la totalidad de la cotización sino por la UPC compensada, baste con señalar dentro de las presentes diligencias no se acreditó que los aportes erróneamente cancelados por BANCOLDEX se hayan reportado al ADRES para surtir el proceso de compensación. Nótese que incluso el ADRES en la contestación de la demanda manifiesta que el único reporte que aparece como compensado en la base de datos es el del "2017-07-04" (ver fls. 60 vto y 61), siendo los aportes objeto de devolución los pagados en los periodos enero 2013, enero 2014, enero 2015, enero 2016 y enero 2017, razones por las cuales se torna improcedente la solicitud.

De acuerdo a lo anterior y sin más consideraciones se ha de prohiar la decisión de primera instancia quedando agotada en los términos anteriores, la competencia de la Sala, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la Juez *a quo*.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COOMEVA.

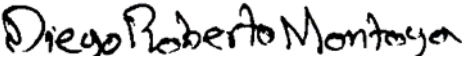
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 31 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la EPS COOMEVA.

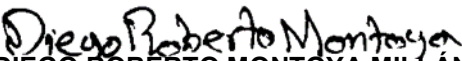
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$700.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELMER SAMUEL VILLAMIZAR LÓPEZ CONTRA LA COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA – ANDISEG LTDA. (RAD. 34 2016 00615 02).

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

Vencido el término de traslado otorgado, sin que se hubieren presentado los alegatos de conclusión por las partes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación formulado por la parte actora, contra la sentencia proferida por Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 5 de octubre de 2020 (Audiencia de trámite y juzgamiento artículo 80 del C.P.T y la S.S. realizado a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd folio 117, record 35:01, acta digital) en la que se resolvió:

“PRIMERO. ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA - ANDISEG LTDA de todas las pretensiones incoadas por ELMER SAMUEL VILLAMIZAR LÓPEZ, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante el superior en Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora presenta recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primer grado y, en su lugar, se

acceda a todas las pretensiones relacionadas en el escrito introductor y se condene en costas a su favor.

En sustento de ello, refiere, se debe hacer una revisión más allá de lo establecido en el C.S.T. y considerar que los derechos de asociación sindical y de negociación colectiva son de rango constitucional, previstos en los artículos 93 y 94 de la Carta Política, debiendo tenerse en cuenta además el Convenio 154 de la OIT.

Adicionalmente sostiene, la organización sindical ANASTRIVISEP no es de carácter mayoritario sino por el contrario reviste carácter minoritario, gremial, que asocia a todos los trabajadores de la vigencia y la seguridad privada, por lo que no cabe exigir que en cada empresa se encuentren afiliadas 25 personas, advirtiendo, si bien existen unos parámetros legales que deben cumplirse para la presentación de los mecanismos de negociación colectiva, estos no pueden impedir que el sindicato negocie un pliego de petición por no tener “los 25%” conforme el artículo 376 del C.S.T, por lo que debe acudirse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad para no vulnerar el mencionado derecho de asociación sindical.

Refiere, en el acta de 21 de agosto de 2016 se dejó consignado que se presentaría un pliego de peticiones, siendo este en efecto radicado en la empresa, de allí que nació a favor del actor el fuero circunstancial que es en últimas lo que aquí se discute¹ (Cd folio 117, record 35:52, acta digital).

¹ “Gracias su señoría, en el entendido de la sentencia anterior me permito interponer recurso de apelación.

Mi recurso lo sustento en lo siguiente, su señoría:

Teniendo en cuenta la sentencia establecida por el juzgado de conocimiento me permito remitir lo siguiente su señoría, aquí hay que hacer un análisis más específico de la norma a tratar, si bien es cierto están estableciendo unas normas de carácter legal las cuales son el artículo 375 del C.S.T su señoría, pero también aquí hay que revisar más allá del C.S.T en el entendido que el derecho fundamental de asociación sindical y más de negociación colectiva son derechos de orden constitucional su señoría, en el entendido que van dentro de nuestra carta política en el artículo 93 y 94 de la misma y también más allá en los convenios ratificados por Colombia, más exactamente en el Convenio 154 de la OIT la cual hace una reforma y una referencia sobre las negociaciones colectivas de manera genérica y la negociación colectiva que se establece entre el empleado y en este caso trabajadores u organizaciones sindicales.

Aquí en este sentido su señoría hay que cavar y revisar, que lo revise el Tribunal Superior, en el entendido que aquí no estamos hablando de una organización sindical de carácter mayoritario su señoría, como ya lo ha ceñido en los convenios colectivos tanto del 87 y 99 de la OIT sobre la libertad sindical y la negociación colectiva, su señoría. En el mismo también hacen una referencia de qué clases son las organizaciones sindicales minoritarias y mayoritarias.

En el caso aquí que nos ocupa, en el transcurso del proceso, se logra probar que la organización sindical ANASTRIVISEP es una organización de carácter minoritaria, por qué su señoría, minoritaria en el sentido que esta es una organización de carácter gremial, que agremia a todos los asociados del grupo de la vigilancia y la seguridad privada en Colombia. En dicho entendido no cabe decir que en cada empresa que se encuentren afiliados no se encuentran los 25 personas, ya lo ha establecido más exactamente la sentencia C-063 de 2008 de la Corte Constitucional, donde hace esa apreciación y hace una explicación de las organizaciones sindicales de

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ELMER SAMUEL VILLAMIZAR LÓPEZ Las pretensiones visibles a folio 34 y 35, las cuales se soportaron en los supuestos facticos descritos a folios 35 y 36, encaminadas a que se declare “*ilegal*” su despido realizado el 28 de octubre de 2016 y en consecuencia, se condene a la COMPAÑÍA ANDINA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA – ANDISEG LTDA a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando como supervisor, junto con los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta cuando se haga efectivo su reintegro, debidamente indexados mes a mes. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que entre la empresa demandada y la organización sindical nunca se suscitó el conflicto debido a que la decisión de presentar el pliego de peticiones no fue aprobada por el quorum previsto en el artículo 386 del C.S.T., sino únicamente por 6 personas, siendo la asamblea general el órgano competente para tomar dicha determinación, razón por la cual señaló que no surgió el amparo del fuero circunstancial solicitado por el actor.

carácter minoritarias como en el caso que nos ocupa hoy que es ANASTRIVISEP. En dichas explicaciones se establece que si bien es cierto existen unos parámetros legales que deben cumplirse para la presentación de los mecanismos o negociación colectiva de la misma, pero tampoco pueden esos parámetros de orden legal, pueden impedir que dichas organizaciones de carácter minoritarias tengan el principio o por razonabilidad o por proporcionalidad de la misma entrar (sic) a no negociar un pliego de peticiones por no tener los 25% supuestamente que se deben hacer que está establecido, reglamentado en el artículo 3756 del C.S.T sino por el contrario, el juez que se encuentre en este caso deberá revisar un principio de razonabilidad y proporcionalidad para con ello no poder vulnerar ni menoscabar el derecho de asociación sindical y de negociación sindical. Lo mismo lo ha establecido, y más exactamente en un convenio, en el convenio 154 de la OIT, donde se establece que el Estado es el garante de adoptar unas medidas para el formalización (sic) de las negociaciones colectivas y más en el caso que nos ocupa de dichas organizaciones minoritarias a los interiores de las empresas, en el entendido anterior que les estoy dando una explicación sobre los mismos, hay que aclarar que la organización sindical realizó su presentación del pliego de peticiones más exactamente en el material plenario que se encuentra ahondado en el expediente que son las actas de fecha 21 de agosto del 2016, donde establecen y dicen que se van a un pliego de peticiones y fue presentado ante la empresa, su señoría.

En dicho entendido pues solicito al Tribunal que revise la misma en el entendido que no se le puede dar aplicación sistemática o de manera inmediata del artículo 375 del C.S.T. sino por el contrario, se le debe dar es una aplicación más que todo de rango constitucional en el convenio 154 de la OIT establecido por Colombia y reglamentado en el mismo por Colombia (sic) y de obligatorio cumplimiento por Colombia en el entendido que dicha organización sindical al ser de manera minoritaria si puede entrar a negociar este pliego de peticiones y si tendría los mecanismos legales para entrar (sic) a establecer un posible fuero circunstancial que es el nicho que nos ocupa en este presente fuero que se está aquí solicitando por la parte actora en el entendido que si tiene toda la normatividad y es legal la presentación de los mismos en los sindicatos minoritarios, por lo anterior, pues solicito al Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, acceder a las pretensiones incoadas dentro del libelo demandatorio principal y ordenar de manera inmediata revocar el fallo de primera instancia y ordenar las costas del proceso a favor de la parte demandante su señoría, muchísimas gracias.”

Pues bien, no es objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes existió una relación laboral la cual se mantuvo vigente entre el 20 de febrero y el 28 de octubre de 2016, fecha esta última en la que la demandada terminó el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa, aspectos que además de haber sido señalado por la juez de primer grado sin que fuera objeto de reproche, se puede corroborar con la documental visible a folios 2 a 6, 24 y 25.

En ese orden, teniendo en cuenta que las pretensiones de la parte actora derivan de la declaración de que el demandante para la fecha del despido se encontraba cobijado por el amparo de fuero circunstancial, es menester traer a colación lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que reza:

“ARTICULO 25. Protección en conflictos colectivos. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

Al tenor de la disposición normativa en cita y la interpretación jurisprudencial, el llamado fuero circunstancial constituye una protección laboral a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, para que no se les despidan sin justa causa comprobada, a partir del momento en que se inicia el conflicto colectivo con la respectiva presentación del pliego de peticiones, garantía de la cual gozan trabajadores sindicalizados o no sindicalizados como lo dispone el inciso tercero del artículo 36 del Decreto 1469², la cual se extiende desde la iniciación del conflicto, durante toda la negociación colectiva, hasta la solución del mismo, momento hasta el que rige la prohibición de despedir, siendo ineficaz el despido que ocurra en ese segmento de tiempo.

A voces de la Corte Suprema de Justicia, dicha prerrogativa procura que el empleador no utilice la facultad que tiene para despedir con el fin de afectar el devenir de la negociación colectiva, restándole eficacia al despido, manteniendo incólume el grupo de trabajadores que con su petición dan inicio a la negociación colectiva³.

² “La protección a que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o del pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, si fuere el caso”

³ CSJ sentencia con radicación 20155 de 28 de agosto de 2003.

Ahora, tal como se advirtió, en los términos del artículo 433 del C.S.T, el conflicto de trabajo nace con la presentación del pliego de peticiones bien por una organización sindical ora trabajadores no sindicalizados, momento a partir del cual surge para los actores intervinientes, una serie de obligaciones recíprocas. Así el empleador, dará inicio a la etapa de arreglo directo, y el sindicato o los trabajadores, deberán impulsar el curso de las negociaciones conforme las facultades que le son atribuidas por la ley, so pena de entender por desistido el trámite del pliego, y ello es así, por cuanto la protección no puede ser ilimitada en el tiempo.

Esta garantía foral ampara a los trabajadores afiliados al sindicato que haya presentado un pliego de peticiones o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza (artículos 10 y 36 de los decretos reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, respectivamente). En el caso de los primeros, según el criterio de la Corte Suprema de Justicia, el fuero se extenderá a los trabajadores que en el curso del conflicto se afilien a la organización sindical que presentó el pliego de peticiones, y de los segundos, a aquellos que se adhieran al pliego de peticiones presentado por sus compañeros⁴.

Valga señalar que entratándose del fuero circunstancial le corresponde al trabajador demostrar el supuesto de hecho que le genera la protección foral, con la presentación del pliego de peticiones y dejar en claro que a la fecha del despido no había finalizado el conflicto, para que la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho al fuero.

El conflicto colectivo se considera finalizado una vez suscrita la Convención Colectiva, el Pacto Colectivo o en firme el Laudo Arbitral, o en los casos en los que

⁴ Sobre el particular, en sentencia del 10 de julio de 2012, Radicado No. 39453, citada en la SCL 13275 de 2015 M.P. Jorge Mauricio Burgos, la Corte explicó:

“...la norma en verdad se refiere en general a todos los eventos de presentación de pliego de peticiones, tanto a aquellos que se tramitan por intermedio de un sindicato, como a los que formulan los trabajadores no sindicalizados, y cuando el texto alude a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones se refiere a ambas hipótesis, estableciendo la protección para cada una de ellas, a sabiendas de que se trata de dos eventos independientes; de suerte que gozan de la prerrogativa foral los afiliados al sindicato que presentó el pliego, si se hizo de este modo, y los trabajadores no sindicalizados que hicieron lo mismo con miras a firmar un pacto colectivo, si esta fue la situación.

(...)

Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis”

resulta imposible llegar a una solución natural. Así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia al establecer:

“La protección a la que se refiere el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 se inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y termina cuando se ha solucionado el conflicto colectivo mediante la firma de la convención o el pacto, o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral.

De conformidad con el texto anterior, se puede aseverar que en todos los casos y circunstancias en que se presente un pliego de peticiones al empleador, empieza a regir el denominado fuero circunstancial, el cual sólo se extingue, se reitera, cuando se firma la convención o el pacto colectivo, o queda en firme el laudo arbitral, si fuere el caso; según dicho entendimiento, si no se presenta ninguna de estas últimas hipótesis el conflicto sigue latente y la protección foral se perpetúa y continúa surtiendo todos sus efectos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esa exégesis resulta inobjetable únicamente en aquellos trámites en que el conflicto se ha desenvuelto normalmente, con pleno cumplimiento por las partes negociadoras tanto de las etapas respectivas como de los términos y plazos establecidos en la legislación laboral para cada una de ellas. Empero, si hay incumplimiento de alguno de esos pasos y ello por su gravedad hace imposible la continuación del curso ordinario del procedimiento del diferendo, naturalmente no puede suponerse que el conflicto sigue existiendo y de suyo también la protección foral...” (Radicado 20766 de 2003, reiterada en sentencia con radicación 37267 del 6 de junio de 2011)

Descendiendo al caso de autos, se tiene, según se observa a folio 45, la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores de la Industria de la Vigilancia y Seguridad Privada y Similar -ANASTRIVISEP, el 26 de agosto de 2016, presentó ante la compañía Andina de Seguridad Privada Ltda. – ANDISEG LTDA., pliego de peticiones, el cual se encuentra signado por el presidente y el secretario de la organización sindical (f. 45), en el que se lee:

“La organización sindical de primer grado de industria y similar “ANASTRIVISEP” se permite notificar el pliego de peticiones aprobado en reunión de asociados trabajadores de la Compañía Andina de Seguridad Privada Ltda. – Andiseg Ltda. (...) el 21 de agosto de 2016, acta N° 006”

Así mismo, reposa en el paginario misiva del 31 de agosto de 2016 (folio 11 y 12) dirigida al sindicato ANASTRIVISEP en la que la Directora de Gestión Humana de la compañía demandada, con su constancia de depósito respectiva, en la cual informa:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Constitución en consonancia con lo dispuesto en los artículos del 13 (sic) y siguientes de la Ley 1755 de 2015, se ha dado traslado a la Dirección Territorial de Trabajo de Bogotá del Pliego

de Peticiones presentado por la Asociación Nacional Sindical de Trabajadores de la Industria de la Vigilancia y Seguridad Privada y Similar ANASTRIVISEP el pasado día 25 de agosto de 2016”

Además al expediente se incorporó copia de la querella presentada ante el Ministerio del Trabajo por parte de la organización sindical el 24 de octubre de 2016 ante la falta de negociación del pliego de peticiones por parte de la compañía convocada a juicio (folios 13 a 17), lo anterior, conforme a las disposiciones del numeral 2º del art. 433 del CST, que señala *“El {empleador} que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo dentro del término señalado será sancionado por las autoridades del trabajo”*

Por otra parte, en el examine se encuentra acreditada la afiliación del demandante a la organización sindical ANASTRIVISEP el 25 de octubre de 2016, tal como se constata a folio 18 en el cual se le notifica a la sociedad demandada la vinculación de un nuevo asociado.

Así pues, conforme las disposiciones y las enseñanzas jurisprudenciales a las que se hizo referencia, en principio podría concluirse que el actor gozaba, para la fecha de terminación de su contrato de trabajo -28 de octubre de 2016- del fuero circunstancial establecido en el D. 2351 de 1965 pues para esa calenda se encontraba afiliado al sindicato que presentó el pliego de peticiones el 26 agosto anterior, encontrándose vigente el conflicto colectivo, garantía que lo cobijaba a pesar de haberse afiliado al sindicato con posterioridad a la presentación del pliego.

No obstante lo anterior, tal como lo sostuvo la juez de primer grado, es deber del juzgador verificar no solamente el surgimiento de la etapa de arreglo directo en el conflicto colectivo de trabajo, sino también observar que los actos que antecedieron la presentación del pliego de peticiones y su constitución, inclusive, estuvieron acordes con las disposiciones que lo regulan, pues de lo contrario no puede considerarse que el pliego es válido, y por ende que comporta la entidad suficiente para obligar al empleador y lograr dar paso a la institución reclamada en este asunto.

En esos términos lo ha ilustrado el órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia del 25 de octubre de 2004 Rad. 22919, en la cual sostuvo

“De todos modos lo que conduce a hacer inestimable la acusación, es la forma como encamina su demostración, dado que si escogió la vía directa en casación, ello le

imponía estar en un todo de acuerdo con las deducciones de orden fáctico a que hubiera llegado el fallador del alza y, en ese sentido, a guardar completa conformidad con aquellas, según las cuales el pliego de peticiones presentado a la empresa por Sinaltrainbec, “no reunía los requisitos de ley”(...)

*De suerte que si el aludido pliego de peticiones no tuvo ningún efecto, como se desprende de la conclusión probatoria del Tribunal, obviamente que el **fuero circunstancial que reclama el demandante no existió** y, en ese orden, no puede atribuírsele al sentenciador una posible vulneración de las normas señaladas por la parte recurrente, que son las que gobiernan el tema debatido (...)*

No obstante lo anterior, precisa la Corte que en manera alguna puede desconocerse la estabilidad laboral que contiene el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, para todos los trabajadores de una empresa que han presentado un pliego de peticiones, durante el periodo comprendido entre la fecha de su presentación y la de finalización del conflicto colectivo, que se da en el momento de la firma de la convención colectiva o cuando el laudo arbitral adquiere ejecutoria.

Sin embargo, es claro que la aludida garantía para su materialización supone la validez de todos los actos previos a la iniciación del conflicto, es decir, que el pliego de peticiones sea adoptado válidamente y presentado al empleador en su oportunidad, de manera que éste quede obligado a recibir el pliego y a iniciar lo más pronto posible la etapa de la negociación directa. Pero la validez de la adopción del pliego de peticiones está sujeta a que quien la realice tenga legitimación para ello, pues de lo contrario, la presentación de dicho escrito no tendría efecto alguno y el empleador puede negarse a recibirlo y de la misma manera resistirse a iniciar las conversaciones directas sin responsabilidad alguna de su parte. En estas condiciones, cuando dichos actos no se ejecutan conforme a la ley, no puede hablarse válidamente de que se está en presencia de un conflicto colectivo económico y en esas situaciones tampoco puede alegarse la existencia del denominado por la doctrina fuero circunstancial”

Así pues, revisado con detenimiento el elenco probatorio vertido en autos es factible concluir que en realidad no surgió la etapa de arreglo directo y por ende no nació el conflicto colectivo como quiera que de conformidad con el acta No. 006 de 21 de agosto de 2016 (folios 8 y 9) la decisión de presentar el pliego de peticiones ante ANDISEG fue adoptada en asamblea extraordinaria en la que estuvieron presentes “*algunos trabajadores de la COMPAÑÍA DE SEGURIDAD PRIVADA LTDA-ANDISEG LTDA*”, en total, solo participaron 4 asociados a saber William Alberto Quintero Garabito, Juan Gabriel Rodríguez Pereira, Dawin Fabián Sánchez y Wilder Ferney Chitiva Moreno, además Antonio García Martínez presidente nacional del sindicato y Luis Eduardo Echeverry Aguilar, secretario Nacional, que resultan insuficientes para entender satisfecho el quorum estatutario que en los términos del artículo 386 del C.S.T, no puede ser inferior “*a la mitad más uno (1) de los afiliados*”, advirtiéndose, según el artículo 376 *ejusdem* es una atribución de la asamblea general del sindicato “*la adopción de pliegos de peticiones que deberán presentarse a los patronos a más tardar dos (2) meses después*”.

Al punto debe anotarse, si bien en el expediente no hay prueba alguna respecto a la cantidad de afiliados con que cuenta la organización sindical ANASTRIVISEP, no puede olvidarse que el artículo 359 del C.S.T prevé que todo sindicato de trabajadores necesita para subsistir un número no inferior a 25 afiliados, por lo que, aún si se entendiera que el mentado sindicato solo cuenta con el mínimo al que se refiere esa disposición, requería de la asistencia y votación de 13 personas para aprobar la presentación del pliego de cargos, lo que no ocurrió.

Se insiste, solo la asamblea general y no una asamblea de otra naturaleza, era la competente para adoptar pliegos de peticiones, la cual no podía actuar válidamente sin el quorum estatutario, por lo que, al no haberse actuado en consonancia con dichas disposiciones, se rescinde todo el acto que se adelante, aun cuando se realicen con la anuencia de directivos de la organización sindical.

Aquí no se está discutiendo si el sindicato era o no mayoritario dentro de la empresa, como lo quiere hacer ver el recurrente, pues esa circunstancia no obsta para que la organización en ejercicio de sus atribuciones legales y constitucionales presente el pliego de cargos y origine el conflicto colectivo, lo que se castiga en el asunto es que no se haya cumplido con las formalidades previstas en la ley para que se entienda válidamente originado el conflicto colectivo.

También es importante anotar que tal determinación no contraría el derecho de asociación sindical pues en virtud del principio de la autonomía sindical, la continuidad del proceso dependía únicamente del sindicato, quien debió celebrar la asamblea pertinente con el quórum preestablecido en la ley, con el fin de poder iniciar la negociación colectiva, dentro del término legal también preestablecido; todo, en garantía de los principios democráticos y el debido proceso.

En este orden de ideas, no hay duda que, en el presente caso, el conflicto colectivo ni siquiera nació a la vida jurídica pues no se llevó a cabo la asamblea de trabajadores con el quórum válido para sesionar, como quiera que la única asamblea que se celebró para los fines del citado artículo no cumplió con este requisito de eficacia, según el número de trabajadores que asistió.

De lo analizado se concluye que el actor al momento del despido no estaba cobijado por la garantía foral circunstancial.

Agotada la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos concretos objeto de censura, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

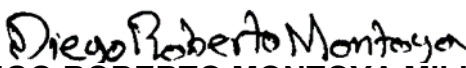
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

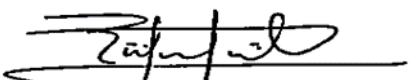
R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogota de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

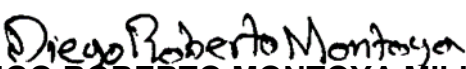
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$400.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIA JOSE GONZALEZ GOMEZ CONTRA EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y SEGUROS BOLIVAR S.A. (RAD. 36 2018 00084 01).

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

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte demandante y las demandadas, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de octubre del 2020 (Audiencia virtual, record: 1:05:10), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y probada la de compensación.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a reconocer y pagar a la señora MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ GÓMEZ, la pensión de invalidez, a partir del 13 de febrero de 2015, en cuantía equivalente al Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, junto con 2 mesadas adicionales por año.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a reconocer y pagar las sumas adeudadas de manera indexada, desde la fecha de su causación y hasta el momento en que se produzca el pago efectivo de las mesadas pensionales.

CUARTO: AUTORIZAR a PROTECCIÓN S.A. a descontar del retroactivo por mesadas pensionales, lo pagado por concepto de devolución de saldos a la señora MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ GÓMEZ, esto es, \$25.270.611, suma que deberá descontarse debidamente indexada.

QUINTO: CONDENAR a SEGUROS BOLÍVAR S.A., como aseguradora de PROTECCIÓN S.A., al pago de la suma adicional requerida para completar el

capital necesario a fin de reconocer la prestación por invalidez a la señora MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ GÓMEZ.

SSEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SSEXTIMO: CONDENAR en COSTAS a la demandante en favor de SEGUROS BOLÍVAR S.A. Inclúyase en su liquidación la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.

OCTAVO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. en favor de la actora. Las agencias en derecho se señalan en la suma de \$1.000.000.

NOVENO: CONDENAR en COSTAS a SEGUROS BOLÍVAR S.A. en favor de PROTECCIÓN S.A. Como agencias en derecho se señala la suma de \$300.000”

Inconforme con la decisión la apoderada de la AFP PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación, expresando que la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez se basó en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el artículo 1° de la Ley 860 del 2003, precisando que en su consideración no debieron tenerse en cuenta las cotizaciones del 2004 y febrero del 2005 puesto que obraba prueba dentro del mismo expediente de que la demandante no había cotizado dichos periodos aunque fueron tenidos en cuenta por el despacho, aunado que tampoco llegó a cumplir las 50 semanas cotizadas a los últimos tres años antes a la fecha de estructuración puesto que solamente alcanzó una cotización de 47,58 semanas.

En este punto, discrepa del análisis del juzgado al traer a colación el tema de la aplicación de inconstitucionalidad, señalando en este caso la excepción de inconstitucionalidad se predica de una norma que es abiertamente contraria a la constitución, sin que el artículo 39 de la ley 100 norma haya sido declarado inconstitucional y por otro lado aduce es de plena aplicación y vigencia en la actualidad, reiterando que en este caso pues no existe ninguna contradicción entre el artículo 39 de la Ley 100 con alguna norma inconstitucional por lo que no sería posible aplicar dicha excepción.

Por otro lado expresa a la demandante se le otorgó la devolución de los saldos puesto que era la medida que debía legalmente tomar la AFP al no existir el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la pensión, advirtiendo no existe motivo para condenar al pago de la pensión de invalidez puesto que como no se cumplieron los requisitos legales y no existe fundamento para alegar una excepción de inconstitucionalidad ya que no se encuentra dentro de los requisitos

y los casos en los cuales se podría hacer uso de esta facultad. (Audiencia virtual 5 de octubre del 2020, record: 1:08:03)¹

SEGUROS BOLIVAR por su parte aduce no estar de acuerdo con la interpretación dada por la Juez de primer grado cuando consideró que la norma que regula las 50 semanas cotizadas antes de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pensión de invalidez era una norma equivocada, manifestando dicha norma no ha sido demandada ni declarada inexecutable, por ende tiene plena vigencia y de aplicar dicha excepción de inconstitucionalidad el sistema estaría lleno de pensiones de invalidez sin el cumplimiento de requisitos legales y con solo un día de cotización, precisando la norma es taxativa y no se puede reconocer una pensión por el hecho de que le falten tan solo 2 semanas, advirtiendo para las pólizas de riesgos previsionales lo que hace efectivo su cumplimiento es el cumplimiento de la totalidad de los requisitos, lo cual no ocurrió en el caso de autos por cuanto tan solo se acreditan 48 semanas.

¹ “Gracias su señoría estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia que acaba de ser proferida teniendo en cuenta lo siguiente: Principalmente debemos señalar que la negativa de mi representada al reconocimiento de la pensión de invalidez se basó en el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el artículo primero de la ley 860 del 2003 traído a colación a través del artículo 39 de la ley 100 de 1993, en este sentido del análisis efectuado por el despacho pese que en nuestra consideración no debió tenerse en cuenta las cotizaciones del 2004 y febrero del 2005 puesto que obraba prueba dentro del mismo expediente de que la misma demandante no había cotizado dichos periodos aunque fueron tenidos en cuenta por el despacho, de igual forma la demandante no llegó a cumplir las 50 semanas cotizadas a los últimos tres años antes a la fecha de estructuración puesto que solamente alcanzo una cotización de 47,58 semanas. En este punto disintimos del análisis de la conclusión a la que llegó el juzgado al traer a colación el tema aplicación del tema de inconstitucionalidad puesto que en este caso la excepción de inconstitucionalidad se predica de una norma que es abiertamente contraria a la constitución, norma que en este caso la aplicación del artículo 39 de la ley 100 norma que no ha sido declarada inconstitucional y por otro lado es de plena aplicación y vigencia en la actualidad.

Adicionalmente el despacho con la decisión estaría vulnerando un principio constitucional de la seguridad jurídica en la cual se amparó mi representada para alegar la pensión puesto que era claro y expreso el requisito legal establecido para el reconocimiento de la pensión el cual son 50 semanas y en el presente caso pues no se llegó a su cumplimiento, incluso con el análisis que llegó el juzgado de otorgarle estos periodo cotizados del 2004 y 2005 tampoco se llegó a ese mínimo. En este caso pues no existe ninguna contradicción entre el artículo 39 de la ley 100 con alguna norma inconstitucional por lo que no sería posible aplicar dicha excepción en el presente caso.

Finalmente debemos señalar que mi representada pues conforme a las pruebas que están en el expediente le otorgó a la demandante la devolución de los saldos puesto que era la medida que debía legalmente tomar la AFP al no existir el cumplimiento de los requisitos mínimos para acceder a la pensión de invalidez, con este pago que se realizó a la demandante se subsana la vinculación que tenía con mi representada puesto que ya en su cuenta de ahorro individual (sic) Ningún valor al serle devuelto la totalidad de los fondos que había cotizado a la demandante.

Consideramos que en el presente caso no existe motivo para condenar a mi representada al pago de la pensión de invalidez puesto que como lo he resaltado anteriormente se cumplieron los requisitos legales y no existe fundamento para alegar una excepción de inconstitucionalidad puesto que no se encuentra dentro de los requisitos y los casos en los cuales se podría hacer uso de esta facultad. Teniendo en cuenta lo anterior solicitamos respetuosamente a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal sea revocada la sentencia y en consideración a ello sea absuelta mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

De otra parte asegura que la Juez en virtud del principio de inconstitucionalidad reconoce la pensión a la demandante pero no hace un análisis sobre el dinero que pudo haber obtenido esa devolución de saldos sin los rendimientos generados si ese dinero se hubiese quedado en Protección, los cuales en su sentir llegarían al doble de lo otorgado a la accionante por devolución de saldos, con lo cual la aseguradora posiblemente tendría que responder por un capital inferior, solicitando que es caso de confirmarse el fallo se indique cual es el valor que debe ser descontado del retroactivo adeudado que incluya los rendimientos generados.

Finalmente solicita no sea condena en Costas pues han sido condenados de una manera injusta, cuando la aseguradora se ha ceñido a lo dispuesto por la ley y en el caso de autos se aplicando de manera incorrecta un principio de inconstitucionalidad de que no corresponde. (Audiencia virtual 5 de octubre del 2020, record: 1:12:50)²

² “Gracias señora juez en calidad de apoderada de la compañía seguros bolívar me permito ejercer el derecho a presentar el recurso de apelación y sustentarlo en este momento de la siguiente manera:

La señora juez con todo el respecto que sus decisiones me merece otorga la pensión de invalidez frente a la señora demandante en virtud a la excepción de inconstitucionalidad por considerar que la norma que regula las 50 semanas cotizadas antes de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pensión de invalidez era una norma equivocada, sin embargo nos permitimos manifestar que esta norma no ha sido como lo afirma el apoderado de protección demandada, declarada inexecutable, la norma tiene plena vigencia y esto es así, si también verificamos la constitución trae una cantidad de normas que respaldan los principios constitucionales, también hay que verificar que la norma especial que regula los requisitos para el reconocimiento pensional consagrados en el artículo 39 de la ley 100 se crearon efectivamente para ser viabilidad para que el sistema pensional permanezca, perdure no se desfalte en virtud de ello si la señora juez o todos tuviéramos 50 esa excepción de inconstitucionalidad estaríamos definitivamente llenos de pensiones de invalidez sin cumplimiento de requisitos legales, Con solo un día de cotización. No se entiende como en el presente proceso nuevamente con todo respeto, se verifica que solamente tiene 48 semanas de cotización tal y como la señora juez lo afirmo dentro de su sentencia haciendo un análisis exhausto de las cotizaciones y aun así ordena reconocer una pensión a la cual no tiene derecho porque le faltan dos semanas de cotización señora juez la norma es taxativa, para las pólizas como la que yo represento de riesgos previsionales es el cumplimiento de la norma el que hace efectivo el otorgamiento del requisito asegurado y en el presente proceso la demandante no cumplió sobre la totalidad del requisito que son las 50 semanas, solo tuvo 48 semanas, si es cierto tuvo 500 semanas en toda su vida laboral pero aquí no se aplicó el principio de la condición más beneficiosa, ni el principio de la pérdida de capacidad laboral residual porque no le aplican en ambas tampoco, entonces tampoco se advierte que en el presente proceso haya habido una falta de estudio por parte de protección sobre el cumplimiento de requisitos.

Así también mi representada se opone a la sentencia en virtud a que la señora juez utiliza como fundamento para condenar a mi representada la sentencia SL 3186 del 2015 en la que hace efectivo el volver a retomar el estudio de las pensiones a las cuales ya ha sido entregado la devolución de saldos para poder estudiar la satisfacción de los requisitos legales, sin embargo no entendemos porque en la sentencia mencionada hay que estudiar los requisitos legales para la satisfacción de un requerimiento que no se cumplió en este caso, nosotros tenemos la certeza de que la demandante no tiene las 50 semanas esa sentencia únicamente y exclusivamente es para estudiar si se cumplen o no requisitos, en este proceso no se cumplieron los requisitos por lo tanto no es aplicable a la compañía que represento.

Ahora bien la señora juez en virtud del principio de inconstitucionalidad reconoce la pensión a la demandante pero tampoco hace un análisis sobre el dinero que pudo haber obtenido esa devolución de saldos en el mercado que pudo haber hecho protección de haberlo puesto a obtener rendimiento para formar un capital solo hace la distinción descuentele el valor que recibió indexado pero nunca habla de los rendimientos y si vamos a mirar un estudio económico determinado por un actuario los rendimientos que pudo haber obtenido ese dinero en el transcurso de los años hubiera superado casi el doble y mi representada hubiera obtenido que

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ GÓMEZ, en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 104 del expediente digital, la cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados a folios 102 y 103, solicitando principalmente se condene a las demandadas a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde el 27 de agosto del 2007, junto con los intereses moratorios, la indexación de casa una de las mesadas pensionales, costas, agencias en derecho y lo *ultra y extra petita a que haya lugar. Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones*, por cuanto se condenó a la AFP demandada al reconocimiento y pago de la pensión de la pensión de invalidez en cuantía de un salario mínimo, a partir del 13 de febrero del 2015 por efecto de la declaratoria parcial de la excepción de prescripción de las mesadas causadas del 27 de agosto del 2007 al 12 de febrero del 2015, junto con la indexación de las sumas adeudadas, disponiendo que la aseguradora Seguros Bolívar contribuyera al pago de la prestación pensional en la suma adicional requerida para completar el capital necesario para el reconocimiento de la pensión, igualmente dispuso que del retroactivo adeudado se descontara lo recibido por devolución de saldos (\$25.270.611) todo lo anterior tras acudir a las facultades de orden constitucional, considerando que al tener la actora una PCL del 56,9%, causado por cáncer en la

responder por un poco menos de esa pensión afectando con ello las arcas de mi representada y haciendo de ello un enriquecimiento o un detrimento patrimonial a mi representada por no haberse ordenado hacer un cálculo actuarial para saber cuál hubiera sido el rendimiento posible que hubiera obtenido ese dinero en el mercado si se hubiera quedado con protección, pero solamente se ordena a la devolución, se ordena al descuento de los valores netos indexados que es un valor muy muy inferior.

Abonado a ello señora juez no entendemos como mi representada es condenada a pagar costa a protección por haber ejercido el derecho a la defensa y por haber sido llamado en garantía, nosotros no tenemos que pagar costas a protección porque empezando somos condenados de una manera injusta porque no nos estamos ciñendo de las normas sino que estamos aplicando un principio de inconstitucionalidad que aquí no aplica, no están condenado por unas jurisprudencias que nosotros no tener por qué ser beneficiarios de esas sentencias porque nosotros no pagamos sentencias por cumplimiento de requisitos legales señora juez.

Ahora bien la compañía una vez más se permite reiterar que en caso de una eventual confirmación de la sentencia se solicita a los honorables magistrados en verdad cual es valor que debe ser descontado de este gran capital pues los rendimientos que se debieron haber obtenido fueron casi el doble de lo que la señora recibió por el valor de la devolución de saldos así mismo mi representada no puede ser condenada a pagarle costas a protección por haber ejercido el derecho a la defensa y así mismo señora juez que se verifique si la póliza está obligada a pagar una pensión no por cumplimiento de requisitos legales como fue evidenciado en la presente sentencia tal como la señora juez lo afirma la demandante no cumplió con el requisito legal por lo tanto mi representada no puede estar obligada a pagar la pensión sin cumplimiento de requisitos legales. Gracias señora juez.”

lengua, tener 53 años de edad, más de 500 semanas de cotizaciones y aportes al 2005, se puede inferir que debido a sus padecimientos no ha podido volver a prestar servicios, generando ello la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad con relación al requisito de las 50 semanas contadas en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, soportando la decisión en la sentencia SL 14476 del 2016 y en la T – 503 del 2017.

Así pues, conforme a lo expuesto en los recursos de alzada, no es objeto de discusión que la señora GONZALEZ GOMEZ tiene una pérdida de capacidad laboral del 56,90% estructurada el 27 de agosto del 2007, conforme se señala en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez donde se le diagnosticó “*tumor maligno de la lengua parte no especificada*”. (fls. 23 a 26 expediente digital)

En este orden, téngase en cuenta es en principio, bajo la legislación imperante al momento de estructurarse la invalidez que se reglamenta el derecho pensional, pues recuérdese que en Sentencia de Casación Laboral del 27 de enero de 2004 Radicación No. 21071³, y en la del junio 3 de 2004 Radicación No. 22861, se precisó que la fecha de estructuración de la invalidez define la normatividad aplicable.

En el caso que se estudia, la fecha de estructuración del estado de invalidez de la señora PULIDO ZAMUDIO como atrás se anotó lo fue el **27 de agosto del 2007**, calenda para la cual se encontraba en vigencia el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el cual, de manera textual prevé:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

- 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

(...)

³ “Tal y como lo ha señalado esta Sala, es la fecha de estructuración de la invalidez la que define la normatividad reguladora de la pretensión implorada, habida consideración a que conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no contempló un régimen de transición con relación a las pensiones por invalidez”.

***Parágrafo 2º.** Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.*

De tal manera, como quiera que no es objeto de debate la condición de invalidez de la actora en tanto le fue determinada una pérdida de capacidad laboral del **56,90%**, procede la Sala a verificar la cantidad de semanas de cotización realizadas por la demandante, atendiendo a que la negativa del reconocimiento por parte de la encartada AFP PROTECCION se ha fundado en que no cuenta con las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la data de estructuración -Ver comunicación del 7 de mayo del 2013-(fls. 330 y 331).

En ese orden, encuentra la Sala conforme al “**RESUMEN DE HISTORIA LABORAL**” aportado por la pasiva PROTECCIÓN (fls. 299 y 300), entre el 27 de agosto del 2004 y el 27 de agosto del 2007, esto es, en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez tan solo cuenta con **39** semanas cotizadas, que al sumarle los periodos de octubre del 2004 y febrero del 2005, dispuestos por un Juez de tutela el 11 de junio del 2013⁴, arrojan **47,57 semanas**.

Nótese, que la accionante solo posee cotizaciones hasta el 30 de julio del 2005 (fl. 300), razones por la cuales no cumple con la disposición normativa atrás citada, es decir, no acredita ni 50 semanas en los tres años anteriores a la invalidez, como tampoco las 25 semanas contempladas en la norma para aquellos eventos en que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, como sucede en el presente asunto en el cual la accionante para el año 2007 (fecha de estructuración de la invalidez) contaba con tan solo 507 semanas (fl. 298), es decir, menos del 75% requerido, en tanto para dicha época se exigían 1100 semanas aportadas y el porcentaje atrás mencionado correspondería a 825 semanas.

Aunado a lo anterior y solo en gracia de la discusión, tampoco procede el estudio de la prestación pensional bajo el principio de la condición más beneficiosa, esto es, aplicando el contenido original de la Ley 100 de 1993, toda vez que conforme al planteamiento de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia

⁴ Ver fallo de tutela a folios 45 a 56 donde se dispuso:

“...estima este Despacho que, en el momento de establecer si se reúnen los requisitos para conceder la pensión de invalidez, no deben ni pueden ser objeto de discusión los aspectos antes mencionados, esto es, la validez del pago de los aportes correspondientes al mes de octubre del 2004 y febrero del 2005, como quiera que la aseguradora los ha reconocido en su respuesta a esta acción de tutela y tener en cuenta los demás aportes realizados tal y como constan en el historial laboral de la señora GONZALEZ GOMEZ”.

SL2358 Radicación No. 44596 del 25 de enero del 2017, para que proceda su aplicación se requiere que la invalidez se hubiera producido entre el 26 de diciembre de 2003 (fecha de expedición de la Ley 860 del 2003) y el 26 de diciembre del 2006 y, como ya se vio en el caso bajo estudio ocurrió el 27 de agosto del 2007.

Ahora y en lo que tiene que ver con la decisión de primer grado, baste con señalar las sentencias en las que apoyo su decisión la a quo no se acomodan al caso de autos, en primer lugar y en lo relacionado con la T- 503 del 2017, si bien se trató de una persona con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, 47,14 semanas cotizadas en los tres años anteriores a fecha de estructuración de la invalidez, es decir, le faltaban 2,86 semanas para satisfacer el requisito de las 50 semanas cotizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 habiéndose reconocido la pensión de invalidez por la Corte Constitucional, recuérdese sólo son de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive las sentencias de inexequibilidad proferidas por la Corte Constitucional como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad conforme lo consagra el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, ya que la tutela únicamente surte efectos inter partes de acuerdo con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Al respecto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, refirió en sentencia SL 4793 del 2020:

“Respecto a la acusación de que el Tribunal interpretó de forma errónea la sentencia CC T-818-2007, se hace necesario recordar que los fallos en sede de tutela de la Corte Constitucional, por regla general, tienen efectos inter partes, y por ello, no es procedente que la regla en ella definida, se aplique a terceros que no fueron parte de la actuación constitucional, a menos, que esa Corporación así lo decida para salvaguardar la integridad del ordenamiento superior.”

Y frente a la sentencia SL 14476 del 2016 si bien en sede de casación se aplicó la excepción de inconstitucional, ello lo fue para un caso en que se estudió el requisito de la fidelidad al sistema de que trata el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, considerando:

“Para la Corte, si bien es cierto que en asuntos de similares características se ha exigido el requisito de la fidelidad al sistema a que alude el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en tratándose de casos en los que la estructuración de la invalidez se

produjo en vigencia de dicha normativa y antes de la sentencia CC C-428 del 1 de julio de 2009, que declaró inexecutable la parte pertinente de los incisos 1º y 2º de la norma en lo que es tema de discusión, la Sala al reexaminar el tema que suscita controversia fijó mayoritariamente un nuevo criterio a ese respecto, en perspectiva del principio de progresividad de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social, en cuanto se ha considerado que el juez debe abstenerse de aplicar disposiciones legales que resulten regresivas, aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inejecutividad de aquellas exigencias que constituirían un obstáculo para la consolidación del derecho pensional.

Lo anterior por cuanto, acudiendo a los criterios de justicia y equidad, y en el marco de lo dispuesto en los artículos 4 y 53 de la Constitución Política, es perfectamente viable inaplicar por vía de excepción de inconstitucionalidad el requisito de la fidelidad al sistema a que alude el artículo 1 de la citada Ley 860 de 2003, respecto de situaciones que si bien se consolidaron durante el tiempo en que estuvo vigente, se constituyen en un obstáculo para la protección de las personas que por su condición de vulnerabilidad y a raíz de una exigencia que ya fue retirada del ordenamiento jurídico, le pueda frustrar su expectativa de obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez. Precisamente, la Corporación en un asunto de similares características al que constituye objeto de estudio, en el que se analizó el tema de los efectos de la fidelidad del sistema respecto de situaciones que se consolidaron en vigencia del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, consideró viable su inaplicación por inconstitucional.”

Incluso en dicha decisión “al demandante se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 53,30% proveniente de una enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 20 de agosto de 2004, y que en los 3 años anteriores a dicha calenda alcanzó a cotizar 139 semanas, esto es, más de las 50 que exige el artículo 1 de la Ley 860 de 2003”, situaciones que no se acomodan al caso de autos y en ese orden no era posible estudiar el derecho pensional con base en esta jurisprudencia, recordándose en todo caso si bien la excepción de inconstitucionalidad puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte, ello solo se puede dar cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:

“(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que “de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompañarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado;

(ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inejecutividad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o,

(iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental. En otras palabras, “puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte

conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales". (Sentencia T-681 de 2016)

Las cuales tampoco se adaptan al caso de autos pues el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 no ha sido declarado inconstitucional ni riñe con los postulados de la Carta Política.

Agotada como se encuentra la competencia en esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, se revocará la sentencia de primera instancia conforme a las consideraciones expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

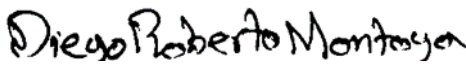
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida en primera instancia para en su lugar **ABSOLVER** al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y SEGUROS BOLIVAR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **MARIA JOSE GONZALEZ GOMEZ**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se revocan las de primer grado, las cuales corren a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CARLOS MUÑOZ
CORTÉS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- (RAD. 38 2018 00553 01).**

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

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder en sustitución conferido por la Dra. MARIA JULIANA MEJÍA GIRALDO en calidad de representante legal suplente de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal, el cual fue remitido por correo electrónico el 8 de febrero de 2021.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada COLPENSIONES mediante correo electrónico del 8 de febrero de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 10 de diciembre de 2020 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 38:44), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por CARLOS EDUARDO MUÑOZ CORTES lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: Sin **COSTAS** en la instancia.

CUARTO: Si no fuere apelado oportunamente la presente sentencia **CONSÚLTESE** con el Superior. ”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior, explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte actora, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante CARLOS MUÑOZ CORTES las pretensiones relacionadas a folio 2 (expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los supuestos narrados a folio 3 (expediente digital), aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor el incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir de la fecha en que lo pensionaron, junto con el retroactivo de las diferencias causadas, debidamente indexado. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** por cuanto se absolvió a la demandada de todas las pretensiones, tras considerar que, que la normativa en la que se funda la aspiración fue objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de conformidad con el criterio vertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, por lo que dicha preceptiva no le era aplicable por haber adquirido el derecho pensional con posterioridad a que empezara a regir el sistema general de pensiones. Además, estimó, de aplicarse el criterio vertido por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que el derecho a reclamar los incrementos estaría prescrito.

Previo a abordar el estudio de fondo del asunto puesto en consideración, ha de señalarse, no es motivo de controversia la calidad de pensionado del actor tal como puede verificarse en Resolución 112647 del 15 de julio de 2010 (páginas 16 y 17, expediente electrónico), por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión

de vejez, la cual fue concedida por encontrar acreditados los requisitos de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicado por ser beneficiario del régimen de transición, según se lee de las consideraciones de tal acto administrativo, a partir del 10 de abril de 2010, en cuantía de \$686.526.

Pues bien procede la Sala a resolver la controversia, para lo cual es menester precisar en primer término, como quedó consignado en precedencia, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gobernándose su prestación pensional por el Acuerdo 049 de 1990 *“por el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”* aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990 - Diario Oficial No 39.303, de 18 de abril de 1990 -, norma esta que consagra en su artículo 21 el incremento de la prestación pensional por el cónyuge (o compañero(a) permanente) o hijos a cargo, el cual es invocado por el actor como fundamento legal de sus aspiraciones, y que conserva plena vigencia, como quiera que no fue derogado por la Ley 100 de 1993, y no pugna con dicha preceptiva, siendo aplicable a los afiliados a quienes se les regule su situación pensional por derecho propio o por transición con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, como así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en múltiples pronunciamientos, criterio que ha sido expuesto en las sentencias con radicación 21517 del 27 de julio de 2005, 29751 del 5 de diciembre de 2007¹, 32381 del 24 de febrero de 2009², SL1975 de 9 de mayo de 2018, radicación 51706³ y SL2955 del

¹ *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2° del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.*

² *“En lo que respecta a los incrementos por personas a cargo, sobre los que solicita el censor se haga un pronunciamiento por la Corte, debe señalarse que ya en varias oportunidades se ha ocupado esta Corporación, como en las sentencias del 5 de diciembre de 2007, radicadas bajo los números 29531 y 29714, entre otras, en donde se sostuvo que no habían sido derogados por la Ley 100 de 1993”*

³ *“Ahora bien, en el punto específico objeto de reproche que aduce el promotor de la revisión, con fundamento en que las normas que consagraban los incrementos de las pensiones por personas a cargo fueron derogadas con la expedición de la Ley 100 de 1993, y por ende, se produjo la violación del derecho al debido proceso y al principio de legalidad, debe precisar la Sala que ninguna razón le asiste al accionante, en la medida en que tales acrecentamientos mantuvieron su plena vigencia aun después de ser expedida la citada ley.*

31 de julio de 2019, radicado 70041⁴ y que, hoy por hoy, constituye una línea jurisprudencial⁵, acogiendo la jurisprudencia en cita como posición auxiliar en casos como el de autos, por constituir doctrina probable, al tenor de lo consagrado en el artículo 10º de la Ley 153 de 1887⁶, persuasiva por provenir del máximo ente rector de la jurisdicción ordinaria, postura que ha asumido esta Sala de decisión en ejercicio de la autonomía judicial, sin que acoger el criterio expuesto en Casación Laboral sobre el tema, implique tornar este proveído en carente de razonabilidad, pues precisamente soportar la decisión en criterio reiterado apunta al respeto por la seguridad jurídica en esta temática, siendo ello plausible.

De tal manera, en cuanto al incremento de la mesada pensional en el 14% a favor del demandante, por la señora **ALICIA MARTÍNEZ**, resulta oportuno precisar que para acceder a dicho beneficio se requiere acreditar la calidad de cónyuge o compañera, que ésta dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna, presupuestos que pasa la Sala a verificar conforme las pruebas vertidas en autos.

En efecto, en torno al aspecto referido con precedencia, ya esta Corporación en forma reiterada y constante ha fijado su línea de pensamiento sobre la viabilidad y procedencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la referida ley, para lo cual pueden consultarse las sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345.

⁴ *“Sobre este tópico la Sala Laboral de la Corte ha definido el criterio que se mantiene imperante de que el incremento previsto en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es procedente para quienes les fue reconocida la pensión de vejez regulada en el artículo 12 ídem, incluso después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, bien por derecho propio o por aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de ésta ley, pues tal norma dispuso que para los efectos de otorgar la pensión de vejez a quienes tuvieran edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas, debería aplicárseles el régimen anterior, siendo para el caso que ocupa la atención de esta Sala el citado Acuerdo, en consecuencia su aplicación debe ser total. (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad 21517).”*

⁵ *“En efecto, en los términos en que el recurrente propone se modifique el criterio doctrinal de la Corte que se acaba de transcribir y se acojan los salvamentos de voto que se le hicieron a la mencionada sentencia, es pertinente agregar, que si bien es cierto en los artículos 34 y 40 de la Ley 100 de 1993 se reguló el tema concerniente al monto de la pensión de vejez y la de invalidez de origen común, y que el artículo 36 de ese ordenamiento se refirió al IBL para aquellas personas que son beneficiarias del régimen de transición, ello no significa que al dejar de contemplar la nueva ley de seguridad social los incrementos por personas a cargo, éstos hubieren desaparecido, como bien se explicó en el citado antecedente jurisprudencial; máxime que su artículo 289 efectivamente no los derogó expresamente pero tampoco lo hizo de manera tácita, sobre todo para los casos en que sea pertinente la aplicación del Acuerdo del ISS 049 de 1990, pues contrario a lo que sostiene el censor tal beneficio no resulta contrario ni riñe con la nueva legislación que salvaguarda los derechos adquiridos, a lo que se suma que el inciso 2º del artículo 31 de la mencionada Ley 100, señala que serán aplicables al régimen de prima media con prestación definida “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”, variaciones éstas que no se dieron respecto a la temática que se trata en el asunto sometido a esta jurisdicción”.*

⁶ *“ARTÍCULO 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.*

El primer requisito, esto es, la calidad de cónyuge, queda acreditado con la copia del registro civil de matrimonio que milita en el expediente (página 18, expediente digital) donde se evidencia que el demandante y la señora ALICIA MARTÍNEZ, contrajeron nupcias el día 21 de octubre de 1978, sin que en el mismo se observe nota de cesación de los efectos civiles de matrimonio.

Ahora bien, frente a lo segundo, en el elenco probatorio se encuentran los testimonios vertidos por OCTAVIO AREVALO⁷ cuñado y amigo del demandante y su cónyuge desde antes de que contrajeran matrimonio, y BLANCA ELVIA QUEVEDO⁸, consuegra del actor y quien refirió conocerlo desde hace más de 15 años, quienes fueron consistentes en señalar que el demandante y la señora Alicia viven juntos, además, indicaron que ALICIA MARTINEZ no trabaja, está dedicada al hogar, no tiene ningún tipo de ingreso, no recibe colaboración monetaria de su hijo y depende de la pensión que percibe el demandante. Octavio Arévalo además, aseveró que Alicia no percibe pensión alguna.

Respecto de tales manifestaciones, es menester señalar, su versión goza de total credibilidad y da certeza a esta Sala de decisión dado que sus afirmaciones fueron claras, precisas, espontáneas, coincidentes entre sí y les consta de manera directa los hechos narrados en razón del grado de amistad y familiaridad que ata a los testigos con la pareja.

La prueba testimonial estudiada denota que la cónyuge del accionante, dependía económicamente de éste, entonces, si de conformidad con el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el derecho a los incrementos de que trata el artículo 21 de ese cuerpo normativo “*subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen*”, y en ese orden de ideas, para acceder a dicho beneficio se requiere, según dispone el artículo 21 ibídem, que la cónyuge dependa económicamente del pensionado y no sea beneficiaria de pensión alguna y si para el asunto en concreto una y otra cosa se configuraban desde el momento a partir del cual le fue reconocido el derecho pensional del demandante, debe entenderse que en esa época nació a la vida jurídica el derecho al incremento acá discutido, debiendo ser reconocido desde dicha data.

Sin embargo, previo a abordar el estudio de la fecha a partir de la cual sería

⁷ Audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2020, récord 06:08.

⁸ Audiencia celebrada el 10 de

procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales y su cuantía, entra la Sala a resolver lo atinente a la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la traída a juicio⁹.

Al respecto, debe señalarse de antemano, si bien la pensión de vejez es imprescriptible, prescribiendo únicamente las mesadas pensionales en el término trienal consagrado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L. y S.S., no sucede lo mismo con los incrementos del 14% por persona a cargo, pues tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el derecho a los mismos se extingue ante la falta de reclamación dentro del término referido.

De esta manera, se estimó en Sentencia 27923 del 12 de diciembre de 2007 proferida por la Corte Suprema de Justicia, cuyos razonamientos han sido reiterados en casos análogos en Sentencias 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012¹⁰ y recientemente en la SL-01585 de 2015 radicado 45197, criterio que incluso se acompasa con lo señalado por la H. Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019.

Bajo la premisa anterior, se tiene que en el caso bajo examen el reconocimiento pensional se realizó a través de Resolución No. 112647 del 15 de julio de 2010 (páginas 16 y 17, expediente electrónico), presentando el actor reclamación administrativa solo hasta el 12 de enero de 2018 (página 19 a 21, expediente electrónico), la cual fue resulta negativamente por la encartada en esa misma fecha -12 de enero de 2018- (páginas 24 y 25), es decir, entre la fecha de exigibilidad del derecho y la data de su reclamación, se superó con suficiencia el término trienal previsto para la operatividad de la prescripción conforme el artículo 151 del C. P. del T. y la S.S. y, en esa medida, el derecho a los incrementos pensionales se extinguió, ante la falta de reclamación oportuna de los mismos, dentro del lapso

⁹ Desde la contestación de la demanda, folio 37, la cual se tuvo por contestada en auto del 20 de marzo de 2019 (folio 60).

¹⁰ “...la calidad del pensionado es permanente y vitalicia, y es en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Pero igualmente ha precisado que, una es esa condición del individuo cuya titularidad del derecho pensional no fenece con el transcurrir del tiempo y otra diferente la constituyen los derechos derivados de ese status, tales como el pago de las mesadas pensionales o, en el caso en estudio, los incrementos reclamados, **pues estos últimos sí prescriben**, en criterio de la Corte, según los términos del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y del 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”, y agrega: “...es entonces razonable afirmar la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de igual año, por personas a cargo, por el acaecimiento de la prescripción. Ello al haberse cumplido el plazo trienal establecido por la ley, al punto que no es posible considerar su existencia para ningún efecto, porque al desaparecer del ámbito jurídico entran al terreno de las obligaciones naturales que, como sabe, no tienen fuerza vinculante”.

consagrado por la normatividad laboral, debiendo en consecuencia confirmarse la decisión de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia, conforme las motivaciones precedentes, se confirmará la decisión de primer grado por las razones expuestas por esta Sala de decisión.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

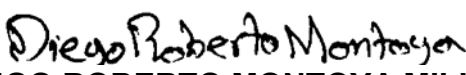
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA SANCHEZ DE
FLOREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y COLFONDOS S.A. (RAD. 39 2019 00542 01).**

Bogotá D.C. veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada LUCY YOHANNA TRUJILLO DEL VALLE, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, como representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (folio 216 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia de Colpensiones, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de Consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre del 2020 (Audiencia virtual, récord: 42:32), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora LIGIA SANCHEZ DE FLORES del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con efectividad a partir del 01 de octubre de 1999 a través de Colfondos es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del Régimen de Prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos a que transfiera todas las sumas de dinero que obra en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración sin que se le sea dable realizar descuento alguno por los dineros que haya cancelado por conceptos de seguros de pensión de invalidez y sobrevivientes con destino al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones que reciba los dineros que trata el numeral anterior y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: INFORMARLE a Colpensiones que tiene en su poder las acciones administrativas y judiciales que podrá activar en caso de considerar que la decisión que se toma en el día de hoy le ha causado perjuicios, acciones que tiene en contra de Colfondos.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

SEPTIMO: ORDENESE a la **CONSULTA** de esta decisión por ser adversa a Colpensiones”

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES expresa que la demandante realizó su traslado e hizo uso en su derecho de afiliación conforme se dispuso en el artículo 13 de Ley 793 del 2003 sin que se haya ejercido alguna presión o coacción, por lo que la decisión tomada fue libre, aunado a que no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto resulta improcedente acceder a sus requerimientos de retornar al RPM en cualquier tiempo, precisando ya se encontraba dentro de la prohibición descrita de la Ley 797 del 2003 y contaba con menos de diez años para pensionarse.

Por otro lado indica, que la actora tuvo la posibilidad de solicitar la información que correspondía o considerara necesaria para el buen desarrollo de su derecho pensional sin que ello se hubiera efectuado, advirtiendo el acto de traslado si bien es cierto le impone un deber de información a las administradoras esto no exonera al afiliado del deber de concurrir ilustrado a la escogencia del régimen pensional del cual dependerán sus expectativas.

Indica que en el presente caso también hay ratificación tacita de mantenerse en el RAIS por cuanto en ninguna oportunidad se presentó alguna reclamación

tendiente a retornar al RPM o manifestación alguna de inconformidad con sus aportes o con la posible proyección de su pensión, señalando que conforme lo dispone los artículos 488 y 151 del CST y procesal de trabajo y así como lo descrito por el artículo 1750 del código civil se encontraría prescrita la acción para retornar o para presentar acciones pendientes a retornar al RPM (Audiencia virtual, record: 44:29)¹

Como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

¹ “Muchas gracias su señoría siendo la oportunidad pertinente presento ante el despacho y contra la decisión emitida por el mismo recurso de apelación con el fin de que este sea conocido por el Honorable tribunal superior de Bogotá Sala Laboral manifestándole al tribunal que se sirva revocar la decisión emitida por el juzgado como quiera que la demandante realizó su traslado e hizo uso en su derecho de afiliación el traslado de régimen pensional conforme se dispuso en el artículo 13 de ley 793 sin que se haya ejercido alguna presión o coacción y en su lugar la decisión tomada fue libre, voluntaria sin que se evidencie también que la demandante fuere beneficiaria del régimen de transición y por tanto resulte improcedente acceder a sus requerimientos de retornar al RPM en cualquier tiempo, toda vez que solo hasta el año 2019 cuando ya contaba con la edad de 59 años la demandante presentó su solicitud de retorno al RPM cuando ya se encontraba dentro de la prohibición descrita de la ley 797 del 2003 y contaba con menos de diez años para pensionarse o para (sic) ya contaba con edad para pasarse y por cuanto (sic) improcedente o permitir el retornar al RPM administrado por Colpensiones.

Aunado a esto tenemos que la demandante a lo largo de esta afiliación a la AFP Colfondos tuvo la posibilidad de solicitar una información que correspondía o considerara necesaria para el buen desarrollo de su derecho pensional y no se evidencia dentro del proceso que la demandante haya presentado o que haya presentado o ilustrado al momento de su escogencia de régimen pensional, por tanto al guardar silencio conforme lo dispone el decreto 2241 del año 2010 es pertinente pues que se acepten las condiciones o consecuencias que su decisión conlleve, toda vez que conforme lo ha descrito la CSJ en radicación 68852 emitida por el magistrado Jorge Luis Quiroz el cual señaló que el acto de traslado si bien es cierto le impone un deber de información a las administradoras esto no exonera al afiliado del deber de concurrir ilustrado a la escogencia del régimen pensional del cual dependerán sus expectativas y teniendo en cuenta que la demandante se encontraba en plena construcción de su derecho pensional y frente a una mega expectativa la demandante debió haber concurrido o debió haberse ilustrado debidamente a lo largo de su afiliación a la AFP Colfondos para decidir si se mantenía y se pensionaba con tal régimen pensional, por tanto teniendo en cuenta también las sentencias del Honorable tribunal superior de Bogotá emitida por la magistrada Rhina Patricia Escobar el 31 julio del 2020 y lo manifestado por el doctor David Correa en su más reciente sentencia dentro del proceso 00131050-38-2018-039-0, dispone el magistrado que el afiliado puede concurrir ilustrado al realizar el cambio de régimen pensional toda vez pues que no se encuentra dentro de una disminución de sus capacidades para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que pues de su decisión dependerá su futuro pensional, así es como deberá incluso a lo largo de su afiliación solicitar la información que considere necesaria para el buen desarrollo de su derecho pensional, en el presente caso se encuentra que también hay ratificación tácita de mantenerse en el RAIS cada vez que en ninguna oportunidad se presentó alguna reclamación tendiente a retornar al RPM o que manifestara alguna inconformidad con sus aportes o con la posible proyección de su pensión, por tanto ruego a los honorables magistrados se revoque la decisión pues ya que han transcurrido más de diez años desde el momento de su afiliación primigenia en el año de 1999 y conforme lo dispone los artículos 488 y 151 del CST y procesal de trabajo y así como lo descrito por el artículo 1750 del código civil se encontraría prescrita para retornar o para presentar acciones pendientes a retornar al RPM.

Por tanto ruego a los Honorables magistrados se revoque la decisión tomada por el Ad quo y en su lugar se declare a la demandante válidamente afiliada a la AFP Colfondos y en caso de resultar desfavorable mis pedimentos se ordene a la AFP normalizar la afiliación en el sistema de información SIAF y la devolución en la totalidad de los aportes y debida entrega del archivo de la demandante durante la permanencia en el RAIS, Gracias”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante LIGIA SANCHEZ DE FLOREZ, en este proceso ordinario las pretensiones relacionadas a folio 2, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 y 3, aspirando, se declare la nulidad e ineficacia del traslado de régimen que realizó del ISS a COLFONDOS, en consecuencia se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales y a Colpensiones a recibirla sin continuidad, costas del proceso, condenas extra y ultra petita. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia el traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLFONDOS, ordenando la devolución de todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos y comisiones por administración sin descuentos de sumas por seguros de invalidez y sobrevivientes, tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada COLFONDOS no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante, al momento del traslado.

Para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

² En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, a folio 10 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de febrero de 1960, por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevada antes COLPENSIONES y COLFONDOS el 6 de agosto del 2019 (folios 15, 16 y 18), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho. De otra parte, no tenía la demandante 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 113.26 semanas de cotización (Historia Laboral obrante en el expediente administrativo) equivalentes a 2 años, 2 meses y 13 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como bien lo refiere COLPENSIONES en su apelación.

No obstante lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 1° octubre de 1999 específicamente, conforme la información consignada en la contestación de COLFONDOS y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS allegado por igualmente por la AAFP accionada, **precisándose** en este punto en autos aunque no se aporta el formulario de afiliación, resulta que para el tema objeto de debate la presencia del formulario escrito no constituye un requisito *sine qua non* o prueba solemne, pues lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 694 de 1994 es que se debe informar por escrito al empleador del trabajador la selección realizada, en aras de que aquel efectúe las cotizaciones al fondo correspondiente; imponiéndose entonces a la AFP demandada acreditar el consentimiento informado y en esa medida, resulta procedente el estudio de la viabilidad o no de la declaración de ineficacia.

Así las cosas, frente a la ineficacia del traslado ya se ha pronunciado en múltiples ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterando que para el estudio de la procedencia de la misma, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP quienes, en consecuencia, deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado

por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, *verbigracia*, las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro, y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma, se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello, tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, la vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la actora al fondo accionado COLFONDOS.

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

En ese sentido, resultaba necesario y obligado que el Fondo de Pensiones demandado proporcionara al actor una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras.

No obstante, como lo señala la censura, la información que le suministró a SANZ GUTIÉRREZ no tuvo tales características, como que a Folio 106 aparece la “ASESORÍA PENSIONAL PROTECCIÓN – PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA”, en donde se señala una mesada pensional de \$900.000, a los 60 años, mientras que a Folio 107 figura que a esa misma edad la pensión en el “RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”, es de \$1.580.465, cálculos que efectuó el Fondo accionado, el 13 de agosto de 2002.

Las anteriores condiciones dejan en evidencia el otro yerro del Tribunal, al no tener en cuenta las citadas documentales que conducen a la conclusión indefectible de la forma como se le proporcionó la información al interesado, amén de que cuando el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, contaba 58 años de edad y tenía una densidad de cotizaciones también aproximada de 1286 semanas, según su historia laboral de Folios 15 a 22; luego, es claro que tenía una expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS, por estar próximo a cumplir los requisitos que disponen sus reglamentos.

En las anteriores circunstancias, es evidente que un afiliado de las características del demandante tiene mayores beneficios permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida, en cuanto conserva su transición, que trasladándose al de ahorro individual con solidaridad que administran los Fondos Privados de Pensiones, máxime que en este caso, el actor estaba a escasos 2 años para consolidar su pensión de vejez, ya que tenía las semanas suficientes para acceder a dicha prestación económica.

Precisamente, la Corte en asuntos de similares características al que es objeto de estudio, al referirse a la obligación que tienen los Fondos de Pensiones de proporcionar a los afiliados una información completa, en sentencias del 9 de septiembre de 2008, raditaciones 31989 y 31314, dijo:

“Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

“En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

“Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

“Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico, circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

“El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (...).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

“Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019, SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(…)

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, 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

“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”.

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta 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.

Así mismo, se condenará al Instituto de Seguros Sociales a reconocer al actor la pensión de vejez, teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y al Fondo de Pensiones Protección S.A., al igual que el régimen de transición del cual es beneficiario.

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.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le hubiera informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la promotora del litigio⁴, no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación a Colfondos, en tanto aseguró que su motivación para trasladarse fue porque el asesor del fondo de pensiones le manifestó que el ISS se iba a acabar, que su pensión iba a ser más alta y podía adquirir el derecho a cualquier edad.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada COLFONDOS, omitió en el momento del traslado de régimen (1° de octubre de 1999) el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

⁴ Récord 12:30 Audiencia virtual.

En la misma dirección se debe señalar no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no guardan relación con la información que se le debía suministrar cuando se trasladó de régimen, al respecto puede consultarse la sentencia de la Corte Suprema de Justicia STL 11385 del 18 de julio de 2017, radicado 47646.

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, respecto de quien además de la apelación se estudia la decisión en el grado jurisdiccional de Consulta⁵ (fl. 79 vto), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo esta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación y habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, conforme las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁵ Se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones mediante auto del 7 de julio del 2019.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO