



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SOCORRO GRACIELA CONSUELO GARCIA PEÑA

DEMANDADO: PROTECCIÓN S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2016 00353 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A. en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que en su calidad de cónyuge del señor Camilo Ernesto Gómez Ospina (q.e.p.d), es beneficiaria del 50% de la pensión vitalicia de sobrevivientes, para que, como consecuencia de ello, se condene a Protección a reconocer y a pagar la pensión de sobrevivientes, lo ultra y extra petita, las costas del proceso y agencias en derecho (f° 03)

Como sustento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio católico con el señor Camilo Ernesto Gómez Ospina (q.e.p.d) el día 20 de agosto de 2005, de dicha unión nació el menor Andrés Camilo Gómez García; agregó que mediante oficio del 17 de febrero de 2014 N.º11388994 PEN SOB RP Protección dio respuesta a la solicitud reconociendo el 100% de la pensión de sobrevivientes en favor de Andrés Camilo Gómez García en condición de hijo menor y negando el reconocimiento a la señora Socorro Graciela

Consuelo García Peña en calidad de cónyuge por no acreditar la condición de beneficiaria. (f.º 2-3)

PROTECCIÓN contestó la demanda con oposición a las pretensiones al considerar que la demandante no cumple con el requisito mínimo de convivencia exigido por el artículo 13 de la ley 797 de 2003.

Presentó como excepciones: previa la de falta de integración del contradictorio al hijo del afiliado fallecido, y de mérito las que denominó inexistencia de la calidad de beneficiaria en la demandante, inexistencia de la obligación de atender el pago de retroactivo ya cancelado a favor del hijo del afiliado, inexistencia de intereses moratorios, compensación, buena fe, prescripción de las mesadas pensionales, innominada y la genérica. (fº 50-51).

OTRAS ACTUACIONES

Mediante auto de 10 de mayo de 2017, se ordenó notificar al menor ANDRES CAMILO GOMEZ GARCÍA quien percibe la pensión de sobrevivientes en un 100% a través de su representante legal (fl. 68). Mediante auto de 26 de octubre de 2018, se designa curador ad litem al menor (fl. 99).

El curador ad litem contestó la demanda con oposición a las pretensiones y ateniéndose a lo que resulte probado por la parte actora (fl. 136-138).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 25 de febrero de 2021, reconoció como beneficiaria de la pensión a la demandante. Disminuyó el valor de la mesada pensional al 50% al menor Andrés Camilo Gómez García. Condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante y del menor Andrés Camilo Gómez García, el 50% de la pensión de sobrevivientes a cada uno, a partir del del 25 de febrero de 2021. Condenó en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Protección S.A. presentó recurso de apelación con sustento en que la parte demandante no cumplió con los presupuestos de convivencia exigidos por la ley para acceder a la prestación, sumado a que las situaciones de separación fueron a causa de maltratos mutuos.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en proporción del 50% de la mesada pensional.

DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Elementos de prueba relevantes

- A folio 9, registro civil de defunción que da cuenta que el afiliado falleció el 30 de enero de 2013.
- A folio 10, registro civil de matrimonio.
- A folio 12-13, oficio 11388994 PEN SOB RP respuesta solicitud de pensión de sobrevivientes del 17 de febrero de 2014.
- A folio 19- 20, declaración juramentada de Socorro Graciela Consuelo García Peña, Clara Eugenia Castro y Nancy Rodríguez Rozo.
- Folio 21, certificación escrita por la señora Nancy Rodríguez en calidad de administradora del edificio en donde vivían los cónyuges.
- A folio 24, solicitud de licencia no remunerada presentada por el señor Camilo Ernesto Gómez Ospina por cirugía de la demandante.
- A folio 27, certificación escrita por Claudia Yaneth Pérez Ortiz residente del edificio en donde vivían los cónyuges.
- A folio 28, certificado expedido por Famisanar EPS, donde se registra que la demandante unificó su grupo familiar con el causante desde el 2006 y estuvo en calidad de beneficiaria cónyuge hasta el 01 de marzo de 2013.
- A folio 55- 65, reporte del Grupo de Tareas Empresariales para Protección.
- A folio 179, denuncia de violencia intrafamiliar y medida de protección de SOCORRO GRACIELA CONSUELO GARCIA PEÑA.
- Interrogatorio de parte de Socorro Graciela Consuelo García Peña.

Caso concreto:

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del pensionado o afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446 y como en el caso bajo examen el afiliado falleció el 30 de enero de 2013, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13 que modifican los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso no es objeto de discusión que el señor Camilo Ernesto Gómez Ospina (q.e.p.d.) contrajo matrimonio con la demandante el día 20 de agosto de 2005 (f.º 10), que convivían al momento del fallecimiento como se constata con las declaraciones aportadas al proceso y en la investigación administrativa realizada por la demandada y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ya que la misma fue reconocida a su menor hijo por la demandada. La discusión se centra en que la demandada considera que la demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes porque no probó la convivencia por cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento del afiliado.

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993 estableció como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en el literal a) en forma vitalicia al cónyuge o compañera permanente siempre y cuando dicho beneficiario a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad.

Como prueba documental se incorporó a las diligencias, las declaraciones juramentadas extra juicio de Clara Eugenia Castro y Nancy Rodríguez Roza a quienes les consta que la pareja compartió lecho, techo y mesa hasta el momento del fallecimiento del afiliado. (f.º 20), la certificación expedida por Famisanar EPS que da cuenta que la demandante desde el año 2006 unificó su grupo familiar con el causante, donde estuvo en calidad de beneficiaria cónyuge hasta la cancelación de la afiliación por muerte del afiliado (f.º 28), certificaciones escritas por la administradora y residente del edificio en donde vivía el causante y la señora demandante que da cuenta que convivieron hasta la fecha del fallecimiento del afiliado y la denuncia por violencia intrafamiliar interpuesta por la señora demandante que data los malos tratos por parte del causante (folio 179).

Igualmente, se incorporó investigación que adelantó el Grupo de tareas Empresariales de Protección en la que dejó constancia de lo siguiente:

Se entrevistó a la señora Socorro Graciela Consuelo García Peña quien afirmó que contrajo matrimonio con el causante desde el año 2005, fecha en la que se fueron a vivir juntos hasta el día del fallecimiento del señor Camilo Ernesto Gómez Ospina. Igualmente, manifestó que se separaron en dos ocasiones porque estaba cansada de los malos tratos.

Por otro lado, se entrevistó a Luisa Fernanda Gómez Ospina, hermana del afiliado, quien manifestó que su hermano contrajo matrimonio y convivió

con la señora demandante desde agosto del año 2005 hasta la fecha del fallecimiento del señor Camilo Ernesto Gómez Ospina.

Se entrevistó al empleador Empresa Vigilancia y Seguridad Nueva Granada - a la señora Carolina Contreras- quien aseguró que es la encargada de hacer las afiliaciones e indicó sobre el afiliado fallecido que cree que es casado por tener como beneficiarios de la caja de compensación a su hijo y esposa.

Se habló con la madre de la reclamante, quien manifestó que la señora demandante convivió con el causante desde el matrimonio hasta la fecha de su fallecimiento, igualmente, indicó que vivían en el apartamento de ella y que desconoce alguna separación que se haya dado entre la pareja.

En el presente caso, se demuestra que la demandante ostenta la calidad de cónyuge del afiliado fallecido y que convivía con él al momento de la muerte, y, en consecuencia, se debe aplicar la nueva regla jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL1730 -2020, proferida dentro del proceso identificado con la radicación 77327 y que ha sido reiterada en sentencia SL489-2021, radicación 76019, entre otras, que indica que el tiempo de convivencia de 5 años contemplado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 solo es exigible para los beneficiarios del pensionado y no así para la cónyuge o compañera permanente del afiliado como acaece en el presente caso, ya que el causante al momento del fallecimiento no era pensionado, sino afiliado al sistema de pensiones.

La sentencia SL489-2021, radicación 76019, señala lo siguiente:

i) El término de convivencia exigido, cuando la muerte ocurre respecto de un afiliado (artículo 13 Ley 797 de 2003)

La decisión tomada en la sentencia SL 1730 - 2020 cambió el rumbo del precedente de la Sala de Casación Laboral en relación con la posición ya reiterada y uniforme que imperaba en el estudio de los distintos casos en los que se debatía la pensión de sobrevivientes y, en relación con la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003. se sentó con dicho precedente una nueva doctrina que tuvo fundamento en el análisis que hiciera la Corte Constitucional en la sentencia CC C-1094-2003, entre otras decisiones de esa misma estirpe.

El precedente de la Sala de Casación Laboral fijó entonces como regla, que la redacción del literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, prescribió un tiempo mínimo de convivencia de 5 años, *únicamente* exigible al caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado.

Siguiendo los lineamientos de la decisión (SL 1730-2020), desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «*convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes*», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

Así las cosas, se precisó en dicha providencia que, de conformidad con lo dispuesto en el *literal a)* del art. 13 de la Ley 797 de 2003, la interpretación que corresponde realizar para el afiliado al sistema de seguridad social, en tratándose de pensión de sobrevivientes es la siguiente:

Para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo *mínimo* de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto *en el literal de la norma analizado*, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

Dicha regla, señaló la Sala, se predica sin distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el sistema general de seguridad social. Lo anterior, teniendo en cuenta el concepto de familia y su protección sin discriminación (sentencia CC C-521 - 2007, citada por la CSJ en la SL1730 - 2020).

Siguiendo el alcance fijado en el fallo ya referido, con el fin de determinar quién ostenta la calidad de compañero o compañera permanente de un afiliado, a efectos de lo dispuesto en el *literal a)* del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, señala la Corporación que debe acudir a la noción constitucional de familia, en la forma en la que ha sido ampliamente analizada por la Corte Constitucional.

En síntesis, se pueden extraer dos reglas muy claras de la mencionada decisión y que fijan el alcance y la correcta interpretación del artículo 13 de la Ley 797 de 2003: i) La pensión de sobrevivientes en materia de afiliados al sistema de seguridad social, no exige un tiempo mínimo de convivencia para

acreditarse como beneficiarios la cónyuge o la compañera permanente y, ii) No existe un trato diferenciado para la aplicación de la regla anterior, es decir, no importa la forma en la que se constituya el núcleo familiar, vínculos jurídicos o naturales, la protección se dirige al concepto de familia (artículo 42 de la C.P.), luego el análisis se circunscribe en estos casos a la simple acreditación de la calidad requerida y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte (al respecto, se puede consultar entre otras sentencias CSJ SL 3843, 5626 - 2020)".

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial anterior, se encuentra que en el presente caso la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de manera vitalicia en su calidad de cónyuge y por tener a la fecha del fallecimiento del afiliado más de 30 años.

Ahora en relación al argumento de violencia intrafamiliar que manifiesta el apoderado de la demandada para que se desestime el requisito de convivencia porque se dio dentro del extremo de los cinco años anteriores al fallecimiento, se encuentra que no está llamado a prosperar en primer lugar, porque como se expuso ese requisito de convivencia no es exigido para este caso dado que la pareja convivía al momento del fallecimiento del afiliado y, en segundo lugar, porque las desavenencias ocurridas en el contexto de una relación conyugal no son causales para la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, y así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencias identificadas con la radicación 45045 de 5 de junio de 2019, SL2010-2019) cuando expuso que desconocerle a una víctima de maltrato, el derecho a la pensión de sobrevivientes por el solo hecho de renunciar a la cohabitación y buscar la protección a su vida y a la integridad personal, es permitir el maltrato y condenar a otras mujeres soportarlo, con tal de no perder el derecho pensional.

Aunado a lo anterior, la separación entre los cónyuges fue temporal y no estaba vigente para el momento del fallecimiento del causante, recuérdese que del interrogatorio y de la visita realizada por la demandada en la investigación administrativa se constató que la pareja se separó en dos ocasiones, la primera en diciembre de 2010 a febrero de 2011 y la segunda en mayo de 2011 a septiembre del mismo año, dichas separaciones se dieron a causa de violencia intrafamiliar por parte del causante, y para la fecha del fallecimiento se acredita que la pareja convivía en el mismo sitio; situación que tampoco daría lugar a tener por interrumpida la convivencia entre la pareja para revocar la sentencia de primera instancia.

Por lo anterior, se encuentra que no existe razones para revocar la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se confirmará la misma.

COSTAS no se impondrán en esta instancia por no haberse causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá por las razones expuestas.

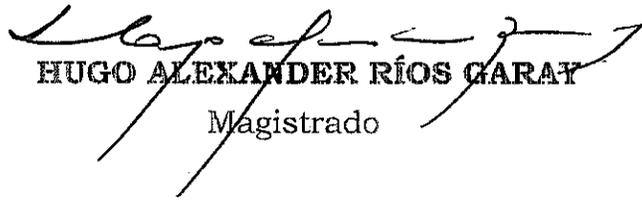
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURIELO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO

Demandante: Socorro Graciela Consuelo García

Demandado: Protección S.A.

Radicado: 110013105 028 2016 00353 01

Con el acostumbrado respeto, me permito aclarar el voto en el sentido de indicar que la solución al caso concreto debió darse en aplicación de las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia, según la cual, bajo una interpretación armónica del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 con el inciso 3.º del literal b) *ibídem* en el caso de la cónyuge con vínculo matrimonial vigente y separado de hecho del causante los 5 años pueden ser acreditados «*en cualquier tiempo*». Ello, en aras de cumplir la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del *de cuius*, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social (CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41673, CSJ SL7299-2015, CSJ SL6519-2017, CSJ SL16419-2017, CSJ SL1399-2018, CSJ SL5046-2018, CSJ SL2010-2019, CSJ SL2232-2019, CSJ SL4047-2019, CSJ SL4771-2020, CSJ SL3850-2020 y CSJ 2746-2020, SL359-2021).

Acerca de dicha tesis, la misma Corporación en la sentencia CSJ SL359-2021 explicó que la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para negar la pensión de sobreviviente de un afiliado o pensionado. Al respecto indicó:

que la misma corresponde al verdadero alcance e intelección del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, porque aunado a lo referido anteriormente acerca de su finalidad, «su contenido encuadra en las realidades o situaciones sociales que regula dicho precepto, esto es, no invisibiliza las diferentes circunstancias que generalmente rodean la dejación de la vida en comunidad entre esposos».

En la misma providencia, la Corte señaló que lo anterior obedece a que: (i) comúnmente, la separación de hecho ocurre por problemas estructurales en las relaciones matrimoniales, que a la larga generan el distanciamiento de los consortes; (ii) tales situaciones son imprevisibles por el legislador; (iii) y, por tanto, el rol del juez consiste en interpretar la norma conforme las particularidades de cada caso, es decir, darle el alcance que corresponda según cada situación que no pudo anticiparse en la ley. Conforme ello, anotó que incluso el artículo 176 del Código Civil, no establece dentro de las obligaciones a los cónyuges, las de mantener los lazos afectivos o familiares hasta el momento del fallecimiento de uno de ellos.

En ese orden de ideas, la ruptura de las relaciones afectivas con una persona con la que se convivió por virtud del matrimonio no es óbice para acceder a la pensión de sobreviviente, más si se tiene en cuenta, que la norma acusada no dispone tal exigencia.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el Tribunal restringió el alcance de la norma analizada al concluir que la demandante no acreditó que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo del cual se coligiera la permanencia de lazos familiares luego de la separación de hecho, en razón a que tal requisito no lo contempla la disposición en referencia.

Bajo esa línea de pensamiento, se advierte que en el presente caso todos los medios de prueba vertidos en el proceso acreditan más de 5 años de convivencia real y efectiva en cualquier tiempo, indistintamente de la separación temporal que se discute en el plenario.

Hasta acá el planteamiento de la aclaración de mi voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA TULIA GARCÍA DE RODRÍGUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00324 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que al señor Desiderio Rodríguez Cañón le asiste derecho a la pensión de invalidez post mortem conforme al principio de la condición más beneficiosa; se declare que a la demandante en calidad de compañera supérstite le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante señor Desiderio Rodríguez, se condene a la demandada al pago del retroactivo de las mesadas pensionales causadas de la pensión de invalidez post mortem desde el 5 de octubre de 2004 hasta la inclusión en nómina. Se condene al pago de intereses moratorios o en su defecto a la indexación y costas y agencias en derecho. (fl.47)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el señor Desiderio Rodríguez nació el 12 de abril de 1940 y falleció el 19 de marzo de 2005, contrajo matrimonio con la demandante el 6 de diciembre de 1962, procrearon siete hijos todos actualmente mayores de edad e independientes

económicamente, convivieron de manera permanente durante 43 años hasta la fecha del deceso del señor Rodríguez.

La demandante nació el 20 de agosto de 1948, actualmente cuenta con 71 años de edad, el causante cotizó al ISS desde el 17 de enero de 1985 al 30 de abril de 2005. El 1 de septiembre de 2005 la Junta Regional de Calificación de Invalidez a través de dictamen le asignó una PCL del 69.10%, origen común y fecha de estructuración 5 de octubre de 2004.

La actora elevó solicitud de reconocimiento pensional, la que le fue negada por parte de Colpensiones y el 4 de diciembre de 2018, mediante resolución N° 350557, le fue reconocida indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes; sin embargo, la actora no ha cobrado dicha prestación. La demandante solicita nuevamente reconocimiento de pensión de sobrevivientes y de invalidez post mortem, la que es negada por la demandada.

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que la invalidez del causante se había estructurado el 5 de octubre de 2004, fecha para la cual estaba vigente la Ley 860 de 2003 y en aplicación al principio de la condición más beneficiosa el régimen pensional anterior aplicable sería la Ley 100 de 1993 y no el Decreto 758 de 1990.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, compensación, cobro de lo no debido, declaratoria de otras excepciones, no configuración de pago de intereses moratorios e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f.101-107)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de febrero de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente la parte actora con sustento en que para los efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez se debe aplicar al causante el principio de la

condición más beneficiosa, esto es el Acuerdo 049 de 1990 que exige acreditar 300 semanas en cualquier tiempo.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y, en consecuencia, si procede el reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem, y la pensión de sobrevivientes.

Elementos de prueba

- A folio 2, registro civil de nacimiento del señor Desiderio Rodríguez Cañón.
- A folio 3, cédula de ciudadanía del señor Desiderio Rodríguez Cañón.
- A folio 4, registro civil de matrimonio de la demandante con el causante.
- A folio 5, cédula de ciudadanía de la demandante.
- A folio 7, registro civil de defunción del señor Desiderio Rodríguez, falleció el 19 de marzo de 2005.
- A folio 8, reporte de semanas cotizadas por el causante en Colpensiones.
- A folio 9-11, dictamen de pérdida de capacidad laboral realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá.
- A folio 12-15, resolución GNR 318495 del 28 de octubre de 2016.
- A folio 16-18, resolución SUB 230600 del 31 de agosto de 2018.
- A folio 19-23, resolución SUB 306224 del 23 de noviembre de 2018
- A folio 24-27, resolución DIR 21659 del 14 de diciembre de 2018
- A folio 116, expediente administrativo del causante

Caso concreto

De los documentos que obran en el expediente, se encuentra acreditado **i)** que el señor Desiderio Rodríguez Cañón falleció el 19 de marzo de 2005, **ii)** que la Junta Regional de Calificación de Invalidez le determinó una pérdida

de capacidad laboral del 69.10%, el origen fue enfermedad común y fecha de estructuración de la invalidez el 5 de octubre de 2004 (fld.7 y 9 a 11) y **iii)** que en toda su vida laboral cotizó un total de 876.86 semanas (fl.8)

Para decidir el problema jurídico se tiene en cuenta que la norma aplicable al presente caso es la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por ser la vigente al momento de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la cual señala como requisito en tratándose de pensión de invalidez de origen común haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y respecto de esta fecha, el dictamen médico indica que la pérdida de capacidad laboral se estructuró, se reitera, el 5 de octubre de 2004.

De los elementos de prueba se concluye que el causante, señor Desiderio Rodríguez no acredita 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y ello se corrobora con la historia laboral que milita en el expediente administrativo de folio 116, así como con la documental que reposa a folio 8 del plenario, donde se evidencia que durante ese interregno solo cotizó 12.86 semanas y, en consecuencia, se colige que no causó el derecho bajo la normativa aplicable.

De otro lado, y para resolver el recurso de alzada, se comienza por recordar que en materia de pensión de invalidez y de sobrevivientes no se encuentra consagrado en norma alguna el régimen de transición y por ello, se ha acogido el principio de la condición más beneficiosa, pero para su aplicación la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que en esos casos la norma aplicable es la inmediatamente anterior, por lo que desde ya se advierte la improsperidad del recurso de apelación, en la medida que el Acuerdo 049 de 1990 del cual se predica la aplicación no es la norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003 que es la que regula el caso bajo análisis ya que la fecha de estructuración fue el 5 de octubre de 2004.

Precedente que ha sido expuesto de manera reiterada, entre otras, en las sentencias SL17768-2016, CSJ SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016, CSJ SL14881-2016, CSJ SL15612-2016, CSJ SL15617-2016, CSJ SL15960-2016, CSJ SL15965-2016, CSJ SL 1689-2017, CSJ SL1090-2017, CSJ SL2147-2017, CSJ SL21062-2017, CSJ SL137-2018 y CSJ SL4986-2018.

Tampoco habría lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa en la pensión de invalidez en la medida en que para la fecha de emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez (1 de septiembre de 2005) el señor DESIDERIO RODRIGUEZ CAÑÓN ya había fallecido (19 de marzo de 2005), y la aplicación de dicho principio tiene como objetivo proteger a quien ha perdido la capacidad laboral para derivar de ello su sustento.

Ahora bien, respecto de la pensión de sobrevivientes es de anotar que la ley aplicable al presente caso es la Ley 797 de 2003, establece como requisito que se haya cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha del fallecimiento, situación que no se acredita en el expediente, y respecto de la aplicación de la condición más beneficiosa, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL4650 de 2017 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 45262, señaló las pautas para la aplicación de la condición más beneficiosa y al aplicarse al caso en concreto se encuentra que el señor Desiderio Rodríguez no se encontraba cotizando al momento del tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 ni contaba con 26 semanas dentro del año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 que dé lugar a la aplicación de las reglas señaladas en la mencionada sentencia pese a que falleció dentro del término trienal señalado por la misma.

La Corporación en cuanto al principio de la condición más beneficiosa y aplicándola esta Sala al caso particular en donde el causante no se encontraba cotizando al momento en que surgió el tránsito legislativo, pero sí en el año 2005 cuando falleció, explicó cuál era la temporalidad de la aplicación del mismo en dicho tránsito entre las leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 y señaló:

“4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

...4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema, pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de

enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que, de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta.”

En conclusión, aplicada la jurisprudencia citada al caso bajo examen, se establece que la norma que podría aplicarse por vía de la condición más beneficiosa es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sin que bajo esta normatividad el causante hubiera cumplido con los presupuestos jurisprudenciales para su aplicación, dado que el causante no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo (29 de enero de 2003) y tampoco había cotizado 26 semanas o más entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, ello por cuanto conforme a la historia laboral el señor Desiderio Rodríguez cotizó hasta el 31 de enero de 1992 y volvió a efectuar cotizaciones desde el 1 de junio de 2004, es decir, no existía para él una situación jurídica concreta.

En otro giro, respecto de la aplicación de los criterios esbozados por la Corte Constitucional y que se solicita en el recurso de apelación, se hacen las siguientes precisiones:

- i)** La Sala no desconoce las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, no obstante, de vieja data decidió acoger la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, contenida en las entre otras en las sentencias ya referenciadas, donde se enseña que para aplicar la condición más beneficiosa se debe aplicar la norma inmediatamente anterior.
- ii)** No puede olvidarse que uno de los fines primordiales del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, luego dicho tribunal es el que traza los derroteros sobre la interpretación de la ley, de manera tal que los jueces al proferir sus decisiones deberán apoyarse en el precedente vertical.
- iii)** La Corte Constitucional en sentencia C-836 de 2001, numeral 19 señaló (...) *La Corte ha reconocido previamente que la responsabilidad que les compete a los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades*

de la rama judicial es aún mayor, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Ver Sentencia T-123/95 (...)

iv) adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia SU-0005-2018 consideró que la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la condición más beneficiosa es acorde con el Acto Legislativo 1 de 2005.

Así las cosas, se concluye que el demandante no cumple con el requisito de la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003 y tampoco le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, en consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS AUGUSTO RANGEL ANGARITA

DEMANDADO: COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA
PENSIONES Y CESANTIAS

RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00537 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que es procedente el traslado solicitado por el señor demandante a COLPENSIONES el 10 de mayo de 2018, toda vez que lo presentó con antelación al cumplimiento de los 52 años de edad y con el cumplimiento del trámite de doble asesoría y en virtud de ello solicita se condene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS a autorizar el traslado de régimen del demandante a COLPENSIONES y tenerlo como su afiliado desde el 10 de mayo de 2018 y ordenar a esta última a aceptar el traslado del demandante; se ordene a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales junto con sus rendimientos, derechos ultra y extra petita y costas del proceso.

Admitida la demanda por la juez de primer grado en auto de fecha 13 de agosto de 2019, se ordenó la notificación de las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 87).

COLPENSIONES fue notificada y a través de apoderada judicial presentó escrito contestando la demanda argumentando que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar porque el demandante se trasladó de forma voluntaria al RAIS con el fondo privado DAVIVIR y posteriormente, realizó traslados horizontales entre administradoras, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS; aceptó que el demandante presentó solicitud de traslado al régimen de prima media el 10 de mayo de 2018 cuando contaba con la edad de 51 años, pero asegura que dicho trámite es improcedente por que el demandante está afiliado al RAIS bajo la modalidad de plan alternativo de pensión.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones aduciendo que en aplicación de las disposiciones legales, la posibilidad de traslado de fondo alternativo de pensiones sólo puede efectuarse en los términos del art. 10 del Decreto 876 de 2004 y del Decreto 2555 de 2010 y en virtud de ello no es posible el traslado a COLPENSIONES dado que esta entidad no maneja fondos alternativos de pensiones.

Propuso como excepciones las que denominó AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE y la GENERICA.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de febrero de 2021, declaró que el demandante cumplió los requisitos para trasladarse de régimen pensional y ordenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS y a COLPENSIONES a realizar en el término de 15 días a partir de la ejecutoria de la sentencia todas las gestiones administrativas y financieras para la efectivización del traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitado por el señor demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral 4 de la providencia de primera instancia respecto a la condena en costas, pues, afirma que su representada omitió realizar las gestiones de traslado, no por capricho, sino por considerar que no está regulada de forma específica la posibilidad de traslado de régimen de planes alternativos al régimen de prima media con prestación definida; aduce que SKANDIA ha solicitado en diferentes oportunidades a la superintendencia financiera de Colombia que modifique dichos preceptos y, en consecuencia, autorice los traslados entre fondos alternativos siempre que las personas lo soliciten antes del cumplimiento de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para acceder al derecho pensional.

Por lo anterior y al considerar que lo debatido es un punto de derecho y una situación frente a la que SKANDIA está imposibilitada jurídicamente para acceder a dicho traslado, solicita se absuelva de la condena en costas.

ALEGACIONES

El apoderado del demandante y la apoderada de COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto es procedente el traslado de régimen del RAIS al régimen de Prima media con prestación definida cuando el afiliado se encuentra vinculado al plan alternativo de pensión.

De salir avante las pretensiones de la demanda, se estudiará si es procedente o no la condena en costas a cargo de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS.

Elementos de prueba relevantes:

- Cédula de ciudadanía del demandante, folio 25.
- Formulario de afiliación del señor demandante a la AFP SKANDIA, folio 26.
- Reclamación administrativa, folio 38.
- Reporte COLPENSIONES, 102-104.
- Reporte OLD MUTUAL, folios 133-136.

Caso Concreto

En principio y para resolver la Sala se remite al literal e del art. 13 de la Ley 100 de 1993 que dispone:

“ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. 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;”

Esa prohibición legal fue declarada exequible por la honorable Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004, precisando que las personas beneficiarias del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 podrían regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo cuando hubieren cotizado 15 años antes del 1 de abril de 1994, siempre que cumplieran con los requisitos establecidos en la sentencia C-789 de 2002.

Al verificar los documentos aportados como prueba en el expediente no se observa que el señor demandante tenga por objeto recuperar el régimen de transición; en todo caso al revisar a folio 25 la copia de la cédula de ciudadanía del señor CAMILO HERNANDEZ se tiene que al 01 de abril de 1994 contaba con 27 años de edad y al revisar el historial de aportes cotizados en COLPENSIONES (fl. 102) se tiene que desde el 05 de febrero de 1990 al 01 de abril de 1994 había cotizado un total de 118,11 semanas razones por las que evidentemente no sería beneficiario de dicho régimen.

Teniendo en cuenta lo dicho se tiene que el derecho pensional del señor demandante se regirá con lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003 que exige para los hombres una edad de 62 años y los que eventualmente cumpliría el 14 de julio de 2028; teniendo en cuenta lo anterior y al revisar los hechos de la demanda se tiene que el señor demandante se afilió al RAIS con la AFP DAVIVIR el 01 de diciembre de 1994, luego de ello en noviembre de 1997 se trasladó a la AFP PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS fondo privado donde se ha mantenido y en el que por recomendación de dicha AFP se afilió al fondo alternativo de pensiones y al plan de pensiones desde el 18 de octubre de 2007; de este hecho se colige que el demandante lleva vinculado en el RAIS más de 20 años por lo que se cumple el primer

presupuesto establecido en el literal e) del art 13 de la Ley 100 de 1993 que permite el traslado entre regimenes por una sola vez cada cinco años; ahora en lo que tiene que ver con la petición de traslado se tiene que la presentó el día 10 de mayo de 2018 ante COLPENSIONES, época para la cual contaba con 51 años de edad, faltándole desde luego más de 10 años para cumplir la edad legal para tener acceso al derecho pensional; asistiéndole en principio razón al Juez de Primera instancia en su decisión.

Ahora en lo que tiene que ver con que el afiliado estaba vinculado a un fondo alternativo de pensión se observa que en el título III de la Ley 100 de 1993 se reglamenta el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en el capítulo VII se establecen las prestaciones y beneficios adicionales entre los cuales en el art 87 se hace referencia a los planes alternativos de capitalización de pensiones:

“ARTÍCULO 87. PLANES ALTERNATIVOS DE CAPITALIZACIÓN Y DE PENSIONES. *Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán optar por planes alternativos de capitalización, que sean autorizados por las Superintendencia Bancaria*

Los capitales resultantes del plan básico y de dichas alternativas de capitalización, podrán estar ligados a planes alternativos de pensiones que sean autorizados por la misma Superintendencia.

El ejercicio de las opciones de que trata este artículo, está sujeto a que los afiliados hayan cumplido metas mínimas de capitalización. Los planes aprobados deberán permitir la movilidad entre planes, administradoras y aseguradoras, y deben separar los patrimonios y cuentas correspondientes a capitalización y seguros, en la forma que disponga la Superintendencia Bancaria

El Gobierno Nacional señalará los casos en los cuales el ingreso a planes alternativos implica la renuncia del afiliado a garantías de rentabilidad mínima o de pensión mínima.

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en el presente artículo no exime al afiliado ni al empleador, del pago de las cotizaciones previstas en la presente ley.”*

Ahora en lo que tiene que ver con dichos planes alternativos de capitalización el Decreto 2555 de 2010 “por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones” en el art. 2.32.1.1.3 que retoma el art. 10 del Decreto 876 de 1994 estableció:

“Artículo 2.32.1.1.3 Movilidad entre planes alternativos.

En desarrollo de los artículos 87 y 107 de la Ley 100 de 1993, los afiliados a los planes alternativos tendrán derecho a cambiarse a otro plan alternativo, cualquiera sea la entidad administradora o entidad aseguradora de vida que lo administre, sin exceder de una vez por semestre, previa solicitud presentada por el interesado con no menos de 30 días calendario de anticipación.”

Al revisar dicho precepto y en su integridad el libro 32 del Decreto 2555 de 2010 se tiene que la normatividad consagra la procedencia del traslado entre planes de la misma naturaleza, sin que exista una reglamentación que señale específicamente las condiciones de retorno de una persona que haya contratado el plan alternativo en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, régimen este que no cuenta con las diversas opciones de planes del régimen de ahorro individual.

De cara a lo anterior y teniendo en cuenta que por regla general “*Los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden escoger el régimen de pensiones que prefieran*” siempre que estén dentro de los presupuestos del literal e) del art 13 de la Ley 100 de 1993 ya expuesto y dado que el señor demandante cuenta con la calidad de afiliado al sistema general de pensiones y cumple dichos presupuestos como ya se estudió, se confirmará la sentencia de primer grado en su totalidad, pues, legalmente no se acredita que exista una excepción a la aplicación del literal e) del art 13 de la Ley 100 de 1993 respecto de los afiliados al RAIS que contrataron el beneficio de plan alternativo, independiente de la renuncia a las garantías de rentabilidad mínima o pensión mínima.

Con relación a las costas impuestas en primera instancia, punto de apelación de SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, la sala debe recordar que son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el art. 365 del CGP y comprende las expensas y agencias en derecho.

Ahora bien, en cuanto a las agencias en derecho, las mismas solo pueden ser controvertidas mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas, siendo extemporáneo el recurso sobre este tópico en esta etapa procesal, todo lo anterior, al tenor de lo dispuesto en el art 366 del CGP.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

DEMANDADO: SEGURIDAD GOLAT LTDA.

RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00271 00

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la decisión proferida el 02 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. presentó demanda ejecutiva contra la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA con el objeto de que se condene a la demandada al pago de aportes pensionales obligatorias dejadas de pagar por la sociedad demandada en su calidad de empleador por los periodos comprendidos entre diciembre de 2009 a diciembre de 2017 y los que se llegaren a causar con posterioridad, junto con el reconocimiento de intereses moratorios y costas del proceso.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: manifestó que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. es una sociedad legalmente

constituida que tiene por objeto la administración de fondos de pensiones y cesantías y entre sus obligaciones el cobro de los aportes pensionales e intereses moratorios a los empleadores incumplidos.

Afirma que los trabajadores relacionados en el título ejecutivo se encuentran afiliados en pensión en esa AFP con el empleador SEGURIDAD GOLAT LTDA sociedad que se encuentra en mora en el pago de dichos aportes pensionales y, por ello, la demandante mediante escrito de fecha 06 de febrero de 2018 adelantó las acciones de cobro requiriendo al representante legal de la demandada con el fin de que le cancelara la suma de catorce millones setecientos cincuenta y seis mil cuatrocientos sesenta y tres (\$14.756.463) por concepto de los aportes pensionales causados entre diciembre de 2009 a diciembre de 2017, ello en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5 del Decreto 2633 de 1994; requerimiento que fue recibido por el ejecutado el 09 de febrero de 2018 como consta en la certificación de entrega de la empresa INTERRAPIDISIMO.

Asevera que luego de los requerimientos a la demandada y en aras de obtener la deuda real, realizó una depuración de la misma que dio como resultado una deuda de cinco millones novecientos mil seiscientos noventa y dos pesos (\$5.900.692), por concepto de cotizaciones obligatorias pensionales dejadas de pagar en los periodos de diciembre de 2009 a diciembre de 2017, suma que a pesar de los requerimientos la sociedad demandada no ha cancelado.

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante providencia de fecha 26 de junio de 2018, libró mandamiento de pago a favor de la ejecutante y en contra de SEGURIDAD GOLAT LTDA por la suma de catorce millones setecientos cincuenta y seis mil cuatrocientos sesenta y tres (\$14.756.463) por concepto de aportes dejados de pagar y por los intereses moratorios que se causen a partir de la exigibilidad de cada uno de los aportes que hacen parte del título ejecutivo.

Admitida la demanda, y notificado el auto ejecutivo **SEGURIDAD GOLAT LTDA** presentó las excepciones que denominó: excepción de depuración realizada, prescripción, requisito del título valor, compensación, pago parcial y la genérica.

Como fundamento de dichos medios exceptivos, manifestó que su representada depuró el listado de empleados enviada por PORVENIR teniendo en cuenta que varios de los empleados allí registrados ya habían terminado su relación laboral con SEGURIDAD GOLAT LTDA a través de

documento que envió a PORVENIR a fin de poner en conocimiento de la ejecutante esa situación sin que a la fecha allá obtenido respuesta alguna de la AFP.

Manifiesta también que en el caso en estudio son susceptibles de cobrarse únicamente los aportes pensionales causados dentro de los 3 años anteriores al vencimiento del término del requerimiento que la AFP hizo a SEGURIDAD GOLAT LTDA.

Adujo además que el título ejecutivo aportado con la demanda no coincide con el que recibió SEGURIDAD GOLAT LTDA razón por la que a su entender carece de exigibilidad.

Finaliza su defensa manifestando que PORVENIR a la fecha posee unos dineros por saldo a favor de la empresa ejecutada.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 02 de marzo de 2021, declaró parcialmente probada la excepción de depuración de la obligación y no probados los demás medios exceptivos propuestos por el apoderado de SEGURIDAD GOLAT LTDA; condenó en costas a la ejecutada y ordenó seguir adelante la ejecución por la suma de nueve millones quinientos sesenta y seis mil trescientos diecisiete pesos (\$9.566.317) y los intereses moratorios que por dicho valor se causen.

Para llegar a tal conclusión, el Juez de Primera Instancia hizo referencia a que el 17 de febrero del 2021 PORVENIR allegó una actualización de la liquidación de aportes adeudados por la accionada en la que se habría tomado en cuenta la documental que fue allegada por el apoderado de la ejecutada indicándose que luego de la depuración realizada por el empleador y la acreditación de un saldo de un título depósito judicial en otro proceso por el valor de \$5,854,374 se habría hecho una imputación en la forma allí consignada y se adjuntó una nueva liquidación con corte del 17 de febrero del 2021, la que en conclusión arrojó un total de capital obligatorio adeudado de \$9.566.317; unos intereses causados a la fecha de \$21.362.100; para un gran total de \$30.928.417 valor que en este contexto asevera se encuentra insoluto, por ello declaró parcialmente probada la excepción de depuración.

Respecto a la excepción de prescripción, la declaró no probada, consideró que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son un mecanismo por virtud del cual se estructura el eventual reconocimiento de una pensión de vejez a los afiliados y por ende son imprescriptibles al igual que el derecho a la pensión; como referencia tomó en cuenta lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de febrero del 2004 radicación 21378.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión el apoderado de la parte demandada dentro de la oportunidad procesal correspondiente interpuso recurso de apelación argumentado que es improcedente e injusto el cobro de aportes pensionales de trabajadores desde el año 2008, cuando ya han transcurrido 13 años.

Arguye que el carácter de imprescriptibilidad es para los trabajadores y no para los fondos de pensiones, pues, considera que en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1161 de 1994 los fondos de pensiones en calidad de administradores de los fondos de pensiones tienen el deber de perseguir a los empleadores incumplidos en el pago de aportes; por esa omisión que endilga al fondo privado solicita se declare la prescripción como sanción a la AFP por su negligencia al omitir el inicio de la acción de cobro como lo ordena la ley específicamente el decreto 1161 de 1994.

Respecto a la declaratoria parcial de la excepción de depuración, manifestó su desacuerdo e indicó que en caso de que prospere la excepción de prescripción, no se debe dar aplicación a la depuración que hizo PORVENIR y en su lugar debe ordenarse la devolución del dinero que alega resulta a favor de su representada, según la depuración realizada por la demandada a la que afirma PORVENIR no dio respuesta.

Y en lo que tiene ver con la no declaratoria de las excepciones requisito del título valor que en el título valor objeto del presente proceso, INTERRAPIDÍSIMO nunca certificó el envío dentro de los tres meses siguientes a la causación de dichos aportes, afirma que el documento aportado por PORVENIR en la demanda no es el mismo documento enviado a la ejecutada y reitera que por el cobro de aportes del 2008 y 2009 debió haber sido remitido en esos mismos años o a más tardar en el año 2012.

Respecto a las costas impuestas por el juez de primer grado, manifiesta que al declarar parcialmente probada la excepción de prescripción no sería

procedente la imposición de agencias en derecho, porque en su opinión no hay un desgaste para que sea tan gravosa la condena.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos sometidos a consideración de la sala son:

- Determinar si es procedente aplicar la excepción de prescripción respecto del cobro de aportes pensionales no realizado por la demandada.
- En caso de resultar probada la excepción de prescripción deberá determinarse si es procedente aplicar la depuración realizada por PORVENIR y si es procedente decretar un saldo a favor de la demandada.
- Determinar si le asiste razón al apoderado de la parte ejecutada en lo que tiene que ver con que el título ejecutivo objeto de reclamación no guarda correspondencia con el remitido a SEGURIDAD GOLAT LTDA.
- Determinar si es procedente la imposición de costas.

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 8-29 liquidación de aportes pensionales adeudados.
- A folios 24-29 requerimiento de pago remitido a la demandada fechado 06 de febrero de 2018 con su respectiva certificación de entrega.
- A folios 30-32 certificado de existencia y representación legal de SEGURIDAD GOLAT LTDA.
- A folios 103-165 obra copia de las peticiones remitidas por SEGURIDAD GOLAT LTDA donde informa la depuración realizada junto con las planillas de pago de aportes a favor de sus trabajadores.
- Archivos 2, 4 y 8 liquidaciones del crédito presentadas por PORVENIR S.A.

Caso Concreto

En el proceso que se estudia se encuentra que la demandada mediante comunicación fechada 06 de febrero de 2018 (fl.26), requirió a la sociedad SEGURIDAD GOLAT LTDA, al encontrar incumplimiento en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

La ley 100 de 1993 desarrolla lo referente a las cotizaciones al sistema general de pensiones, y para el presente asunto nos interesa el artículo 24 que dispone:

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

El Decreto 1295 de 1994 estableció la obligatoriedad de los empleadores de afiliar a sus trabajadores al Sistema de riesgos profesionales y a las entidades que administran dicho régimen les confirió la facultad de adelantar las acciones de cobro por la mora en el pago de las primas o cotizaciones o por el incumplimiento de las obligaciones.

A su vez el artículo 5 del Decreto 2633 de 1994, que regula el cobro ante la jurisdicción ordinaria por la no consignación oportuna de los aportes pensionales dispone:

“ARTICULO 5o. DEL COBRO POR VIA ORDINARIA. En desarrollo del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, las demás entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida del sector privado y del régimen de ahorro individual con solidaridad adelantarán su correspondiente acción de cobro ante la jurisdicción ordinaria, informando a la Superintendencia Bancaria con la periodicidad que ésta disponga, con carácter general, sobre los empleadores morosos en la consignación oportuna de los aportes, así como la estimulación de sus cuantías e interés moratorio, con sujeción a lo previsto en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones concordantes. Vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.”

Ahora la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 18 de febrero de 2004, radicación 21378, reiterada en fallo del 6 de mayo de 2010, radicación 35083 respecto a la imprescriptibilidad de los aportes pensionales doctrinó:

“Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso”.

Entonces bajo este contexto la sala advierte que los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones son el presupuesto material necesario e imprescindible para la conformación y posterior reconocimiento del derecho pensional de los que fueran trabajadores de la hoy accionada SEGURIDAD GOLAT LTDA, derecho que es imprescriptible, es por ello que es exigible por su titular en cualquier tiempo una vez cumpla las condiciones legales para el efecto; entonces el solo hecho de que esos aportes sean los principales cimientos para la conformación del derecho pensional siempre que se hubieren efectuado los aportes al sistema, legitima a las entidades administradoras para hacer exigible también, en cualquier tiempo, el pago de las cotizaciones con las cuales se financia esa prestación económica, de lo cual es forzoso colegir que su pago no se encuentran sujeto a término alguno de prescripción.

Posición que efectivamente se acompasa con el criterio expuesto en la sentencia citada en precedencia. Conforme a lo expuesto en este caso no puede tenerse como término de prescripción el establecido en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social artículo 151, para el cobro de los aportes para pensión sin entrar a considerar la naturaleza de esa obligación, constituida por sumas que por ley están destinadas al reconocimiento de prestaciones de carácter vitalicio, y de donde deviene su imprescriptibilidad, además que su pago constituye un requisito para acceder a la pensión y su ausencia puede generar consecuencias negativas para el trabajador beneficiario, en razón a que tal omisión incide de manera directa sobre el derecho a la seguridad social de los mismos.

Adicionalmente, de manera expresa no existe disposición legal en materia de seguridad social que disponga expresamente un término que extinga o expire la posibilidad de accionar judicialmente contra el empleador que no cancele oportunamente las cotizaciones.

Por ello, se itera que el cobro de los aportes garantiza la viabilidad y sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y al aplicarle a

este tipo de cobro de aportes el fenómeno de la prescripción se haría nugatorio un derecho que por su naturaleza y finalidad es imprescriptible.

Por lo dicho y frente a este punto la decisión del a quo será confirmada.

Ahora atendiendo a los motivos de inconformidad del apoderado de la ejecutada respecto a la depuración realizada por PORVENIR S.A. y presentada al juzgado en memorial de fecha 17 de febrero de 2021, el cual fue puesto en conocimiento del apoderado de la demandada, como consta en la copia del correo electrónico remitido y aportado en el archivo 2 del expediente digital, esta sala procedió a verificar la depuración presentada por el apoderado de SEGURIDAD GOLAT LTDA (fls. 127-191), la liquidación presentada por PORVENIR SA y tenida en cuenta por el Juez de conocimiento y las documentales aportadas con la demanda como título ejecutivo encontrando lo que a continuación se relaciona:

NUMERO	TRABAJADOR	CONCLUSIÓN DEPURACIÓN	VALOR DEUDA POR APORTES
1	RAFAEL ENRIQUE GARRIDO MENDOZA	Persiste deuda por aportes de Julio de 2012 a mayo de 2013	\$ 924.466,00
2	JORGE EDUARDO CORTES CASTILLO	Pago no acreditado	\$ 112.000,00
3	MARCOS AURELIO RESTREPO RESTREPO	En los periodos objeto de reclamación el trabajador no se encuentra afiliado en PORVENIR	\$ -
4	JULIO CESAR GAVIRIA GOMEZ	Persiste deuda por aportes de Julio de 2012 a septiembre de 2012	\$ 272.160,00
5	RICARDO OCAÑO	persiste deuda por aporte de mayo de 2013	\$ 3.144,00
6	NORBEEY REINOSO SANCHEZ	Persiste deuda por aportes de noviembre de 2012-febrero de 2013	\$ 370.083,00
7	OSCAR FREDY PAVA MARTINEZ	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
8	NELSON HENRY PERILLA BELTRAN	persiste deuda por aporte de julio de 2012	\$ 90.720,00

9	MARCO ANTONIO VIVAS CASTILLO	persiste deuda por aportes de abril y mayo de 2012	\$ 224.961,00
10	CARMELO HERNAN SANCHEZ DORIA	persiste deuda por aporte de mayo de 2012	\$ 90.673,00
11	WILFRETH RODRIGUEZ VANEGAS	persiste deuda por aporte de noviembre y diciembre de 2012	\$ 228.160,00
12	MICHAEL ALEXIS RENGIFO LUCUMI	persiste deuda por aporte de junio de 2013	\$ 53.448,00
13	JOAQUIN PABLO DIAZ BERRIO	persiste deuda por aporte de octubre de 2017	\$ 118.034,00
14	JORGE ENRIQUE SILVA ROZO	persiste deuda por aporte de mayo de 2013	\$ 3.144,00
15	VICTOR JULIO BOHORQUEZ LOPEZ	En los periodos objeto de reclamación el trabajador no se encuentra afiliado en PORVENIR	\$ -
16	LUIS ALBERTO ROMERO HERNANDEZ	persiste deuda por aporte de enero de 2014	\$ 98.560,00
17	EDGAR MAURICIO MONTOYA FANDIÑO	persiste deuda por aporte de enero de 2014	\$ 174.400,00
18	CARLOS JULIO GARCIA SANCHEZ	persiste deuda por aporte de enero de 2014	\$ 113.600,00
19	JOSE LEONCIO RODRIGUEZ HERRERA	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
20	EDWARD ALFONSO OJITO GUERRA	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
21	FREYNED HERNANDEZ OLARTE	persiste deuda por aporte de enero de 2014	\$ 126.240,00
22	NOEL DAVID MAHECHA HURTADO	persiste deuda por aporte de enero de 2015	\$ 115.200,00
23	CARLOS HUMBERTO MARIN ROJAS	Persiste deuda por aportes de mayo de 2012 a abril de 2013	\$ 921.147,00

Proceso ejecutivo 11001 31 05 038 2018 00271 01 de LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. contra SEGURIDAD GOLAT LTDA.

24	JUAN JOSE MONTENEGRO BERMUDEZ	persiste deuda por aporte de octubre de 2017	\$ 118.034,00
25	JUAN CARLOS ZAPATA COBO	Persiste deuda por aportes de agosto de 2012 a mayo de 2013	\$ 790.028,00
26	VICTOR ALFONSO CULMA CASTRO	Persiste deuda por aportes de noviembre de 2012 a marzo de 2013	\$ 373.226,00
27	SANDRA MILENA VARGAS MURCIA	Persiste deuda por aportes de mayo de 2012 a diciembre de 2012	\$ 635.040,00
28	JUAN DAVID TORRES GARZON	Persiste deuda por aportes de diciembre de 2011 a febrero de 2012	\$ 85.760,00
29	EDISON ALBERTO LONDOÑO	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
30	VICTOR ALFONSO CASTILLO ZAPATA	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
31	YAIR ALFREDO HERRERA PATERNINA	En los periodos objeto de reclamación el trabajador no se encuentra afiliado en PORVENIR	\$ -
32	NORALDO BERMUDEZ TOVAR	persiste deuda por aporte de diciembre de 2017	\$ 118.034,00
33	ROBINSON CARDOZO CAPERA	persiste deuda por aporte de abril de 2013	\$ 94.321,00
34	JOSE ORLANDO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ	PORVENIR no reporta deuda	\$ -
35	WILMER HUMBERTO MURCIA ALARCON	persiste deuda por aporte de abril y mayo de 2013	\$ 188.642,00
36	CARLOS ALONSO CAMPUZANO DAZA	persiste deuda por aporte de mayo de 2012 a abril de 2013	\$ 1.012.324,00
37	YESICA MARCELA BARRERA MUÑOZ	persiste deuda por aporte de enero de 2014	\$ 98.560,00

38	FRANCISCO JAVIER HERNANDEZ MARTIN	persiste deuda por aporte de junio de 2012	\$ 90.720,00
39	JOSE WILMER ZAPATA URRESTI	persiste deuda por aporte de julio de 2016	\$ 110.400,00
40	CRISTIAN CAMILO GARCIA ARIZA	persiste deuda por aportes de junio a septiembre de 2012	\$ 427.526,00
41	JOHN ALBERT MOLINA MONTERO	persiste deuda por aportes de noviembre de 2012 a agosto de 2013	\$ 844.831,00
	TOTAL APORTES ADEUDADOS		\$ 9.027.586,00

Información que puede cotejarse con la liquidación en formato Excel que realizó esta instancia, identificada como archivo No. 10 y que hará parte integral de esta decisión; bajo este panorama se confirmará el numeral primero de la decisión de primera instancia, pero se modificará el numeral cuarto a fin de seguir adelante la ejecución por la suma de nueve millones veintisiete mil quinientos ochenta y seis pesos (\$9.027.586 y los intereses moratorios que sobre dicho valor se causen y que se determinaran en el procedimiento de liquidación del crédito que deba surtirse.

Por otro lado y en lo que tiene ver con la inconformidad del apelante respecto a la no declaratoria de la excepción que denominó “requisito del título valor”, que fundamentó en que INTERRAPIDÍSIMO nunca certificó el envío dentro de los tres meses siguientes a la causación de dichos aportes y que el documento aportado por PORVENIR en la demanda no es el mismo documento enviado a la ejecutada, se tiene que al verificar el expediente y el escrito de excepciones presentado por el apoderado de la ejecutada no se advierte la existencia del presunto documento que recibió SEGURIDAD GOLAT y que acusa de ser distinto al aportado en la demanda, ahora al realizarse la depuración se encuentra que los aportes objeto de condena hacen parte integral del título ejecutivo objeto de cobro el cual además cumple con los requisitos establecidos en el art 24 de la Ley 100 de 1993 y los art 1 y 5 del Decreto 2633 de 1994 como bien lo determinó el Juez de Primer Grado.

Finalmente y en lo que concierne a las costas impuestas por el juez de primer grado, sobre el argumento expuesto es prudente advertir que SEGURIDAD GOLAT LTDA es la parte vencida en juicio por cuanto atendiendo lo dispuesto en el art 365 del CGP es procedente la imposición

de costas y también es válido indicar que en los términos del artículo 366 del CGP, la oposición al valor de las agencias en derecho debe realizarse mediante recurso de reposición y apelación contra el auto que las liquida, por lo que dicha controversia deberá plantearse en el momento procesal oportuno.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 02 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, indicando que se seguirá adelante la ejecución por la suma de nueve millones veintisiete mil quinientos ochenta y seis pesos (\$9.027.586) y los intereses moratorios que sobre dicho valor se causen y que se determinaran en el procedimiento de liquidación del crédito que deba surtir.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURRELLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado SALVO VO TO


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ELSA OLGA LANDUCCI HERRÁN

DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR

RADICADO: 11001 31 05 005 2018 00124 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* nulo y por tanto sin validez alguna el traslado realizado por la demandante el 13 de junio de 2000 al régimen de ahorro individual, en consecuencia, se declare que la demandante continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se ordene a Porvenir a remitir a Colpensiones el saldo de la cuenta individual de la accionante incluidos los rendimientos, bonos pensionales, frutos, intereses, bonos pensionales.

Se declare que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 28 de julio de 2009 en los términos del art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, junto con el pago de intereses moratorios, gastos del proceso, costas y agencias en derecho.

En subsidio, solicita se declare la ineficacia del traslado efectuado.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones, manifestando que el contrato de afiliación no adolece de vicio alguno que dé lugar a su nulidad, puesto que no se ha configurado vicio alguno, ya que como la misma demandante manifiesta, de manera libre y voluntaria efectuó el traslado.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida, no configuración al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (fl. 90-100)

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones, manifestando que la afiliación de la parte demandante era un acto válido, en la medida en que se suscribió solicitud de vinculación como traslado de régimen el 13 de junio de 2000 de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión tal y como consta en la firma impuesta en el formulario.

Formuló como excepciones: previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y de mérito las de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a Porvenir, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica y compensación. (fl. 114-130).

PORVENIR formuló **demanda de reconvención** en contra de la demandante, solicitando se condene a la actora a reintegrarle las sumas de dinero que hubiere recibido por concepto de mesadas pensionales desde el mes de octubre de 2016 y hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y que las anteriores sumas se reintegren debidamente indexadas. (fl. 168-169)

La **DEMANDANTE** se opuso a las pretensiones de la demandada de reconvención, argumentando que la actora siempre había actuado de buena fe al recibir las sumas de dinero pagadas por Porvenir, que era deber del Fondo orientar a los usuarios en lo que fuera más benéfico para ellos y que la mesada asignada por Porvenir era inferior a la recibida en Colpensiones.

Como excepciones de mérito propuso las de buena fe, cobro de lo no debido y omisión del deber legal de informar (fl. 171-173).

Mediante auto del 24 de julio de 2019, el Juzgado ordenó integrar el contradictorio por pasiva a la **NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, entidad que contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma con el argumento que no resulta legalmente válido que ahora la demandante después de transcurridos aproximadamente tres años desde el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Porvenir, financiada con los recursos de un bono pensional que fue emitido y redimido y disfrutando de la misma durante el mismo lapso, pretenda desconocer abiertamente su condición de pensionada del RAIS, alegando “supuestos” engaños en el proceso de afiliación, mismos que quedaron saneados desde el momento en que solicitó el reconocimiento pensional y autorizó por escrito a Porvenir para solicitar ante la OBP del Ministerio de Hacienda la emisión y redención de su bono pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2020, resolvió negar la solicitud de nulidad de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, condenó a Porvenir a reliquidar la pensión reconocida a la demandante en la suma de \$5.420.148 a partir del 25 de octubre de 2016 junto con los reajustes legales anuales, mesada trece anual y de forma vitalicia. Porvenir S.A. no podrá disminuir el monto de la mesada pensional argumentando la disminución del capital necesario para mantener el pago de la pensión. La pensión estará sujeta a ser reconocida a los eventuales beneficiarios de acuerdo con el art. 47 de la Ley 100 de 1993, sin que tampoco pueda reducir por ningún motivo su monto y sin que pueda esgrimir Porvenir el no contar con el capital suficiente. Absolvió a Porvenir de las demás pretensiones incoadas en su contra, absolvió a Colpensiones y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas de la demanda principal a Porvenir y en favor de la demandante, Colpensiones y el Ministerio y condenó en costas de la demanda de reconvención a Porvenir en favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

PORVENIR: los dos regímenes pensionales son diferentes y cada uno presenta características específicas. El traslado realizado tiene plena validez. La demandante aceptó su permanencia en Porvenir porque incluso seleccionó una modalidad de pensión la cual ha venido recibiendo. El juez no podía condenar a una pretensión que no fue solicitada en la demanda.

ALEGACIONES

El apoderado de Porvenir presentó alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto en el que la demandante se encuentra pensionada por el Régimen de Ahorro Individual, el traslado al régimen de ahorro individual es válido y en consecuencia hay lugar a revocar la decisión de condenar a la demandada a reliquidar la pensión teniendo en cuenta los parámetros del régimen de ahorro individual por exceder las facultades ultra y extra petita.

Elementos de prueba relevantes:

- Cédula de ciudadanía de la demandante que acredita que nació el 29 de julio de 1954.
- Reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- Historia laboral de la actora en Porvenir.
- Formulario de afiliación en Porvenir.
- Certificación de Porvenir en donde informa que a la demandante se le reconoció pensión de vejez a partir del 25 de octubre de 2016 bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$4.188.853.
- Comunicación de Porvenir a la demandante de aprobación de pensión de vejez y condiciones de la misma.
- Certificación laboral de la demandante.
- Liquidación promedio para obtener el IBL pensional.
- Comprobante de pago de pensión de vejez.
- Reporte de liquidación de bono pensional N° 45.

- Resolución N° 15752 de septiembre de 2016 a través de la cual la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda emitió bono pensional a la demandante.
- Reclamación de prestaciones económicas hecha por la demandante a Porvenir el 31 de agosto de 2016.
- Contrato de retiro programado para el pago de mesadas pensionales de fecha 31 de agosto de 2016.
- Certificación de reconocimiento pensional.
- Relación de pagos pensionales efectuados a la demandante.
- Interrogatorio de parte a la demandante y representante de Porvenir.
- Testimonios de Elisa Castaño Restrepo y Carolina Salazar.

Caso Concreto

En este asunto el apoderado de Porvenir indica que el traslado de régimen efectuado por la demandante resulta totalmente válido, tan es así que la demandante confirmó la decisión de pertenecer a ese régimen pensional aceptando la pensión bajo una modalidad determinada, y la decisión de reliquidación de la pensión excede las facultades extra y ultra petita por lo que no hay lugar a reliquidar la pensión aplicando los parámetros del régimen de transición.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 45 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 876.43 semanas cotizadas al sistema, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se puede concluir que el traslado de la gestora al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que la AFP Porvenir rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

También se observa se observa que Porvenir reconoció a la señora Elsa Olga Landucci pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado mediante comunicación de 28 de octubre de 2016 y con una mesada pensional inicial por valor de \$4.760.053 (fl.31-33, 153-154), la cual ha sido incrementada anualmente como se constata con los comprobantes de pago y la historia pensional de la actora.

El juez de primera instancia negó la nulidad del traslado al tener en cuenta la calidad de pensionada de la actora, pero en ejercicio de las facultades extra y ultra petita consideró que había lugar a que PORVENIR reliquidara la pensión aplicando las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

En ese orden de ideas, respecto de la decisión del juez de negar la nulidad o ineficacia del traslado, se tiene que ya la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475, al estudiar un caso similar a este, esto es, cuando quien peticiona la nulidad o ineficacia del traslado tiene la calidad de pensionado y no de afiliado, concluyó que la calidad de pensionado era una situación jurídica que ya se encontraba consolidada y que revertir la misma, podría afectar derechos e intereses de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; en esa oportunidad indicó:

“...si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto...”

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones...”

Por lo anterior, resulta pertinente confirmar la decisión del juez a quo en cuanto negó la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante del régimen de ahorro individual al de prima media con prestación definida, máxime que tampoco se podría emitir una decisión diferente porque

PORVENIR es el único apelante y no se puede hacer más gravosa su situación.

Ahora en relación con el punto de apelación respecto de la decisión emitida por el juez en virtud de las facultades ultra y extra petita, se tiene que PORVENIR señala que el juez concedió una pretensión que no se estaba solicitando cual fue la reliquidación de la pensión de la demandante por parte de Porvenir, por lo que se debe tener en cuenta lo señalado por nuestro Máximo Órgano de Cierre en lo que hace referencia a la congruencia de la sentencia, ya que como lo ha explicado, las decisiones deben ser tomadas en consonancia con los hechos y las pretensiones expuestos en libelo demandatorio.

Para ello pertinente resulta traer a colación lo dispuesto en la sentencia SL3850 de 2020, radicado 70515 en donde rememoró lo señalado en sentencia SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo de la de Seguridad Social que radican en cabeza de los jueces de única y primera instancia, en donde explicó que:

"[...] Así, la facultad extra petita -por fuera de lo pedido- requiere rigurosamente que los hechos que originan la decisión (i) hayan sido discutidos en el proceso, y (ii) que estén debidamente acreditados, a fin de no quebrantar frontalmente los derechos constitucionales al debido proceso con violación de los derechos de defensa y contradicción de la llamada a juicio.

Y por su parte, la ultra petita -más allá de lo solicitado- exige que la súplica impetrada en el escrito inicial, (i) sea inferior a la estatuida en la norma laboral, y que (ii) que no emerja del juicio que el mayor valor hubiese sido cancelado al trabajador acreedor.

Dichas facultades radican en cabeza de los jueces laborales de única y de primera instancia, el juez de segundo grado, en principio, no puede hacer uso de ellas, salvo cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados, conforme lo dispuesto en la sentencia C-968-2003 y tal y como lo ha señalado esta Sala en forma reiterada desde la providencia SL5863-2014. (Aparte tachado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-662-98 del 12 de noviembre de 1998)."

“En ese orden y en armonía a lo considerado por esta Corporación en fallo CSJ SL, 21 may. 2010, radicado 33866, el determinar la falta de congruencia de una providencia va estrechamente ligado al análisis de parámetros que surgen con ocasión de la confrontación entre la sentencia, las pretensiones, los hechos planteados en el escrito primigenio y las excepciones formuladas por la pasiva...”

De lo anterior se tiene que, aunque el juez de primera instancia se encuentra plenamente autorizado para dar aplicación a las facultades ultra y extra petita, pues además así fue solicitado en la pretensión 11 condenatoria, debía tener en cuenta que los hechos hubieran sido discutidos en el proceso, y que estuvieran debidamente acreditados.

En este asunto no observa la Sala que en los hechos, pretensiones o en las excepciones formuladas por las demandadas, se hubieren debatido hechos relacionados con la reliquidación de la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual con sustento en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, aunque no se desconoce que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, esta pretensión estaba dirigida a COLPENSIONES y no a PORVENIR, y como resultado de que las cosas regresaran al estado anterior por la nulidad o ineficacia del traslado.

Por lo anterior, se encuentra que las pretensiones de la demandante al igual que en el caso estudiado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021 Radicación 84475 estaban dirigidas a la nulidad y subsidiariamente a la ineficacia del traslado con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media y no para la reparación de perjuicios.

En ese orden de ideas, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia sobre la reliquidación de la pensión a cargo de PORVENIR aplicando para tal efecto las normas del régimen de prima media.

COSTAS de primera instancia a cargo de la demandante y en favor de las demandadas. **SIN COSTAS** en la presente instancia.

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

RESUELVE

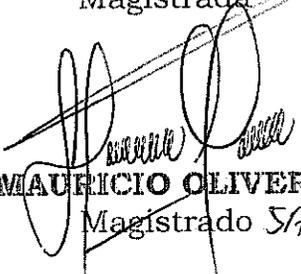
PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO** y **CUARTO** de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2020 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia, las de primera instancia a cargo de la parte actora.

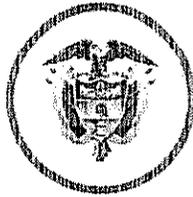
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado *SALVO VOTO*


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ALFREDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: AREAS LIBRES LTDA y otros.

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2016 01167 00

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiunos (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el CURADOR AD-LITEM de los demandados ESPERANZA CASTRELLON LOZANO, CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN y GISELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON respecto de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que el contrato de trabajo que vinculó a las partes desde el 27 de octubre de 2014 hasta el 10 de julio de 2015 se dio por terminado por decisión del trabajador por causas imputables a su empleador y si, en consecuencia, es procedente condenar a la empresa demandada y solidariamente a ESPERANZA CASTRELLON LOZANO, CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN y GISELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON, al reintegro del trabajador a un cargo de igual o superior jerarquía, al pago de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos causadas y no pagadas, al pago de salarios dejados de percibir desde la fecha del retiro hasta que se hiciera efectivo el reintegro, al pago de aportes al sistema integral de seguridad social, auxilio de transporte, reajuste salarial con inclusión de todos los factores devengados

por el demandante, indemnización por perjuicios morales y materiales causados al señor demandante, indexación, intereses corrientes y moratorios, derechos ultra y extra petita y costas del proceso.

De no salir avantes dichas pretensiones, solicitó se condene de manera subsidiaria a los demandados al pago de indemnización por despido sin justa causa, sanción por la no consignación de cesantías, al pago de intereses moratorios, sanción moratoria de que trata el art 65 del CST y de la SS, indemnización plena de perjuicios, entrega de dotaciones y pago de salarios insolutos causados desde el 27 de octubre de 2014 al 12 de Julio de 2015.

Como sustento de sus pretensiones, señaló que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo desde el 27 de octubre de 2014 hasta el 12 de julio de 2015, en virtud del cual el trabajador se obligaba a prestar sus servicios de forma personal y subordinada a favor de la empresa demandada, cumpliendo un horario de trabajo y las instrucciones del empleador.

Manifiesta que la demandada no le reconoció al demandante los salarios causados del 27 al 31 de octubre de 2014, aduciendo que dicho periodo era de inducción y por tal razón no era posible reconocer salario; asevera que a principios de 2015 la demandada empezó a incumplir el pago de los salarios y derechos laborales del actor y por tal razón el trabajador demandante se vio obligado a presentar carta de renuncia el 12 de Julio de 2015.

Mediante auto de 10 de diciembre de 2019, respecto de **AREAS LIBRES LTDA** se tuvo por no contestada la demanda porque no se subsanó, y la reforma de la demanda.

Luego de realizarse en debida forma el trámite de notificación de los demandados ESPERANZA CASTRELLON LOZANO, CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE y GISSELA MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON, la Juez de primer grado, mediante auto de fecha 10 de agosto de 2018, ordenó su emplazamiento y les designó curador ad-litem, esto conforme lo dispuesto en el art 29 del CPT y de la SS.

El curador ad-litem contestó la demanda dentro del término legal oponiéndose a las pretensiones de la demanda argumentando que entre sus representados y el señor demandante nunca existió una relación laboral.

Propuso como medios exceptivos los que denominó FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA, COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION, PRESCRIPCION, COMPENSACION, BUENA FE y PAGO.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 09 de febrero de 2021, profirió sentencia y condenó a la sociedad AREAS LIBRES LTDA por los siguientes conceptos:

- “1. Por concepto de salario, la suma de \$114.667*
- 2. Por concepto de cesantías, la suma de \$507.427*
- 3. Por concepto de los intereses de cesantías, la suma de \$60.981*
- 4. Por concepto de prima de servicios la suma de \$507.427*
- 5. Por concepto de Vacaciones, la suma de \$229.997, valor que deberá cancelarse indexado a la fecha de su pago efectivo, con base en el IPC certificado por el DANE, a fin de conservar el poder adquisitivo de la moneda.*
- 6. Por concepto de sanción moratoria la suma de \$21.478 diarios a partir del 13 de julio de 2015 hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, por lo que a la fecha de hoy asciende a la suma de \$41.731.754, que corresponde a 1943 días de retardo.*
- 7. Por concepto de indemnización por la no consignación de las cesantías la suma de \$3.371.200.*

Y por los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones para los periodos de octubre 2014 por 3 días, abril 2015 por 30 días y julio 2015 por 12 días, con un índice de base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente ante el fondo de pensiones en que se encuentra afiliado el demandante.”

Además, declaró como responsables solidarios a ESPERANZA CASTRELLON LOZANO, CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN y GISSELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON de los emolumentos laborales reconocidos en la presente sentencia hasta el límite de sus aportes de la siguiente manera:

- ESPERANZA CASTRELLON LOZANO hasta la suma de \$222.940.000,00.
- CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN hasta la suma de \$89.460.000,00.
- GISSELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON hasta la suma de \$ 42.600.000,00.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra esta decisión, el curador ad-litem de ESPERANZA CASTRELLON LOZANO, CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN y GISSELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON presentó recurso de apelación argumentando que en su opinión no es procedente la condena impuesta por responsabilidad solidaria a sus representados, en la medida en que las sociedades limitadas, según lo dispuesto en el artículo 353 del Código de Comercio sólo responden hasta el límite de sus aportes, los cuales asegura ya fueron dados por los socios a la compañía, para conformar un capital social que es con el que la empresa debe pagar las acreencias laborales adeudadas al demandante.

ALEGACIONES

El apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si es procedente revocar la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena proferida por responsabilidad solidaria de la señora ESPERANZA CASTRELLON LOZANO y los señores CARLOS ALBERTO MONTEALEGRE FARFAN y GISSELLE MILENA MONTEALEGRE CASTRELLON, respecto de las condenas impuestas y liquidadas en la sentencia de primer grado, dada su calidad de socios de la empresa AREAS LIBRES LTDA.

CONSIDERACIONES

Pruebas Relevantes

- Certificado de Existencia y Representación legal de AREAS LIBRES LTDA, folios 9-10 y 24-26.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico planteado, se tiene que en este asunto no hubo discusión respecto a que entre las partes existió un contrato a término indefinido que tuvo vigencia desde el 27 de octubre de 2014 hasta el 12 de julio de 2015, que fue terminado por renuncia del trabajador; además se observa que no hubo inconformidad respecto a las condenas impuestas en primera instancia y el objeto de la apelación presentada por el curador ad litem, único recurrente, se centró en la condena por responsabilidad solidaria a cargo de los socios de AREAS LIBRES LTDA, por lo que el

conocimiento del tribunal se centrará en estudiar ese aspecto de conformidad con el artículo 66 A del CPTySS.

Sobre el particular y como bien lo señaló el curador ad litem se tiene que el artículo 353 del Código de Comercio, dispuso como regla general que, en relación con las sociedades de responsabilidad limitada, la responsabilidad de los socios está limitada al monto de sus aportes, a menos que, tal como lo permite la mencionada norma, se pacte para todos o algunos de los socios una mayor responsabilidad, prestaciones accesorias o garantías suplementarias, en cuyo caso se deberá expresar su naturaleza, cuantía, duración y modalidades.

En materia Laboral, existe norma propia en lo que corresponde a las obligaciones de naturaleza laboral, contenida en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone:

"ARTÍCULO 36. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, y los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión".

Con base en lo dispuesto en tal norma, el legislador estableció la responsabilidad solidaria a cargo de los socios con ocasión de las obligaciones adquiridas por una sociedad de personas como en este caso lo son las sociedades por responsabilidad limitada.

Es procedente aclararle al recurrente que, a la luz de lo expuesto, este tipo de responsabilidad sólo procede cuando el capital social de la empresa no sea suficiente para satisfacer la obligación radicada en cabeza de la compañía limitada.

En este orden de ideas, en el evento en el que el capital social de AREAS LIBRES LTDA sea insuficiente para el pago de las acreencias adeudadas al señor demandante, los socios deberán hacerse cargo de dichas obligaciones, pero solo hasta el límite de responsabilidad de cada socio; límite que obviamente se define teniendo en cuenta el monto de participación de cada uno de los socios en la constitución de la sociedad, como efectivamente se señaló en la sentencia de primera instancia.

Es válido advertir que el objeto de la institución jurídica de la solidaridad, no es otro que proteger al trabajador de la pérdida de sus acreencias

laborales, lo mismo que facilitar su cobro judicial, siendo evidente que en caso de que la sociedad presentara iliquidez, en principio resultaría más práctico demandar a un deudor solvente, dentro de los límites de responsabilidad previstos en ese precepto, que a varios que no tienen capacidad económica para responder por el crédito reclamado o respecto de los cuales se desconoce el patrimonio.

De tal manera que al aplicar el artículo 36 del CST se encuentra que en el presente caso se cumplen los presupuestos de la norma, esto es, la empresa es una sociedad de personas, existe una obligación surgida del contrato de trabajo y se acredita que los demandados en solidaridad son socios de la sociedad, aunado a que la condena se emitió dentro de los límites señalados en dicha norma, por lo que procede confirmar la sentencia de primera instancia en ese aspecto.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39°) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURIELLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MAURICIO ARIAS ARANGO

DEMANDADO: S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS

RADICADO: 11001 31 05 005 2019 00502 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la existencia de un contrato individual de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada entre S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS Y MAURICIO ARIAS ARANGO, desde el 3 de julio de 2018 hasta el 2 de enero de 2019 y que se configuró un despido sin justa causa; en consecuencia, se condena a la indemnización por despido sin justa causa, a cancelar dos días de salario correspondiente al mes de enero de 2019, auxilio de cesantías del 3 de julio de 2018 al 2 de enero de 2019, aportes a seguridad social de los meses de julio, octubre y diciembre de 2018, dos días de enero de 2019, sobre 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, indemnización moratoria por no pago de salarios y aportes a seguridad social y se condene al pago de intereses de mora a la tasa máxima legal autorizada por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

El contrato con el BID tiene un reglamento operativo en el cual se obliga a FINDETER a constituir una Unidad Coordinadora del Programa (UPC), la cual debe contar con coordinador especial de dedicación exclusiva y tiempo completo, labor para la cual fue contratado el actor a través de los contratos N° 067 de 2013, 48 de 2014, 119 de 2015, 132 de 2016 y 0020 de 2017.

El 26 de febrero de 2018, se celebró contrato de suministro N° 011 de 2018 entre FINDETER y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS, cuyo objeto fue el suministro de trabajadores en misión para el nivel profesional, técnico, asistencia o auxiliar que se requiera en la sede principal o en las Unidades Regionales, zonales y oficinas satelitales de FINDETER.

El 29 de junio de 2018, se firmó acta de terminación anticipada del contrato de prestación de servicios 0020 de 2017; el 3 de julio de 2018 el actor celebró contrato de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada N° 01-002-2018-08557 con la empresa S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS para desempeñar el cargo de gerente y como empresa usuaria FINDETER. Una vez allí, el actor fue asignado para que continuara ejerciendo las labores de coordinador especial las cuales venía ejerciendo desde el año 2013 y el salario mensual devengado era la suma de \$20.662.742.

FINDETER el 20 de noviembre de 2018 ordenó la apertura de la convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018, cuyo objeto era el mismo de contratar a una empresa de servicios temporales que suministrara trabajadores en misión; el 5 de diciembre de 2018, FINDETER realizó la verificación de ofertas dentro de las que se encontraba la de S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS a quien se seleccionó el 24 de diciembre de 2018, firmándose contrato el 28 de diciembre de 2018.

En diciembre de 2018, no le fue cancelado al actor la prima de servicios, le fueron realizados aportes a seguridad social integral sobre 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes en los meses de agosto, septiembre y noviembre de 2018. Para los meses de julio, octubre y diciembre de 2018 la accionada no realizó los aportes a seguridad social integral sobre 25 salarios mínimos.

El demandante fue despedido sin justa causa el 2 de enero de 2019 y como motivo le manifestaron que el contrato comercial 011 de 2018 suscrito con FINDETER había finalizado. Una vez finalizada la relación laboral al actor no le fueron cancelados los dos días de salario del mes de enero de 2019; tampoco le fue cancelada la liquidación de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, en la que se incluyeran las cesantías causadas a 31

de diciembre de 2018 y 2 de enero de 2019, junto con el valor de la prima de servicios. Al actor tampoco le fueron realizados los aportes a seguridad social correspondiente a dos días laborados en enero de 2019.

S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra bajo el argumento que el contrato con el demandante se había terminado dado que él había sido contratado por la duración del contrato comercial 011 de 2018 y que al finalizar el contrato comercial entre FINDETER y la accionada se había terminado la obra para la cual había sido contratado. Aunado a ello, indicó que el actor había devengado un salario integral y que prueba de ellos eran los comprobantes de nómina expedidos.

Propuso las siguientes excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, aprovechamiento del error ajeno, la duración de contratos de trabajo de trabajadores en misión, pago total de obligaciones laborales, buena fe en el desarrollo de los contratos, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a pagar al demandante los siguientes conceptos:

1. \$1.377.516 por concepto de salarios insolutos.
2. \$10.331.371 por concepto de cesantías.
3. \$1.232.876 por concepto de intereses sobre las cesantías.
4. \$10.331.371 por concepto de prima de servicios.
5. \$688.758 diarios desde el 3 de enero de 2019 y por los primeros 24 meses. A partir del mes 25 los intereses moratorios de que trata el art. 65 del CST sobre un capital de \$23.273.134. Esto por concepto de sanción moratoria del art. 65 del CST.
6. \$123.976.456 por concepto de indemnización por despido injusto. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de enero de 2019 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe su pago.

Aunado a ello, condenó a la demandada a reliquidar y realizar los aportes a favor del actor a satisfacción de Colpensiones por los ciclos de julio, octubre y diciembre de 2018, y enero de 2019 sobre un ingreso base de cotización de \$19.531.050. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a cargo de S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. incluyendo en la liquidación de costas la suma de \$10.000.000.

RECURSO DE APELACION

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

DEMANDADA: **i)** El extremo final del contrato de obra o labor determinada data del 31 de diciembre de 2018, por ello no procede la condena por indemnización por despido injusto **ii)** el demandante devengó salario integral por ello no hay lugar a la reliquidación de prestaciones **iii)** la empresa siempre actuó de buena fe, siempre se pensó que se estaban haciendo correctamente los aportes.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

1. Determinar si procede la condena por concepto de indemnización por despido sin justa causa. **2.** Analizar si el demandante devengó salario integral o no. **3.** Establecer si hay lugar a confirmar la condena por concepto de indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

- Contrato individual de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada entre el demandante y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS el 3 de julio de 2018.
- Correo electrónico de fecha 2 de enero de 2019 remite carta de "TERMINACIÓN DE CONTRATO LABORAL S&A".
- Carta de terminación del contrato de trabajo de fecha 31 de diciembre de 2018.
- Certificación de fecha 16 de mayo de 2019 de dedicación exclusiva al programa de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- Certificación laboral del actor de fecha 7 de enero de 2019.
- Contrato de préstamo N° 3104/OC-CO entre la República de Colombia y el Banco Interamericano de Desarrollo.
- Anexo único programa de apoyo al desarrollo sostenible del Dpto. de Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- Contrato N° 9677-SAPII013-281-2015 celebrado entre el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres FIDUPREVISORA S.A. y la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER.
- Otrosí N° 2 contrato N° 9677-SAPII013-281-2015 celebrado entre el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo y FINDETER.

- Respuesta del BID de fecha 30 de enero de 2018 a la solicitud de ampliación de plazo para desembolsos.
- Reglamento Operativo Programa de Apoyo al desarrollo sostenible del Dpto. de Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.
- Reporte de semanas cotizadas por el actor actualizada a 24 de junio de 2019.
- Contrato de suministro 0011 de 2018 celebrado entre la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS.
- Acta de inicio de actividades del contrato 0011 del 26 de febrero de 2018.
- Acta por medio de la cual se ordena la apertura de la convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018.
- Convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018.
- Acta de selección convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018.
- Aclaración acta de selección convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018.
- Contrato de suministro N° 0035 de 2018 celebrado entre FINDETER y ASESORIAS SAS.
- Acta de inicio de actividades del contrato 0035 del 28 de diciembre de 2018.
- Derecho de petición presentado el 17 de julio de 2019 por el demandante a FINDETER.
- Otrosí al contrato de trabajo celebrado entre SERVICIOS Y ASESORÍAS y el señor Rubén Darío Obando Neira el 1 de marzo de 2018.
- Respuesta de FINDETER de fecha 25 de julio de 2019 al derecho de petición presentado por el demandante.
- Correo electrónico de fecha 25 de junio de 2018.
- Autorización para ingreso de candidatos.
- Desprendibles de pago de nómina.
- Planilla de certificado de aportes en línea.
- Documento en donde se describen las condiciones contractuales entre las partes.
- Solicitud del actor de licencia no remunerada.
- Formato de autorización para ingreso de candidatos.
- Interrogatorio del demandante.

Caso concreto:

Extremo final e indemnización por despido injusto

En el presente asunto se tiene que no existió discusión que entre las partes se celebró un contrato individual de trabajo por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada con fecha de inicio 3 de julio de 2018 para ejercer el cargo de “GERENTE” y prestar sus servicios a la empresa usuaria Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER, así fue aceptado por la demandada en la contestación y además, reposa el contrato que así lo demuestra.

Indica el mismo demandante en el hecho 1.9 de la demanda que en la empresa usuaria FINDETER fue asignado al Programa de Apoyo al Desarrollo Sostenible del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El reparo presentado por la apoderada de S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS se centra en que el contrato con el actor se terminó el 31 de diciembre de 2018 debido a la finalización de la vigencia del contrato N° 011 de 2018 suscrito entre la accionada y FINDETER, que por ese motivo no había lugar a la indemnización por despido sin justa causa.

La tesis esgrimida por el Juzgador de primera instancia es que al celebrarse entre la demandada y FINDETER el contrato No. 035 de 2018 no se podía terminar el contrato de trabajo por obra y labor y en consecuencia había lugar a condenar a la indemnización por terminación del contrato hasta el 3 de julio de 2019 dada la limitación señalada en la Ley 50 de 1990 respecto de los contratos con empresas de servicios temporales.

Pues bien, para resolver lo anterior se tiene que en el contrato de trabajo suscrito por el demandante y la demandada se indicó respecto a su duración lo siguiente: *“El requerido para la realización de la obra o labor particular contratada; o hasta cuando el empleador así lo determine por justa causa; o hasta por el término del contrato comercial suscrito entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales.”*

Por su parte, la cláusula segunda del mismo documento señala:

“DURACION DEL CONTRATO: *El presente contrato tendrá vigencia por el tiempo requerido para la realización de la obra o labor estipulada conforme a las necesidades de la empresa usuaria, todo de acuerdo a lo previsto en el art. 45 C.S.T. Subrogado por el art. 3 de la ley 50 de 1990 y en concordancia con el art. 77 de la ley 50 de 1990. En todo caso la duración del contrato será el requerido para la prestación del servicio o contratado por la empresa usuaria donde el COLABORADOR EN MISION ejecutará la labor. En consecuencia este contrato terminará, por causa legal en el momento en que la empresa usuaria*

comunique a S&A SERVICIOS Y ASESORIAS S.A.S. la finalización de la obra o labor para la cual fue contratado el COLABORADOR EN MISIÓN, sin previo aviso, indemnización o autorización alguna en los términos del art. 5 literal d) de la ley 50 de 1990.”

En el contrato de suministro N° 0011 de 2018 suscrito el 26 de febrero de 2018 y celebrado entre la Financiera de Desarrollo Territorial S.A. FINDETER y S&A Servicios y Asesorías S.A.S. en el que Asesorías fungía como contratista se constata lo siguiente y relevante para el presente proceso:

“...2.- Que la presente contratación está amparada por el Certificado de Disponibilidad Presupuestal N° CDP18-01282 del 30 de enero de 2018 por valor de \$27.950.476.995 expedido por la Dirección de Contabilidad y Presupuesto de FINDETER...”

3.- Que la Junta Directiva en su sesión del 28 de noviembre de 2017, según consta en el acta N° 330, impartió su aprobación para realizar la contratación de servicios temporales para la vigencia del año 2018, por lo cual la Dirección de Gestión Humana y Administrativa justificó la necesidad de realizar el proceso de convocatoria abierta...”

6.- Que por lo anterior, FINDETER ha suscrito contratos y convenios interadministrativos de asistencia técnica, que demandan contar con personal profesional, técnico, operativo, asistencia y/o auxiliar para desarrollar dichas labores...”

7.- Que los siguientes programas requieren suministro de trabajadores en misión que apoyen las actividades derivadas de la asistencia técnica y apoyo administrativo a la Financiera para el cumplimiento de su objeto social en los diferentes programas tales como:6) San Andrés: Unidad Nacional de Gestión de Riesgo...”

10.-Que mediante acta de apertura del 1 de febrero de 2018, el representante legal de FINDETER ordenó la apertura del proceso C-FDT-02-2018 cuyo objeto es “CONTRATAR UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES QUE SUMINISTRE TRABAJADORES EN MISION PARA EL NIVEL PROFESIONAL, TÉCNICO, OPERATIVO, ASISTENCIAL O AUXILIAR QUE REQUIERA EN LA SEDE PRINCIPAL O EN LAS UNIDADES REGIONALES, ZONALES Y OFICINAS SATÉLITES DE FINDETER”...”

Reposa Acta de inicio de actividades del contrato 011 de 2018 de fecha 1° de marzo de 2018 y en la misma se indica *“El plazo de la aceptación del contrato será de un (1) año o hasta el agotamiento de los recursos y será contados a partir de la presente acta de inicio, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato N° 0011 de 2018.”*

Milita correo electrónico de fecha 2 de enero de 2019 de

irios@serviasesorias.com.co dirigido a MAURIARIAS90@gmail.com y el asunto es “TERMINACION DE CONTRATO LABORAL S&A”, en el mismo se observa que se remitió la carta de terminación del contrato de obra de fecha 31 de diciembre de 2018, mediante la cual la Directora Jurídica de la empresa demandada le indica al actor lo siguiente:

“En atención a que la labor para la que fue contratado (a) por S&A Servicios y Asesorías SAS, para la empresa usuaria FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. muy comedidamente me permito informarle que su contrato laboral termina a la última hora hábil del día 31 de diciembre de diciembre de 2018. Lo anterior corresponde a la finalización del contrato comercial 0011 de 2018 suscrito entre S&A Servicios y Asesorías SAS y la empresa usuaria FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A. ...”

Se encuentra en el expediente digital certificación laboral expedida el 16 de mayo de 2019 por la representante legal de la accionada, mediante la cual se certifica que el actor laboró para esa Compañía mediante contrato individual de trabajo por obra o labor determinada, para prestar sus servicios como trabajador en misión en la empresa cliente FINANCIERA DE DESARROLLO TERRITORIAL S.A FINDETER desempeñando el cargo de gerente y como extremos laborales 3 de julio de 2018 a 31 de diciembre de 2018; más adelante agrega que el señor Mauricio Arias tiene como responsabilidad en el programa para San Andrés, Providencia y Santa Catalina ser COORDINADOR ESPECIAL PROGRAMA crédito BID3104/OC-CO y que estas responsabilidades son de tiempo completo.

Aunado a lo anterior, obra acto de fecha 20 de noviembre de 2018 por medio de la cual se ordena la apertura de la convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018 mediante la cual FINDETER indica: *“Que la Junta Directiva de FINDETER en su sesión del 30 de octubre de 2018, como consta en el Acta N° 242, aprobó el presupuesto para la contratación de servicios temporales para la vigencia del año 2019...”* y, en consecuencia, dicha entidad ordena: *“PRIMERO: Ordenar la apertura de la Convocatoria Abierta N° C-FDT-09-2018, cuyo objeto es: CONTRATAR UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES QUE SUMINISTRE TRABAJADORES EN MISION PARA EL NIVEL PROFESIONAL, TÉCNICO, OPERATIVO, ASISTENCIAL O AUXILIAR QUE REQUIERA EN LA SEDE PRINCIPAL O EN LAS UNIDADES REGIONALES, ZONALES Y OFICINAS SATÉLITES DE FINDETER*

Se realizó la convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018 de fecha 5 de diciembre de 2018 la que se participó como uno de los proponentes la empresa demandada en este proceso S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS y obra Acta de selección de fecha 24 de diciembre de 2018 de la anterior convocatoria, en

donde se resolvió seleccionar al proponente S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.

Milita Aclaración de fecha 28 de diciembre de 2018 de encabezado y considerando número nueve de la anterior acta quedando así:

“PRIMERO: El encabezado del Acta de Selección de la Convocatoria Abierta C-FDT-09-2018, se lee en el Acta original así:

“Por medio de la cual se realiza la selección del proponente en la Convocatoria Abierta N° C-FDT-09-2018, que tiene por objeto...

SEGUNDO: El considerando #9 del Acta de Selección de la Convocatoria Abierta C-FDT-09-2018, se lee en el Acta original así:

“9.- Que una vez analizada la evaluación efectuada por el Grupo Evaluador el día 17 de diciembre de 2018 y por el Comité de Contratación, la Representante Legal acoge la recomendación del grupo evaluador y en consecuencia decide....”

Se celebra Contrato de suministro N° 0035 del 28 de diciembre de 2018 celebrado entre FINDETER y la demandada cuyo objeto es: *“SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN MISION PARA EL NIVEL PROFESIONAL, TÉCNICO, OPERATIVO, ASISTENCIAL O AUXILIAR QUE REQUIERA EN LA SEDE PRINCIPAL O EN LAS UNIDADES REGIONALES, ZONALES Y OFICINAS SATÉLITES DE FINDETER...”*

En lo relacionado con la duración establece: *“El plazo del presente contrato será de un (1) año o hasta el agotamiento de los recursos y será contado a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio de actividades y previa la aprobación de las garantías por parte de la Dirección de Contratación y del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización...”*

Se encuentra Acta de inicio de actividades del contrato 035 de 2018 suscrita el 2 de enero de 2019 y en la misma se indica *“El plazo del contrato será de 1 año o hasta el agotamiento de los recursos y será contado a partir de la presente acta de inicio, previo el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del contrato N° 035 de 2018.”*

Pues bien, de lo anterior lo que observa la Sala es que el señor Mauricio Arias Arango fue contratado por una empresa de servicios temporales, tal y como consta en el objeto social del certificado de existencia y representación de la demandada, a fin de desempeñar el cargo de gerente y coordinador especial del programa para San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Para desarrollar dicho Programa FINDETER celebró el contrato de suministro 011 de 2018 con Servicios y Asesorías con el fin de que esta última le suministrara el personal en misión requerido y como quedó claramente expuesto en dicho contrato, su duración sería i) de un (1) año, o ii) hasta el agotamiento de los recursos.

Ahora bien, conforme se desprende del contrato de suministro No. 011 de 2018 suscrito el 26 de febrero de 2018, la contratación de servicios temporales era para la vigencia del año 2018, lo cual es concordante con el Acta de Apertura de la Convocatoria abierta N° C-FDT-09-2018, en la que se señala que se aprobó el presupuesto para la contratación de servicios temporales para la vigencia del año 2019; de tal manera que el contrato 011 de 2018 celebrado por la demandada y FINDETER tenía una vigencia específica esto es, el año 2018, encontrándose entonces que si se dio una causa legal de terminación del contrato de obra cual fue *“el término del contrato comercial suscrito entre la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales”*.

Consideró el juez de primera instancia que la labor para la que fue contratado el actor continuó vigente en el tiempo porque la demandada y FINDETER celebraron el contrato de suministro 0035 de 2018, sin embargo, es de recordar que el objeto de los contratos 011 y 035 que se refieren al suministro de trabajadores en misión no implica que necesariamente la obra o labor por la que fue contratado el demandante haya continuado.

De la lectura de los dos contratos antes mencionados no se deduce la continuación de la obra para la que fue contratado el demandante, recuérdese que el cargo para el que se contrató fue el de gerente del proyecto o programa de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, el cual se encontraba incluido de manera expresa en el contrato 011 de 2018, lo que se puede corroborar en dicho documento, en el numeral 6°, en el listado de los programas que requerían suministro de personal, mientras que en el contrato 0035 de 2018, no se encuentra incluido tal programa o proyecto de manera expresa, aunado al hecho de que la demandada no aceptó tampoco que el contrato para el desarrollo del Programa de San Andrés hubiera continuado.

De tal manera que si bien entre la demandada y FINDETER existió dos contratos de manera sucesiva para el suministro de personal en misión, esto no implica per se que los trabajadores en misión a suministrar deban ser las mismas personas contratadas con anterioridad en la medida en que es la empresa usuaria la que determina el trabajador que requiere en misión porque solo pueden ser contratados en los casos autorizados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, esto es, para las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo;

cuando se requiera reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad y maternidad; y para atender incrementos en la producción, ..., y en este caso en particular por un término de seis meses prorrogables hasta por seis meses más.

En el presente caso no se puede desconocer que la naturaleza de la empresa demandada es de servicios temporales, es decir, que tiene a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en este caso FINDETER y que es esta última la dueña de la obra o labor que se va a llevar a cabo, por lo tanto esta es la que dispone si la misma continúa o si por el contrario, termina; y en el presente caso, se observa que el contrato 011 de 2018 tenía como vigencia el año 2018, por ello, los contratos de los trabajadores en misión relacionados con dicho contrato tenían vigencia hasta esa fecha, salvo que la empresa usuaria hubiere decidido extender la labor específica de ese trabajador, que no se demuestra en el presente caso que ello hubiere ocurrido.

También, debe recordarse que la contratación de personal en misión de las empresas de servicios temporales debe sujetarse a las previsiones dispuestas en el art. 77 de la Ley 50 de 1990 que no exceda el término dispuesto en su numeral tercero, por ello como la misma demandada lo señaló en la contestación de la demanda, el actor fue contratado por el término que no excediera de seis meses (3 de julio de 2018 a 31 diciembre de 2018) tal y como lo prevé la norma antes citada y en este punto pertinente resulta señalar que en caso que se aceptara que la obra continuó con el contrato 035 de 2018, aunque no se acredita tal circunstancia, lo cierto es que la empresa de servicios temporales además no podía contratar al demandante superando el término previsto en el numeral 3° del art. 77 de la Ley 50 de 1990 porque de ser así incurriría en una prohibición legal.

Aunado a que en los contratos de los trabajadores en misión de conformidad con la Ley 50 de 1990 celebrados por las empresas de servicios temporales se encuentran sujetos a las necesidades de las empresas usuarias y para cumplir las tareas que se requieran, y aunque la empresa usuaria ejerce la potestad de subordinación, esto no la hace el empleador porque la facultad se ejerce por delegación, de tal manera que el surgir un nuevo contrato entre la empresa de servicio temporal y la empresa usuaria no implica que las necesidades de personal en misión sean iguales a las de un contrato anterior.

Así las cosas, en este asunto queda acreditado que el contrato de obra del demandante finalizó el 31 de diciembre de 2018 cuando terminó el contrato comercial 011 de 2018 suscrito entre la demandada y FINDETER porque no se acredita que en específico la labor que desempeñaba el demandante hubiere

continuado ni siquiera hasta el 2 de enero de 2019, ni tampoco que hubiere prestado el servicio personal hasta ese día, y, por lo tanto no hay lugar a condenar al pago de indemnización por despido sin justa causa.

Tampoco procede el pago de salarios y prestaciones por los días 1 y 2 de enero de 2019 y, en consecuencia, tampoco hay lugar a la reliquidación contenida en los numerales 1, 2, 3, del numeral primero de la sentencia de primera instancia y que se relacionan con el pago de salarios, cesantías e intereses a las cesantías por los días 1 y 2 de enero de 2019.

Salario

Con relación al salario, indica la recurrente que el señor Mauricio Arias durante el transcurso de la relación laboral devengó un salario integral, que así se desprende de los comprobantes de nómina que mes a mes se expedían en su favor; por su parte, la parte actora manifiesta que en el contrato tal situación no quedó dispuesta y que nunca tuvo conocimiento que su salario fuera de esa naturaleza.

Para resolver se tiene que en el contrato de obra celebrado se indicó que el salario mensual era de “\$20.662.742 JORNADA LABORAL: TIEMPO COMPLETO (PAGO PROPORCIONAL AL TIEMPO LABORADO)

Reposa Reporte de semanas cotizadas por el demandante actualizado a 24 de junio de 2019, en donde se observa un ingreso base de cotización por el periodo de julio a diciembre de 2018 así:

- Julio \$13.499.658
- Agosto y septiembre \$19.531.050
- Octubre \$14.463.919
- Noviembre \$19.531.050
- Diciembre \$14.463.919

Obra correo electrónico de FINDETER de fecha 25 de junio de 2018 dirigido a S&A en donde se indica: “Favor proceder con la siguiente contratación. MAURICIO ARIAS DEBE FIRMAR CONTRATO EL DÍA DE MAÑANA 25/06/2018 POR FAVOR LLAMAR Y AGENDAR...” y más adelante se da la descripción de identificación del demandante y se indica “SALARIO INTEGRAL \$20.562.742.”

Aunado a ello, se encuentra documento denominado “AUTORIZACIÓN PARA INGRESO DE CANDIDATOS” que tiene el logo de SERVICIOS Y ASESORÍAS SAS de fecha 26 de junio de 2018, en el que se observa el nombre del demandante y en la casilla de salario se indica “integral”.

También reposan desprendibles de pago de julio a diciembre de 2018 en el que se observa en la descripción de salario, "SALARIO INTEGRAL".

Finalmente, obra Certificación laboral de fecha 21 de febrero de 2020 en donde la Gerencia de Talento Humano de la accionada certifica que el actor durante la vigencia del contrato devengó salario integral.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2804 de 2020 Radicación 72466 rectificó el criterio que venía siendo expuesto respecto que no era necesaria la formalidad escrita para la validez del acuerdo de salario integral, ya que consideraba que era suficiente que se hubiere plasmado en cualquier escrito que no dejara duda de que esa había sido la voluntad de los contratantes y que además, el pacto de salario integral podía desprenderse de la conducta asumida por las mismas partes durante la ejecución del contrato de trabajo; para en su lugar señalar que:

"La Corte considera necesario rectificar este criterio. Lo anterior en la medida que, al ser la forma escrita consustancial al acto, no puede suplirse a través del silencio o comportamiento del trabajador. Es indispensable que la forma preordenada por el legislador se cumpla, de lo contrario, el acto es inexistente. Por consiguiente, no podría el silencio del trabajador o su comportamiento, sustituir o desplazar, poco a poco, la formalidad escrita determinada por la ley...

Lo anterior no significa que el pacto de salario integral deba estar incorporado en el clausulado del contrato de trabajo. Bien puede suscribirse como un anexo al mismo o mediante documento separado o, incluso, mediante un cruce de comunicaciones que refleje la intención del trabajador de convenir un salario integral, con todas sus consecuencias. Sin embargo, ello en modo alguno releva de la obligación de cumplir la formalidad escrita para sustituirla por conductas inductivas del trabajador..."

Bajo ese horizonte, encuentra la Sala que en este asunto no quedó estipulado en el contrato de trabajo, en algún anexo al mismo o en documento diferente el pacto del salario integral que permita colegir que entre las partes fue convenido ese tipo de salario, si bien reposan los desprendibles de nómina, una autorización de ingreso en donde se describe como salario del actor "salario integral", lo cierto es que los mismos son documentos expedidos unilateralmente por el empleador que no constituyen convenio, acuerdo o pacto en donde conste la voluntad del trabajador de asumir esa modalidad salarial.

Incluso, al interrogarse al demandante respecto de si existía algún acuerdo o si sabía algo respecto que devengaba un salario integral, fue enfático en señalar que no se había pactado de esa manera en el contrato y que no tuvo conocimiento respecto que devengara tal salario; y si bien contaba con la clave para acceder al portal de la empresa accionada en donde podía consultar sus desprendibles de pago, lo cierto es que no puede aceptarse que tal situación supla la formalidad requerida para estos eventos en donde debió constar por escrito el convenio de salario integral pactado entre las partes y siendo ello así se tiene entonces que el demandante devengó el salario ordinario y era de esa manera como debían liquidarse las prestaciones a que tenía derecho.

Debido a que los aportes a seguridad social no fueron cotizados en debida forma, pues se cotizó en algunos periodos de la relación laboral sobre el porcentaje establecido en el art. 18 de la Ley 100 de 1993 modificado por el art. 5° de la Ley 797 de 2003, como lo señaló el juez de primera instancia deben reliquidarse los correspondientes a los meses de julio, octubre y diciembre de 2018 únicamente, ya no los de enero de 2019 pues como quedó establecido, el vínculo que ató a las partes feneció el 31 de diciembre de 2018, por ello en ese sentido se modificará el numeral 7° del ordinal primero de la sentencia apelada.

Indemnización moratoria

Último aspecto apelado por la parte demandada, sustentado en el hecho que no actuó de mala fe, que siempre realizó los aportes con la convicción que se estaba aportando correctamente y sobre un salario integral.

Respecto de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es de anotar que esta se causa por el no pago de salarios y prestaciones sociales en forma oportuna a la terminación de la relación laboral y, según criterio jurisprudencial, la indemnización prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de aplicación automática y por ende obliga a valorar en cada caso concreto la conducta del empleador renuente, a fin de determinar la viabilidad de la sanción, esto es, las indemnizaciones moratorias gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y por tanto, su imposición no opera de forma automática pues está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos, relativos a la buena o mala fe que gobernaron la conducta del empleador.

De vieja data ha señalado la misma Corporación, *“que la <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del*

empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.” Sentencia 35414 de 2009.

En este asunto se tiene que a la finalización del contrato de trabajo no se observa una conducta renuente por parte del empleador de pagar los salarios y prestaciones debidos al actor Mauricio Arias, pues canceló de forma oportuna los mismos a que tenía derecho el demandante y aunque si bien es cierto no desconoce la Sala que la prima de servicios a la terminación del contrato no le fue pagada (así quedó establecido por el juez a quo y no fue objeto de apelación por la demandada), lo cierto es que dicha conducta del empleador no puede gravitar por sí sola en el campo de la mala fe.

Los aportes a seguridad social en pensiones si fueron realizados, si bien no se cotizó en la forma debida, lo cierto es que dicho pago no dejó de hacerse; y de los documentos como los desprendibles de pago, correos electrónicos mencionados, certificaciones laborales y demás documentos que se señalaron al exponerse lo relacionado con el salario, lo que se puede observar es que el comportamiento de la accionada estuvo dirigido por el convencimiento que los pagos efectuados se habían hecho conforme a derecho.

Aunado a ello, de las pruebas aportadas se corrobora que los salarios, cesantías e intereses a las cesantías fueron cancelados en debida forma al señor Arias Arango como lo confesó en el interrogatorio de parte, por lo que en este asunto particular existen motivos suficientes para exonerar a la convocada a juicio del pago de la mencionada indemnización y por ello se revocará los literales 5° del numeral primero de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada por este concepto.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los literales 1, 2, 3, 5 y 6 del numeral PRIMERO de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de dichas condenas conforme a lo expuesto.

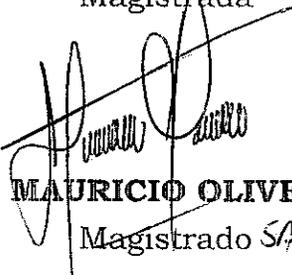
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 7° del ordinal **PRIMERO** de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la reliquidación de aportes pensionales a favor del demandante deberá hacerse únicamente por los meses de julio, octubre y diciembre de 2018.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado *SALVA M B N 10 VOTO PARCIAL*


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE IGNACIO STEINER SAMPEDRO

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00003 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que es beneficiario del régimen de transición, que Colpensiones debe realizar la reliquidación de la mesada pensional y, en consecuencia, se condene al pago de mesadas pensionales desde que el actor cumplió los 60 años de edad hasta el 1 de mayo de 2019, junto con el pago de intereses moratorios desde el 1 de mayo de 2017 hasta la cancelación efectiva de la obligación, se de aplicación a os principios ultra y extra petita y costas y agencias en derecho. (fl.50-51)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 25 de abril de 1957, comenzó su vida laboral en la empresa PROFICOL S.A. desde el 11 de abril de 1978 y cotizó a Colpensiones, para 25 de julio de 2005 acreditó 1414 semanas cotizadas, al cumplir 60 años de edad tenía 2006 semanas aportadas; el 2 de mayo de 2017 solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de vejez, entidad que mediante resolución SUB 90390 del 7

de junio de 2017 negó tal petición con el argumento que a 31 de diciembre de 2014 no acreditaba los requisitos para pensionarse, contra dicha decisión interpuso los recursos de ley los cuales le fueron negados.

Agregó que a través de resolución SUB 197347 del 26 de julio de 2019 Colpensiones reconoció pensión de vejez al actor a partir del 1 de mayo de 2019 en cuantía inicial de \$13.130.672; no obstante, el accionante interpuso los recursos de ley con el fin de que la prestación le fuera reconocida bajo los parámetros del régimen de transición, sin embargo, los recursos fueron resueltos desfavorablemente. (fl.49-50)

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que aunque el actor era beneficiario del régimen de transición no era posible reconocer la pensión bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, toda vez que la fecha máxima para cumplir el requisito de edad era el 31 de diciembre de 2014 y el actor la cumplió en el año 2017.

Presentó las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (f.71-75)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de febrero de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación con sustento en que es beneficiaria del régimen de transición, y, en consecuencia, tiene derecho a que la pensión le sea reconocida bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, en la medida en que tenía un derecho adquirido y debe aplicársele el principio de la condición más beneficiosa.

ALEGACIONES

Se **RECONOCE PERSONERÍA** para actuar en nombre y representación de Colpensiones, a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con c.c. 37.627.008 y T.P. N° 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los efectos conferidos en el poder.

Los apoderados de las partes presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante es beneficiario o no del régimen de transición y, en caso afirmativo, si hay lugar a reconocer y reliquidar la pensión teniendo como marco normativo el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Elementos de prueba

- A folio 5, reporte de semanas cotizadas en Colpensiones.
- A folios 8 a 10, resolución SUB 90390 del 7 de junio de 2017.
- A folios 11-17, resolución DIR 10321 de 10 de julio de 2017.
- A folio 19 a 27, resolución SUB 197347 del 26 de julio de 2019 mediante la cual se reconoce pensión de vejez al actor.
- A folio 28 a 35, resolución SUB 240665 del 4 de septiembre de 2019.
- A folio 37 a 47, resolución DPE 11291 del 15 de octubre de 2019.
- A folio 65 y 70, expediente administrativo.

Caso concreto

Respecto del régimen de transición que se invoca para el reconocimiento de la pensión de vejez, se tiene que se encuentra regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 a favor de aquellas personas que, a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraran afiliados en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto. Lo anterior, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley general de seguridad social.

Dicho régimen fue limitado por el legislador a través del Acto Legislativo 01 de 2005, reforma que dispuso entre otros aspectos: i) que se respetarían los derechos adquiridos, ii) que el derecho a la pensión se adquiere o se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, esto es, que sería necesario cumplir con la edad y el tiempo de servicio o las semanas de cotización, según sea el caso y iii) que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de

servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el año 2014.

Así entonces y de conformidad con las pruebas recaudadas y el reporte de semanas que obra a folio 5 junto con el cd contentivo del expediente administrativo (fl.65 y 71), se observa que el demandante inicialmente era beneficiario del régimen de transición, si bien, no por edad, porque al 1 de abril de 1994 contaba con la edad de 36 años, en tanto nació el 25 de abril de 1957, si contaba con más de 15 años de servicios cotizados como se observa en la historia laboral, y por eso le era aplicable el acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

De otro lado, se verifica que, a la vigencia de la reforma constitucional, esto es, al 29 de julio de 2005, el actor contaba con más de 750 semanas, por lo que también extendió el régimen de transición hasta diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, al revisar la historia laboral se determina que el señor Jorge Ignacio Steiner para esa calenda -2014- había cotizado un total de 2002.01 semanas, pero como nació el 25 de abril de 1957, la edad la cumplió por fuera del término previsto por el Acto Legislativo 1 de 2005, esto es, los sesenta años los cumplió el 25 de abril de 2017 y no en el año 2014.

Bajo ese horizonte, se concluye que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada, en la medida que si bien no se desconoce que el actor cotizó un número importante de semanas, también es cierto que la edad para acceder al reconocimiento pensional se cumplió en el año 2017, esto es, con posterioridad a la expiración del régimen de transición, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, lo que de suyo trae aparejado la improsperidad de la reliquidación deprecada en la demanda.

En este punto conviene traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia cuando en sentencia CSJ SL7040-2017 explicó

(...) Salta de bulto que el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 perdió su vigencia el 31 de julio de 2010. Esa fue la regla general constitucional, respecto de la cual en ningún yerro de aplicación o interpretación incurrió el Tribunal, dado que de ella nada distinto es posible concluir, pues su tenor literal no deja asomo de duda sobre su contenido.

Y la sub regla prevista como excepción a la disposición de fenecimiento del régimen de transición al 31 de julio de 2010, es una y solo una: que de la fatal fecha se exceptúan quienes al 25 de julio de 2005 --fecha de publicación

de la disposición en el diario oficial-- contaren con 750 semanas de cotización, pues a ellos se les extenderá el régimen de transición hasta el año 2014 --31 de diciembre, entiende la jurisprudencia--, de manera que si alguno de los requisitos les faltare por cumplir, ese será el plazo con el que contarán para obtener el derecho pensional. (...)

En conclusión, si bien el demandante extendió el régimen de transición hasta el año 2014 por contar al 29 de julio de 2005 con las 750 semanas de cotización previstas en el Acto Legislativo 01 de 2005, no logró consolidar su derecho prestacional como quiera que no cumplió la edad pensional para el caso, 60 años, sino hasta el 25 de abril de 2017, cuestión que por demás no fue discutida en este asunto.

En otro giro y en punto de los denominados derechos adquiridos y la condición más beneficiosa, argumentos de apelación de la parte actora, en cuanto a los primeros los mismos deben entenderse en propias palabras de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral como (...) *“aquellos que han entrado en el patrimonio de las personas y que no les pueden ser arrebatados o quebrantados por quien los creó o reconoció legítimamente.(...)”*

Así entonces, conviene precisar que los derechos adquiridos no se afectaron con la expedición del Acto Legislativo, porque para que estos se consoliden se requiere la causación de todos los requisitos señalados en la norma, que en el caso de la pensión de vejez son edad y tiempo y/o semanas de cotización y como se vio en el caso de autos, esa condición no se cumplió, en tanto el requisito de edad se configuró con posterioridad al 31 de diciembre de 2014.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que los requisitos de un régimen de transición se deben cumplir en vigencia de la norma que lo consagra, ejemplo de ello, la sentencia T-013 de 2011, de la Corte Constitucional en la que expuso *“la Corte también ha aclarado que para que se consolide el derecho en vía de adquisición, es necesario que las condiciones existentes para adquirirlo se cumplan antes de que opere el tránsito legislativo, lo que en términos más concretos quiere decir que los requisitos se deben consolidar antes de que entre en vigencia la nueva ley., (...)*

Y en relación con el principio de la condición más beneficiosa, es de anotar que este se aplica respecto de las prestaciones de invalidez y sobrevivientes porque no se consagró por la legislación el régimen de transición; situación que no ocurre con la pensión de vejez porque precisamente con el fin de proteger las expectativas de todos los afiliados, el legislador estableció el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuyo

alcance se reitera se extendió en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005 hasta el año 2010 y excepcionalmente hasta el año 2014, es decir, en este asunto se le dio un tiempo a los afiliados que no tenían una situación fáctica consolidada, para que pudieran cumplir los requisitos para pensionarse.

En ese contexto y dado que el derecho no se consolidó durante el periodo en que estuvo vigente el régimen de transición, se colige que si bien el demandante fue beneficiario del régimen de transición no hay lugar a aplicar a su favor el marco normativo contenido en el Acuerdo 049 de 1990 y, en consecuencia, tampoco hay lugar al reconocimiento y reliquidación de la pensión bajo esos lineamientos y hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SEGUNDO RICARDO BENAVIDES GALARZA

DEMANDADO: MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES Y CIA SAS Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 006 2016 00323 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de PORVENIR, SALUD TOTAL, MAPFRE COLOMBIA y MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES Y CIA SAS respecto de la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la existencia de la relación laboral entre él y la sociedad MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES SAS desde el 26 de marzo de 2009 hasta el 17 de mayo de 2013, se declare responsable solidariamente a Porvenir al pago de las incapacidades dejadas de canceladas al actor desde el 13 de diciembre de 2011 hasta el 11 de mayo de 2013 y en consecuencia de ello:

Se condene a Porvenir al pago de la indemnización equivalente a la que venía recibiendo por parte del EPS.

Se condene a MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES SAS al pago de vacaciones, cesantías y prima de servicios desde el año 2009 hasta el 17 de

mayo de 2013. Se ordene el reintegro del trabajador, se condene al pago de los salarios dejados de cancelar hasta la fecha del reintegro, al pago de incapacidades dejadas de cancelar, indemnización por despido sin justa causa, indemnización del art. 65 del C.S.T., indexación, lo ultra y extra petita, dotaciones durante toda la relación laboral y costas procesales y agencias en derecho. (fl.5 a 7 y 77)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que se vinculó a la empresa demandada mediante contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada desde el 26 de marzo de 2009 hasta el 17 de mayo de 2013, desempeñó el cargo de ayudante de obra en obra de construcción en la ciudad de Ibagué, devengó un salario inicial de \$496.900 pagaderos quincenalmente.

Sufrió un accidente laboral el 26 de mayo de 2009 encontrándose en el sitio de trabajo, luego de la valoración de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima determinó que la enfermedad del actor era degenerativa, de origen común y determinando una pérdida de capacidad laboral de 43.17%.

El 23 de mayo de 2011, envió a la empresa demandada solicitud de reintegro con el fin de ser reubicado con las recomendaciones médicas emitidas por SALUD TOTAL mediante oficios de fechas junio de 2011 y mayo de 2012. El actor superó los 180 días de incapacidad. El 18 de septiembre de 2012 la compañía accionada solicitó ante el Ministerio de la Protección Social permiso para despedir al trabajador, solicitud resuelta negativamente a través de resolución N° 2109 del 13 de diciembre de 2012, sin embargo, la empresa despidió al actor el 17 de mayo de 2013 aduciendo que había superado los 180 días de incapacidad y no era posible su recuperación.

El empleador no canceló la liquidación de prestaciones sociales, a partir del 17 de mayo de 2013 la accionada dejó de realizar los aportes a seguridad social; el 12 de abril de 2013, por medio de memorando N° 12 la accionada le comunicó al actor que haría un avance en efectivo por \$100.000 como auxilio al proceso de incapacidad y el 29 de junio de 2012 se realizó un avance por valor de \$567.000. (fl.3-5)

PORVENIR se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que las incapacidades reclamadas entre el 13 de diciembre de 2011 y el 11 de mayo de 2013 no cumplen con los requisitos establecidos en el art. 23 del Decreto 2463 de 2001 ni el art. 142 del Decreto 019 de 2012 al no existir autorización de pago por parte de Mapfre Vida Seguros S.A., entidad con la cual se suscribió el seguro previsional.

Presentó las excepciones previa de llamamiento en garantía de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de fondo que denominó ausencia de requisitos que generen el pago del subsidio de incapacidad - inexistencia de las obligaciones demandadas, hecho exclusivo de un tercero, buena fe de la AFP Porvenir S.A., prescripción, y la innominada o genérica. (fl.91-104)

MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES CIA SAS, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que pese a que el trabajador para el mes de noviembre de 2012 no presentó a la empresa incapacidades desde el 13 de diciembre de 2011 al 15 de noviembre de 2012 y teniendo en cuenta que el Fondo no le cancelaba el subsidio de incapacidad, para no dejarlo desprotegido la empresa le canceló el salario sin estar obligado a hacerlo. Que aunado a ello, la empresa intentó reubicarlo en la ciudad de Bogotá, sin embargo el demandante se negó con el argumento que tenían que darle subsidio de transporte diario para viajar todos los días de Bogotá a Girardot y viceversa.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, buena fe de los demandados, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (fl.207-217)

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., llamada en garantía por Porvenir, se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que no autorizó el pago de sumas adicionales toda vez que la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la Junta Nacional de Calificación no era el requerido de conformidad con la normativa vigente para realizar el reconocimiento de una pensión de invalidez y que la Aseguradora no se pronunció respecto al pago de una incapacidad de origen común con concepto de rehabilitación favorable, teniendo en cuenta que a la compañía nunca se allegó solicitud acompañada de los documentos necesarios para el efecto.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de obligación del pago de indemnizaciones a cargo de la compañía aseguradora, prescripción laboral, prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros y la genérica. (fl.350-358)

En audiencia del 26 de julio de 2018, el juzgado dispuso vincular a la **EPS SALUD TOTAL**, vinculación que se solicitó por **MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES CIA SAS** (fl.217 y 398), quien se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, con el argumento que las incapacidades

de los primeros 180 días habían sido canceladas de manera oportuna por lo que no entendía el motivo de la vinculación.

Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación por parte de Salud Total EPS-SS.A. de asumir incapacidades superiores a los 180 días, si la EPS accede al pago de incapacidades sin el lleno de los requisitos legales, estaría incurriendo en indebida destinación de recursos públicos y solicitud de orden de pago al FOSYGA (hoy ADRES) en favor de Salud Total EPS/ equilibrio financiero. (fl.421-426)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de febrero de 2021, condenó a la demandada MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES CIA SAS a reintegrar al demandante a un cargo compatible con su condición de salud junto con los salarios y prestaciones compatibles con el reintegro que no deriven de una efectiva prestación del servicio. Condenó a Salud Total a reconocer y pagar las incapacidades del 13 de diciembre de 2011 y el 11 de abril de 2012, 180 días y a Porvenir por las incapacidades del 12 de abril de 2012 al 29 de noviembre de 2012, 412 días, condena que en virtud del seguro previsional corresponde asumir a MAPFRE SEGUROS DE VIDA. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a cargo de las demandada y Salud Total.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES Y COMPAÑÍA LTDA i) no hay lugar al reintegro pues no despidió al trabajador a raíz de su enfermedad.

PORVENIR i) las condenas impuestas a ese Fondo deben ser asumidas por Mapfre Seguros de Vida incluidas las costas del proceso.

MAPFRE SEGUROS DE VIDA i) la Aseguradora no debe responder por ninguna condena **ii)** la póliza suscrita con Porvenir no cubre el amparo por incapacidades.

EPS SALUD TOTAL i) la EPS asumió las incapacidades que le correspondían por los primeros 180 días **ii)** las incapacidades superiores al día 540 no fueron objeto de demanda, por lo tanto la juez no debió haberse pronunciado al respecto **iii)** en caso que se confirme la condena en su

contra, debe ordenarse a la ADRES que en virtud al principio de equilibrio financiero, asuma el pago al que fue condenada la EPS

ALEGACIONES

Los apoderados de las demandadas, la Aseguradora y la EPS vinculada presentaron escrito de alegaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

i) Determinar si hay lugar al reintegro del demandante y que fue ordenado por la juez de primera instancia ii) Analizar si Porvenir debe ser condenada a asumir el pago de incapacidades del demandante iii) Estudiar si Mapfre Seguros de Vida debe responder por las condenas impuestas Porvenir a raíz de la póliza entre ellos suscrita iv) Establecer si la EPS debe ser absuelta por concepto de pago de incapacidades v) Determinar si la condena impuesta por la juez de primera instancia de incapacidades superiores a 540 días fue solicitada o no en la demanda y vi) Analizar si la ADRES debe responder por las condenas impuestas a Salud Total.

Medios de prueba relevantes

- A folio 20, Acta de Conciliación N° 10 del 14 de febrero de 2014 celebrada ante el Ministerio del Trabajo.
- A folio 23, solicitud para valoración del porcentaje de pérdida de capacidad laboral y origen ante BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.
- A folio 24, memorando N° 038 del 29 de junio de 2012.
- A folio 25, determinación de enfermedad del actor y origen de la misma por parte de ARP SURA el 13 de noviembre de 2009.
- A folio 26 a 28, listado de incapacidades del actor emitidas por la EPS Salud Total.
- A folio 29 a 38, incapacidades otorgadas al demandante.
- A folios 39 a 45, solicitudes elevadas por el demandante a la empresa demandada en marzo, abril de 2012, abril y mayo de 2013.
- A folios 47 a 51 resolución N° 00002109 del 13 de diciembre de 2012 expedida por el Ministerio del Trabajo en donde no autoriza el despido del demandante.
- A folio 52, solicitud del empleador para autorización de retiro del trabajador.
- A folios 54 a 56, dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

- A folio 57, recomendaciones hechas por la Nueva Clínica San Sebastián el 2 de abril de 2013 dirigidas a la empresa accionada.
- A folio 58, memorando N° 11 del 12 de abril de 2013.
- A folio 59, memorando N° 17 del 17 de mayo de 2013.
- A folios 61 a 63, contrato de trabajo por duración por la obra o labor contratada suscrito el 26 de marzo de 2009 entre el demandante y MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES.
- A folio 64, informe de accidente de trabajo del empleador o contratante
- A folio 65, carta enviada el 30 de abril de 2013 de Salud Toral a la empresa accionada.
- A folio 66, derecho de petición elevado el 1 de marzo de 2012 por el demandante al Fondo de Pensiones Horizonte.
- A folio 67, memorando N° 12 del 12 de abril de 2013.
- A folio 68 a 75 y 223 a 240, historia clínica ocupaciones del actor.
- A folio 106, certificación de afiliación del actor en Porvenir.
- A folio 107, reporte SIAFP.
- A folio 108 a 114, historia laboral del actor en Porvenir.
- A folio 113, cédula de ciudadanía del demandante que acredita que nació el 30 de agosto de 1971.
- A folios 116 a 120, respuesta de Horizonte de fecha 26 de septiembre de 2011 dirigida a la empresa demandada respecto del pago de incapacidades.
- A folio 122, notificación al demandante del dictamen de PCL.
- A folio 123 a 126, respuesta de Mapfre de fecha 24 de septiembre de 2012 dirigida a BBVA Horizonte respecto del amparo de sumas adicionales para la pensión de invalidez.
- A folios 127, formulario de dictamen para la calificación de invalidez realizado por MAPFRE.
- A folios 129 a 139, información general del dictamen de PCL realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima.
- A folio 140, respuesta de AFP Horizonte de fecha 18 de junio de 2013 al demandante respecto al pago de subsidio de incapacidad.
- A folio 141, respuesta de Mapfre de fecha 13 de septiembre de 2013 dirigida a BBVA Horizonte respecto del pago de sumas adicionales para la pensión de invalidez.
- A folios 141 a 178, documentos relacionados con acción de tutela y respectivo fallo, del demandante en contra de Salud Total y Horizonte para obtener el pago de incapacidades laborales.
- A folio 189, póliza N° 9201410004634 suscrita entre Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. y Mapfre Seguros.
- A folio 190 a 192, ótro sí a las condiciones particulares de la anterior póliza.

- A folios 193 a 200, condiciones generales de la póliza suscrita.
- A folio 223, memorando N° 051 del 13 de diciembre de 2012.
- A folio 225, respuesta de Salud Total de fecha 26 de diciembre de 2012 al demandante en cuanto al pago de incapacidades.
- Certificación de incapacidades expedida por Salud Total con fecha 26 de diciembre de 2012.
- A folio 262, concepto de rehabilitación no favorable emitido por Nueva Clínica San Sebastián el 2 de abril de 2013.
- A folio 264, notificación de fecha 27 de diciembre de 2012 de dictamen de PCL.
- A folio 277, solicitud de la empresa demandada a la ESP el día 26 de noviembre de 2012 respecto al pago de incapacidades laborales.
- A folio 278, respuesta de fecha 7 de diciembre de 2012 dada por la EPS a la empresa respecto del pago de incapacidades.
- A folio 287, certificación de incapacidades expedidas por la EPS.
- A folios 302 a 306, planilla Pago Simple.
- A folio 359, seguro previsional de invalidez.
- A folio 360 a 364, condiciones particulares del seguro previsional.
- A folio 365 a 384, condiciones generales seguro previsional.
- A folio 439, certificación de pago de aportes expedido por Salud Total.
- Interrogatorio de parte
- Testimonio

Caso concreto

Reintegro

En el presente asunto no existió discusión alguna que entre el señor Segundo Benavides y la empresa MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES existió un contrato de trabajo desde el 26 de marzo de 2009 al 17 de mayo de 2013, así fue aceptado por esta demandada y lo acredita también el contrato de folios 61 a 63 del expediente.

La juez de primera instancia concedió el reintegro al demandante en razón a que para la fecha de terminación del contrato de trabajo se encontraba amparado bajo la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Ley 361 de 1997; aspecto frente al cual el apoderado de la empresa MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES no está de acuerdo, con fundamento en que el trabajador en ningún momento fue discriminado, tan es así que se intentó reubicar pero tal situación no fue posible por causa del mismo accionante.

Pues bien, para resolver este aspecto se tiene que la Ley 361 de 1997 establece una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a las personas en condición de discapacidad, dando desarrollo a través del artículo 26 a la estabilidad laboral reforzada de la que deben gozar los trabajadores en estado de discapacidad.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia, frente a la solicitud de ineficacia del despido con el consecuencial reintegro conforme a la protección brindada en la Ley 361 de 1997, es necesario acreditar el grado de limitación en la capacidad laboral junto con el conocimiento que debe tener el empleador de la misma, y que entre éstas haya mediado un nexo de causalidad para la terminación del contrato que permita colegir que el fenecimiento del vínculo se produjo con ocasión de la discapacidad que padece el trabajador.

En este punto, conviene recordar que la Ley 361 de 1997 no determina los extremos de la limitación severa o profunda, pero se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia SU-049 de 2017, cuando señala que el estado de salud de quien pretende el fuero de estabilidad laboral reforzada por discapacidad física, exige que dicho estado de salud sea de tal magnitud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Así mismo, se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia SL1360-2018 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, expuso:

“que dicho precepto no prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, sino que «lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio», por lo tanto, «la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador; en este sentido, «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».

Lo anterior, es relevante dado que ante el Inspector del Trabajo debe acudir el empleador cuando la terminación del vínculo sea por razón de la limitación o estado de discapacidad del trabajador, conforme lo prevé el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo cual la Sala se centrará en determinar si el despido se dio en razón del padecimiento del actor.

Al revisar las pruebas aportadas al expediente, se determina que el día 26 de mayo de 2009 el demandante sufrió un evento al estar trabajando y que conforme lo describe SURATEP en el "INFORME DE ACCIDENTE DE TRABAJO DEL EMPLEADOR O CONTRATANTE", *"el trabajador está haciendo una excavación y se encuentra con una piedra, cuando intenta moverla siente una molestia en su espalda. El trabajador no le presta atención, y horas más tarde pide permiso para sacar cita médica argumentando que siente malestar, pero desconoce la causa o razón de origen de su molestia."* (fl.64)

El 23 de mayo de 2011, el actor solicita a la empresa demandada lo siguiente: "El motivo es solicitarles a quien corresponda enviarme por escrito por qué no me han cancelado desde esta quincena del presente mes, ya que soy un trabajador que estoy incapacitado aproximadamente desde hace dos años, la cual me enfermé estando en su empresa. También quiero solicitarles que me sigan ocupando en este trabajo teniendo en cuenta la reubicación, y las recomendaciones médicas...", documento que aunque no tiene recibido por parte de la Compañía, si fue un hecho aceptado en la contestación de la demanda (fl.45)

El 9 de abril de 2012, MAPFRE le notifica al demandante el dictamen de pérdida de capacidad laboral elaborado por dicha Aseguradora el 30 de marzo de 2012, en donde determinó una PCL del 37.40%, de origen común y estructurada el 21 de febrero de 2012. (fl.122 y 127)

A través de memorando N° 038 del 29 de junio de 2012 el empleador le indica al trabajador que teniendo en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación Laboral en donde se hace referencia a la pérdida de capacidad laboral, se le realizaba un aporte al accionante por valor de \$567.000 que serían cruzados al proceso referente a los pagos o liquidaciones a que haya lugar. (fl.24)

A raíz de la solicitud de autorización de retiro del trabajador presentada por el empleador del accionante en septiembre de 2012, el Ministerio del Trabajo a través de resolución N° 00002109 del 13 de diciembre de 2012 resolvió "NO AUTORIZAR el despido del señor trabajador con fuero de discapacidad SEGUNDO RICARDO BENAVIDES GALARZA...", argumentando básicamente **i)** que los documentos aportados por el solicitante no eran suficientes para atender la solicitud, **ii)** carece de todo sustento el argumento por medio del cual se pretende señalar que se debe autorizar el despido por vencimiento del término del contrato, pues el trabajador tiene derecho a conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor para la que fue contratado, esto si subsisten las causas que le dieron origen a la relación

laboral y se tenga que el trabajador ha cumplido de manera adecuada sus funciones y **iii)** la empresa no logró determinar que los puestos existentes en la empresa pueden empeorar las condiciones de salud del trabajador y que no existen opciones de trabajo disponibles, acorde con las capacidades residuales de este en cuanto a la aptitud física, psicológica y técnica. (Fls.46-53)

Mediante memorando N°047 del 1 de noviembre de 2012, el empleador requiere al trabajador pues no ha recibido información que justifique su inasistencia y le solicita aporte incapacidades desde el 13 de diciembre de 2011 al 31 de octubre de 2012 junto con la valoración médico laboral. (fl.280)

Con memorando del 13 de diciembre de 2012, la empresa le indica al demandante que los documentos por él enviados no justificaban la inasistencia laboral del 13 de diciembre de 2012 a la fecha y que le hacían una nueva solicitud para que se presentara en la oficina el próximo martes 18 de diciembre a las 3:00 pm con el resultado de la valoración médico laboral y respuesta de fondo de Horizonte respecto a la apelación de porcentaje de PCL para pensión de invalidez radicada el 27 de abril de 2012. (fl.223)

El día 21 de diciembre de 2012, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, califica la pérdida de capacidad laboral del señor Segundo Ricardo Benavides como enfermedad de origen común, 43.27% con fecha de estructuración el 14 de diciembre de 2012 y aunque no se encuentra la notificación de dicho dictamen al empleador, si reposa carta del 14 de marzo de 2013 mediante la cual la empresa MANUEL GONZÁLEZ le solicita a Horizonte y a Mapfre que se le informe el resultado de la apelación del dictamen. (fl.129-133 y241)

El 2 de abril de 2013, la IPS Nueva Clínica San Sebastián emite recomendaciones para el demandante y le indica a la empresa accionada que las mismas son con el fin que el trabajador pueda ejecutar cualquier actividad que le sea asignada por la empresa y para así mantener las condiciones de productividad y de salud evitando la progresión de la patología. (fl.57)

Ese mismo día la misma entidad le informa al Fondo de Pensiones Horizonte que el pronóstico de recuperación funcional cuando termine el tratamiento el paciente es "*NO FAVORABLE*" y dentro de las observaciones se encuentra: "Debe iniciar un proceso de reinserción laboral en forma progresiva y de acuerdo a la tolerancia en búsqueda de adaptar las actividades laborales a

su limitación, teniendo en cuenta que está declarada la incapacidad permanente parcial”.

El 30 de abril de 2013, Salud Total le manifiesta a la empresa que en virtud a las recomendaciones dadas por la IPS, es importante que realice un seguimiento cercano del trabajador para conocer su adaptación laboral. (fl.65)

El 17 de mayo de 2013, la demandada termina el contrato de trabajo del demandante aduciendo lo siguiente: “...me permito informarle que a partir de la fecha la empresa da por terminado el contrato de trabajo suscrito por usted por justa causa en atención a lo establecido en el artículo 62 numeral 15 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior por cuanto no ha sido posible la curación de la enfermedad de origen común durante los 180 días...” (fl.59)

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez emitió dictamen de pérdida de capacidad laboral el 23 de agosto de 2013, mediante el cual confirmó íntegramente el proferido por la Junta Regional de Calificación. (fl.54)

Del anterior recuento probatorio, lo que observa la Sala es que para la fecha en que la pasiva dio por terminado el contrato de trabajo del demandante este contaba con una limitación o estado de discapacidad que le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, por lo que conforme lo señaló la juez de primera instancia, se encuentra cobijado por una estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, se colige en *primer lugar*, porque para el momento en que la encartada dio por terminado el contrato de trabajo del accionante, esto es, 17 de mayo de 2013, al demandante se le había generado licencias por incapacidad médica de manera sucesiva que le impedía ejercer sus funciones, tal y como se puede observar de la relación de incapacidades que obra a folios 441-442, emitida por Salud Total, hecho del que tenía conocimiento el empleador porque fueron continuas desde el 26 de mayo de 2009.

En *segundo lugar*, el empleador solicitó la autorización de retiro del accionante y el Ministerio del Trabajo en diciembre de 2012 a través de Acto Administrativo no autorizó el despido del accionante, señalando además que gozaba de fuero de discapacidad.

En *tercer lugar*, en ese mismo mes y año la Junta Regional de Calificación de Invalidez calificó al actor con una pérdida de capacidad del 43.27% con

fecha de estructuración el 14 de diciembre de 2012, es decir, para la fecha del despido el accionante ya contaba con un dictamen que calificaba su PCL, calificación de la cual tuvo conocimiento la empresa demandada, pues aunque no reposa en el expediente el documento en donde conste la notificación de dicho Acto a MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES, lo cierto es que durante transcurso del proceso tal aspecto fue aceptado por la empresa, además que como se mencionó, reposa carta del 14 de marzo de 2013 mediante la cual la empresa MANUEL GONZÁLEZ solicita a Horizonte y a Mapfre el informe del resultado de la apelación del dictamen ya citado.

En *cuarto lugar*, se evidencian recomendaciones médicas que aunque de su descripción se observa que no impedían o dificultaban sustancialmente el desempeño de las labores para las que fue contratado el demandante, pues conforme con las recomendaciones él podía realizar sus actividades, las mismas si fueron hechas por la IPS aproximadamente un mes antes de que se terminara el contrato y no se acredita que el empleador haya realizado las actuaciones para lograr la reubicación o demostrar la imposibilidad de ello, sino que se acredita el despido del demandante.

Bajo ese escenario, se debe anotar que la terminación del vínculo laboral tal y como el mismo empleador lo anotó en la carta de terminación, fue en razón a la situación de discapacidad del demandante; en este asunto se acreditó que el despido fue con ocasión de la enfermedad que aquejaba al actor quien se encontraba en estado de debilidad manifiesta, esto es, en una situación de salud que le impedía o dificultaba el desempeño de las labores en condiciones regulares al tenor de lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencias T-041 de 2014, T-106, T-351, T-405 de 2015, T-141 de 2016 y sentencia de unificación SU-049 de 2017, y de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1360-2018 proferida en el proceso identificado con la radicación 53394 al interpretar el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Señala el recurrente que el demandante en el año 2012 no le presentó las incapacidades correspondientes, mismas que tiene como objetivo el de poner en conocimiento del empleador las dolencias que aquejaban al demandante, sin embargo, el vínculo finalizó en mayo de 2013, cuando el actor ya estaba presentaba un dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral y recomendaciones para lograr la rehabilitación laboral.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019 señaló que la causal invocada por el empleador como justa causa para la terminación del contrato solo es posible su aplicación si existe la autorización previa del inspector del trabajo, situación que no acaece en el

presente proceso donde por el contrario obra la Resolución 2109 de 13 de diciembre de 2012 mediante la cual se negó la autorización de despido del trabajador.

Adicionalmente, si se señalará que por ser la sentencia antes mencionada posterior a la ocurrencia de los hechos no le es aplicable, es de anotar que al aplicar la Ley 361 de 1997, artículos 1, 5 y 26, y 7 del Decreto 2463 de 2001 que se refieren a la protección por los grados de moderada, severa o profunda de la discapacidad, se encuentra que al momento de la terminación del contrato el actor contaba con una pérdida de capacidad severa, porque era superior al 25% e inferior al 50%, la cual era de conocimiento de la empresa demandada y, en consecuencia, gozaba de la protección de estabilidad reforzada y había lugar a obtener del Ministerio del Trabajo la autorización para el despido con sustento en la causal alegada por el empleador.

Incapacidades

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993 dispone que el pago de las incapacidades es responsabilidad de las E.P.S. Así mismo, el artículo 206 de la misma normatividad establece que *“Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Empresas Promotoras de Salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional⁶⁶ y accidente de trabajo serán reconocidas por las Entidades Promotoras de Salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.”*

Ahora bien, en relación con el pago de las incapacidades se tiene que del día 1 a 2 corren por cuenta del empleador de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2493 de 2013, sin embargo, como las primeras incapacidades del actor se causaron antes de entrar en vigencia el Decreto mencionado, según la causación de cada incapacidad, debe aplicársele lo señalado en **i)** el Decreto 1406 de 1999 art. 40 que señala que los primeros días corren por cuenta del empleador, **ii)** el Decreto 2463 de 2001 de art. 23 que establece que es posible prorrogar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal, siempre que exista un concepto de rehabilitación favorable, y se reconozca en favor del trabajador un auxilio equivalente a la incapacidad de la que era beneficiario y **iii)** artículo 142 del Decreto 019 de

2012 que indica que la EPS debe examinar al paciente y remitir, antes de que se cumpla el día 120, el concepto de rehabilitación y remitirlo a la Administradora de Pensiones antes del día 150 de incapacidad (*sentencia T-161 de 2019 proferida por la Corte Constitucional*).

Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, a la EPS le corresponderá pagar las incapacidades que se causen a partir del día 181. Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.

Si el pluricitado concepto *no es favorable*, el fondo de pensiones deberá remitir el caso a la Junta de Calificación de Invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si ésta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, el fondo de pensiones deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. *Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.*

Frente a lo señalado en el Decreto 2463 de 2001 la Corte Constitucional mediante sentencia de tutela T 858 de 2011 se pronunció señalando lo siguiente:

“De manera que de la disposición anterior se deriva que las entidades del Sistema de Salud, son las responsables, en principio, del pago de las incapacidades originadas en enfermedad general por los primeros 180 días. De igual manera, esta Corte ha interpretado estos preceptos en el sentido de que no le corresponde legalmente a las Entidades Promotoras de Salud asumir el costo, de incapacidades temporales originadas por enfermedad general, superiores a 180 días...

Por otro lado, el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, contempla que en caso que la incapacidad se mantenga es posible prorrogar el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 de incapacidad temporal, siempre que exista un concepto de rehabilitación favorable, y se reconozca en favor del trabajador un auxilio equivalente a la incapacidad de la que era beneficiario.

Así, interpretando el alcance de las normas en concordancia con la Jurisprudencia de esta Corporación¹, el pago de las incapacidades laborales mayores a 180 días corre a cargo de la administradora de fondos de pensiones a la cual se encuentre afiliado el trabajador esto es, aquellas que se causen a

¹ Sentencia T-485 de 2010, T-404 de 2010.

partir del día 181 y hasta que se produzca el dictamen de invalidez, y por lo menos, por 360 días adicionales.

En este punto, se debe señalar que la normatividad vigente consagra el deber de acompañamiento de la EPS, en relación con el trámite necesario para obtener el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días, enviando directamente al fondo de pensiones los documentos que requiere, a efecto de que su solicitud sea estudiada y decidida.²

En caso de ser iniciado el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, se produce el dictamen sobre su invalidez, el cual, de acuerdo con su resultado puede: (i) arrojar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, caso en el cual, de cumplir con los demás requisitos previstos en la ley, el fondo de pensiones deberá reconocerle al trabajador una pensión de invalidez o en su defecto (ii) en caso en el que la calificación de la pérdida de capacidad laboral sea inferior al 50%, el empleador deberá reincorporar al trabajador a su empleo, o a uno con funciones acordes con su situación de incapacidad.

Ahora bien, en el caso en el que el trabajador no recupere su capacidad laboral, y por esa causa, el médico tratante le siga extendiendo incapacidades, no obstante haber sido evaluado por la Junta de Calificación de Invalidez y se dictamine una incapacidad permanente parcial, por pérdida de capacidad laboral, inferior al 50%, la Corte ha interpretado, conforme con la Constitución el precitado artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, que le corresponde al fondo de pensiones el pago de las incapacidades superiores a los primeros 180 días y hasta que se expida el dictamen de pérdida de capacidad laboral, que le permita consolidar el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.”

Descendiendo al caso objeto de estudio que tiene que en la demanda el actor solicitó el pago de las incapacidades causadas desde el 13 de diciembre de 2011 hasta el 11 de mayo de 2013 y la juez de primera instancia condenó a Salud Total a reconocer y pagar las incapacidades originadas desde el 13 de diciembre de 2011 y el 11 de abril de 2012 y a Porvenir las causadas desde el 12 de abril de 2012 hasta el 29 de noviembre de 2012, aspecto frente al que tanto al EPS como la AFP se encuentran en desacuerdo.

Conforme lo anterior, el señor Benavides Galarza cuenta con incapacidades laborales desde el 26 de mayo de 2009 hasta el 10 de abril de 2013 tal y como se relaciona por Salud Total a folios 441-442.

² Sentencia T-920 de 2009.

Horizonte le señala el 26 de septiembre de 2011 al empleador, que en virtud a la solicitud por él elevada el 14 de septiembre de 2011 respecto al pago de incapacidades del demandante, dicho Fondo no cubría las prestaciones propias del Sistema General de Salud pues su competencia se limitaba era a asumir el pago de las pensiones y prestaciones pensionales cuando a ello hubiera lugar. (fl.116)

A través de memorando N° 038 del 29 de junio de 2012 el empleador le indica al trabajador que teniendo en cuenta el dictamen de la Junta Regional de Calificación Laboral mediante el cual se califica la pérdida de capacidad laboral, se le realizaba un aporte al accionante por valor de \$567.000 que serían cruzados al proceso referente a los pagos o liquidaciones a que haya lugar. (fl.24)

Mapfre le informa a BBVA Horizonte el 24 de septiembre de 2012 y 13 de septiembre de 2013, que respecto del requerimiento por amparo de sumas adicionales para la pensión de invalidez en virtud a la calificación de la pérdida de capacidad laboral del demandante, no podía atenderse favorablemente la misma por cuanto la PCL no supera el 50%, no cumpliéndose así las condiciones establecidas en la póliza suscrita por las partes. (fl.123 y 141)

Salud Total certificó el 26 de diciembre de 2012 que el 23 de diciembre de 2009 el demandante completó 180 días de incapacidad continuas, fecha hasta la cual se le reconocieron las incapacidades por parte de la EPS. Que hasta el 17 de febrero de 2012 le han sido expedidas en forma continua incapacidades por enfermedad general que sumaron 312 días ese 17 de febrero. (fl.227)

El 26 de diciembre de 2012, Salud Total le manifiesta al demandante que no se evidencia registro de historia clínica que soporte órdenes médicas de incapacidades del 5 de enero, 4 de febrero, 22 de marzo, 21 de abril, 16 de junio, 8 de agosto, 7 de septiembre, 7 de octubre, noviembre y diciembre de 2012, por lo que era necesario presentarlos para hacer el trámite de transcripción y liquidación. (fl.225)

La empresa MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES a través de memorando N° 11 del 12 de abril de 2013 le informa al actor que no puede continuar con el proceso de reintegro de labores hasta nuevo aviso de la EPS. (fl.58) y con Memorando N° 12 del 12 de abril de 2013, la empresa le hace un avance en efectivo al actor de \$100.000 como auxilio al proceso de liquidación. (fl.67)

El 18 de junio de 2013, la AFP Horizonte le comunica al actor que respecto a la solicitud por él elevada el 24 de mayo de 2013 en relación con el pago de subsidio de incapacidades, la Compañía Mapfre, entidad con la cual se tenía contratado el seguro de invalidez, no autorizó los pagos de subsidio pues el demandante no había radicado los documentos para la calificación de PCL y actualmente se estaba a la espera que la Junta Nacional emitiera el dictamen correspondiente. (fl.140)

Aunado a lo anterior, de la revisión de las pruebas documentales de folios 26 a 38, 220 a 222, 227, 242 a 251, 285 a 286 y 439 a 440 y conforme a la normatividad señalada, se tiene lo siguiente:

DÍAS	FECHA CAUSACIÓN	RESPONSABLE DE PAGO
1 a 3	3 septiembre 2011-5 septiembre de 2011	MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES
4 a 180	6 septiembre 2011- 11 marzo 2012	Salud Total
181 en adelante hasta día 540	12 marzo 2012-10 abril 2013	Porvenir

En este punto valga aclarar respecto de uno de los argumentos de Salud Total, que la juez no se extralimitó en el estudio de las pretensiones pues como se desprende de la relación de incapacidades que se hizo en el cuadro anterior, si se estaba solicitando en la demanda el pago de las incapacidades que excedieran los 540 días que en este asunto irían del 12 de marzo de 2012 y hasta abril de 2013, pues como se mencionó las solicitadas por el actor eran las causadas del 13 de diciembre de 2011 al 11 de mayo de 2013.

También se aclara que debido a que la prórroga de las incapacidades no aplica cuando su interrupción es superior a treinta días según el artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998 que regula la materia y en la medida que a la fecha no existe otra disposición que así lo contemple, señala:

“ARTICULO 13. DE LA PRORROGA DE LA INCAPACIDAD. Se entiende por prórroga de incapacidad, la que se expide con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta días (30) días calendario.”

En este asunto las incapacidades comienzan a contarse desde el 3 de septiembre de 2011 pues aunque la primera incapacidad se causó desde el 26 de mayo de 2009 (fl.441), existieron dos interrupciones por más de treinta (30) días en el año 2011, *(la primera ocurrió cuando finalizó la incapacidad el 17 de febrero de 2011 y comenzó una nueva el 16 de junio de ese año, y la segunda interrupción cuando terminó la incapacidad el 25 de junio de 2011 y comenzó una nueva el 3 de septiembre de 2011)*, por lo que el conteo de incapacidades comenzó nuevamente el 3 de septiembre de 2011.

De conformidad con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001 las incapacidades a partir del día 4 y hasta el día 180 se encuentran a cargo de las EPS al igual que la emisión del concepto de rehabilitación integral, en la medida de que este documento era el que se debía expedir de manera previa por la EPS para que la administradora de fondo de pensiones remitiera el caso a las juntas de calificación de invalidez antes de cumplirse el día 150 de incapacidad temporal.

En el presente caso se observa que el día 180 de las incapacidades a cargo de la EPS se cumplió el 3 de marzo de 2012, fecha para la cual el artículo 142 del Decreto 19 de 2012 se encontraba vigente, por lo que encontrándose a cargo de la EPS tanto en la norma anterior como en la vigente la emisión del concepto de rehabilitación y convirtiéndose con la expedición del Decreto 19 de 2012 en una obligación que generaba consecuencias negativas en su contra, la EPS debió emitir el concepto correspondiente para liberarse del pago del subsidio de incapacidad a partir del día 181.

Es de anotar que no se trata de la aplicación retroactiva de la norma, en la medida en que al encontrarse en curso la incapacidad porque era una prórroga, a esta situación la regula el artículo 16 del CST esto es la aplicación inmediata de la ley, por ello, para el día 180 de incapacidad, 3 de marzo de 2012, la norma que regula el asunto es el Decreto 019 de 2012 y en consecuencia le correspondía a la EPS emitir el concepto para liberarse del pago de las incapacidades a partir del día 181 hasta 540.

Ahora como el concepto desfavorable de rehabilitación fue emitido por la IPS Nueva Clínica San Sebastián hasta el 2 de abril de 2013 y en esa fecha fue remitido a Porvenir S.A., sin que sea atendible la comunicación que obra a folio 444 porque se emitió el 5 de noviembre de 2008, fecha anterior a la expedición de las incapacidades a que se hace relación en el presente proceso, se colige que las incapacidades generadas a partir del día 181 y hasta cuando se emitió el concepto médico, el 2 de abril de 2013, se encuentran a cargo de la EPS SALUD TOTAL, no obstante como la juez de

primera instancia señaló como fecha de la última incapacidad 29 de noviembre de 2012, situación que no fue apelada por la parte demandante, entonces Salud Total en este caso debe asumir el pago del 13 de diciembre de 2011 al 29 de noviembre de 2012.

Como al revisar la documental de folios 220 y 285 se acredita que la EPS no asumió el pago del periodo correspondiente, pertinente resulta condenarla al pago respectivo y no es posible atender el argumento de Salud Total en cuanto a que debe ordenarse a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES que en virtud del principio de equilibrio financiero dicha entidad le pague a Salud Total lo correspondiente al monto de las incapacidades, ello por cuanto esa entidad no fue vinculada al proceso y porque los trámites administrativos o cobros que deban hacer entre las mismas, no tiene, en manera alguna, porque afectar al afiliado a quien le debe pagar la EPS la suma correspondiente a las incapacidades señaladas.

Corolario de ello, ni Porvenir S.A. y tampoco MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. deben responder por ninguna de las condenas impuestas y por tanto sin mayores disquisiciones se les absolverá de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, manifiesta el apoderado de la empresa demandada que MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES pagó al trabajador las incapacidades de 180 días y que por ello debe serle reembolsada tal suma.

Con relación a ello a folio 277 reposa solicitud elevada por el empleador el día 26 de noviembre de 2012, en donde le solicita a la EPS Salud Total el pago de las incapacidades del 6 de diciembre de 2011 al 31 de octubre de 2012 tal y como consta en el cuadro relacionado en el folio mencionado, aunado al hecho que con la contestación de la demanda propuso la excepción de compensación.

Pues bien, al revisar minuciosamente el material probatorio aportado al plenario, brilla por su ausencia prueba alguna que demuestre que el empleador pagó al trabajador la suma que por incapacidades menciona en el escrito señalado; en ese orden de ideas, conviene recordar que el artículo 167 del Código de General del Proceso señala que *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* y en este asunto como ello no ocurrió, la empresa demandada no cumplió con la carga probatoria que se encontraba bajo su competencia, no queda solución diferente a la de declarar no probada la excepción de compensación por él propuesta.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia, por considerar que no se causaron y las de primera estarán a cargo únicamente del empleador y la EPS.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 por el Juzgado Sexto (6°) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a Salud Total EPS al pago de las incapacidades causadas entre el 13 de diciembre de 2011 al 29 de noviembre de 2012, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: COSTAS de primera instancia a cargo únicamente de MANUEL GONZÁLEZ CONSTRUCCIONES SAS y SALUD TOTAL EPS.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DEYSI JAZMIN SALGADO CORTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLTEMPORA, ACTIVOS S.A.S. Y SERVIOLA S.A.S

RADICADO: 11001 31 05 030 2019 00379 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida el 02 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre COLPENSIONES y la señora DEYSI JAZMIN SALGADO CORTES existió un contrato de trabajo desde el 02 de octubre de 2012 hasta el 11 de agosto de 2014, para que la demandante desempeñara el cargo de ANALISTA, devengando como salario al suma de \$1.778.456, relación laboral que se dio por terminada de forma unilateral y sin justa causa por la parte demandada, y en virtud de ello solicita se condene a la demandada COLPENSIONES al pago de cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, prima extralegal, prima de navidad, bonificaciones, vacaciones, estos conceptos causados durante la vigencia de la relación laboral, indexación, indemnización por despido sin justa causa,

sanción por la no consignación de cesantías, sanción moratoria, derechos ultra y extra petita y costas del proceso. (fl. 22-33)

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Afirma la señora demandante que fue vinculada laboralmente por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES el día 02 de octubre de 2012, mediante la celebración de contratos por duración de la obra o labor contratada con las empresas de servicios temporales COLTEMPORA, ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA; durante los periodos que a continuación se relacionan:

- Contrato con ACTIVOS S.A.S. el 02 de octubre de 2012.
- Contrato con SERVIOLA el 02 de enero de 2013.
- Contrato con ACTIVOS S.A.S. del 16 de mayo de 2013 y el 21 de enero de 2014.
- Contrato con COLTEMPORA del 26 de junio de 2014.

Manifiesta la parte actora que durante la vigencia de la relación laboral prestó sus servicios de forma personal, sometida al cumplimiento de un horario y a las instrucciones que le indicaba su jefe inmediato la señora SANDRA BARON.

Afirma que su contrato de trabajo estuvo vigente hasta el 11 de agosto de 2014, fecha en que la demandada de forma unilateral y sin que mediara una justa causa decidió despedirla.

Durante la vigencia de la relación laboral manifiesta que no le fueron canceladas sus prestaciones y derechos laborales y por ello presentó reclamación ante COLPENSIONES entidad que mediante oficio calendado el 09 de agosto de 2016 radicado BZ2016_8739919- 1987895, negó lo pretendido (Fl. 26).

Admitida la demanda con auto de fecha 06 de Junio de 2019 (fl. 35) se ordenó la notificación de COLPENSIONES entidad que mediante apoderada judicial y dentro del término legal contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda y argumentando como hechos de su defensa que entre las partes nunca existió vínculo contractual alguno, que la señora demandante tenía la calidad de trabajadora en misión de las empresas COLTEMPORA, SERVIOLA y ACTIVOS quienes en su momento fueron las empleadoras directas de la trabajadora.

Manifestó que conforme lo reglado en la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales ostentan la calidad de verdaderos empleadores y responsable de todas las acreencias que reclama la señora demandante.

Propuso como excepciones previas las que denominó indebida acumulación de pretensiones y la falta de integración del litisconsorte necesario y como excepciones de fondo la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, del cumplimiento de las ordenes de la corte constitucional y prescripción. (fl. 43-68).

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por COLPENSIONES en la contestación de la demanda el Juez de Primera instancia mediante auto de fecha 01 de agosto de 2019 (fl. 78) ordenó la vinculación de las sociedades COLOMBIANA DE TEMPORALES-COLTEMPORA; ACTIVOS S.A.S. y SERVIOLA S.A.S.

ACTIVOS S.A.S, fue notificada en debida forma y mediante apoderado judicial contestó la demanda manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que ACTIVOS S.A.S. es una empresa de servicios temporales cuyo fin es suministrar trabajadores en misión a las empresas usuarias, fin que se llevó a cabo con la demandante la cual fue vinculada como trabajadora en misión al servicio de COLPENSIONES, igualmente que la desvinculación no solo fue con la demandante sino con todos los trabajadores en misión debido a que se había terminado la obra o labor contratada.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y ausencia de la violación de las normas que consagran la prestación de servicios temporales. (fl. 120-137).

Por su parte, SERVIOLA S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones argumentado que Serviola suscribió contrato de prestación de servicios para el suministro de personal con COLPENSIONES; asevera que durante la ejecución del contrato se vinculó a la demandante como trabajadora en misión al servicio de COLPENSIONES y que durante la vigencia del contrato de trabajo afilió a la actora al sistema de seguridad social y dio cumplimiento a todas las disposiciones legales que ordenan el reconocimiento de los derechos laborales.

Propuso como excepciones la de prescripción, pago, compensación, inexistencia de la obligación y ausencia de la violación de las normas que consagran la prestación de servicios temporales. (fl. 281-297)

A su turno, COLTEMPORA S.A. presentó su contestación oponiéndose a lo pretendido por considerar que las peticiones van en contravía de la realidad fáctica y carecen de sustento jurídico.

Manifestó que COLTEMPORA suscribió con la demandante un contrato bajo la modalidad de obra o labor contratada desde el 26 de junio de 2014 hasta el 11 de agosto de 2014 para que la señora demandante desarrollara la prestación de unos servicios en las instalaciones de COLPENSIONES.

Respecto a la terminación del contrato asegura que se dio por la finalización de la labor según lo informó la empresa usuaria COLPENSIONES.

Propuso como excepciones de mérito la inexistencia de las obligaciones reclamadas, inexistencia de despido, cobro de lo no debido y falta de causa para pedir, buena fe, mala fe, temeridad y deslealtad procesal, prescripción de derechos, compensación y excepción innominada. (fl. 345-370).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el 2 de febrero de 2021, mediante la cual declaró que entre la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y DEYSI JAZMÍN SALGADO CORTES existió un contrato de trabajo sin solución de continuidad que se extendió desde el 2 de octubre de 2012 hasta el 11 de agosto de 2014, terminado sin justa causa por el empleador. Condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a pagar \$335.902 por concepto de reliquidación de cesantías, \$34.669 por concepto de reliquidación de intereses a las cesantías, \$95.093 por concepto de reliquidación de la compensación de las vacaciones, \$1.283,276 por concepto de prima de servicios, \$1.352.427 por concepto de prima de vacaciones, \$2.382.567 por concepto de prima de navidad, \$43.186 diarios a partir del 23 de diciembre de 2014 y hasta cuando se paguen las prestaciones sociales como sanción moratoria, \$ 2,159,605 por concepto de terminación del contrato sin justa causa.

Absolvió a COLPENSIONES de las demás condenas incoadas en su contra y absolvió a las vinculadas; declaró probada de oficio la excepción de pago de las prestaciones sociales y vacaciones y condenó en costas a COLPENSIONES, fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Contra esta decisión el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación respecto a la declaratoria de oficio de la excepción de

compensación respecto al pago de las prestaciones sociales realizadas por las empresas de servicios temporales que fueron llamadas en garantía por parte de COLPENSIONES.

La apoderada de COLPENSIONES presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria y en su lugar se profiera sentencia absolutoria a favor de COLPENSIONES.

Como fundamentos de su inconformidad manifestó que el problema jurídico que debía resolver el a quo era el de determinar si existió una relación laboral con respecto a COLPENSIONES como empresa usuaria de trabajadores en misión y no el determinar la existencia de un contrato de trabajo teniendo como fundamento un contrato de prestación de servicios, como considera que erróneamente lo estudio el juez de primera instancia.

Sostuvo que en lo que respecta a los trabajadores oficiales es claro y así lo ha determinado a jurisprudencia, que el otorgar ordenes, entregar herramientas de trabajo e imponer los horarios correspondientes a los trabajadores en misión son facultades que tiene la usuaria en desarrollo de la figura de subordinación delegada, facultad que ha sido extendida en el tercero beneficiario al ejercer subordinación sobre los trabajadores directos de la empresa de servicios temporales sin que en ejercicio de esa facultad implique la existencia de una relación laboral como aduce lo pretendió hacer ver el juez de primer grado.

Ahora bien, alega que en cada uno de los contratos suscritos por la señora demandante con las empresas de servicios temporales se evidenció la necesidad y conveniencia, del tipo de contratación establecido en la ley 50 de 1990 y se dejaron establecidas las razones por las cuales COLPENSIONES contrató empresas de servicios temporales y que estaban atadas a un auto proferido por la Corte Constitucional.

Respecto al argumento esbozado por el Juez de primera instancia en relación con que por la creación de COLPENSIONES en el año 2007 y de dicha calenda al 2011 tuvo tiempo suficiente para resolver su planta de personal, afirma la recurrente que si bien es cierto la ley que creó a COLPENSIONES fue del 2007, esta solo entró en funcionamiento hasta el 28 de septiembre de 2012, queriendo ello decir, que si bien dicha entidad fue creada con una ley en el 2007, solamente fue hasta el año 2012 que COLPENSIONES se percató de que efectivamente la planta de personal que le habían creado era insuficiente para resolver el cúmulo de peticiones que tenía el ISS acumuladas, razones por las cuales desvirtúa el argumento del a quo.

Acusa al juez de primer grado de haber omitido el análisis de los autos proferidos por la Corte Constitucional que en su opinión son el centro del problema jurídico de esta situación, pues de ahí se debía determinar que efectivamente existió un incremento en la planta de producción y que efectivamente por ese cúmulo de solicitudes debido a la naturaleza de COLPENSIONES, y aunado a la orden dada por la Corte Constitucional, no era posible que la demandada contratara personal de forma directa y discriminada, razón por la que tuvo que acudir a la contratación de personal en misión a fin de cumplir con los plazos perentorios señalados por la Corte.

Alega que las órdenes que se emitieron en los diversos autos fueron diferentes y, por tal razón, la causa originaria por la cual se suscribieron los contratos fue totalmente diferente y afirma que prueba de ello es lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte donde afirmó que en el cumplimiento de sus labores hizo parte de diferentes grupos manifestación que asevera fue ratificada con el testimonio del señor Anderson Téllez.

Continúa su alzada manifestando que en caso de confirmar la decisión de primer grado frente a la declaratoria de existencia de contrato se deben estudiar las condenas impuestas por concepto de pago de reliquidación de acreencias laborales.

ALEGACIONES

El apoderado de SERVIOLA SAS presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES se tendrá que determinar en principio si:

Entre la señora demandante en su calidad de trabajadora en misión y COLPENSIONES en su calidad de trabajadora usuaria existió una verdadera relación laboral por una indebida intermediación y vulneración de lo establecido en la Ley 50 de 1990.

En caso de que se llegue a dicha conclusión se estudiará si son procedentes las condenas impuestas por el Juez de primer grado y si es procedente la declaratoria de la excepción de compensación que asegura el apoderado del demandante, el juez de conocimiento alegó de oficio.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes:

- A folios 7-10; 200, 223 y 251, obran contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada suscritos entre la señora demandante y las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A., SERVIOLA, el 02 de octubre de 2012, 02 de enero de 2013, 16 de mayo de 2013 y 21 de enero de 2014.
- A folio 11, obra certificación expedida por COLTEMPORA calendada 26 de julio de 2016 mediante la cual se deja constancia que la señora demandante laboró para esa empresa a través de la modalidad de contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada, para desempeñar el cargo de ANALISTA I desde el 26 de junio de 2014 hasta el 11 de agosto de 2014.
- A folios 12-15 y 396-399, obra contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada suscrito entre la demandante y la empresa COLTEMPORA de fecha 26 de junio de 2014.
- A folio 16, obra carta de terminación del contrato de trabajo calendada 11 de agosto de 2014, suscrita por la Gerente de Operaciones de COLTEMPORA en dicha misiva se le informa a la demandante la terminación del contrato de trabajo aduciendo que la obra o labor para la cual fue contratada cesó.
- A folios 17-21, obra reclamación administrativa presentada por la señora demandante ante COLPENSIONES el 01 de agosto de 2016.
- A folio 69, 70-73; 203, 227, 253, 311, obra certificaciones expedidas por COLTEMPORA, SERVIOLA y ACTIVOS que acreditan los contratos suscritos entre esas empresas y la señora demandante.
- A folios 138-152, obra contrato de prestación de servicios de suministro de Trabajadores en misión No. 036 de 2011 suscrito entre COLPENSIONES y ACTIVOS S.A. de fecha 27 de diciembre de 2011.
- A folios 153-154, obra acta de liquidación del contrato de prestación de servicios No. 36 de 2011.
- A folios 155-173, obra contrato de prestación de servicios celebrado entre COLPENSIONES y ACTIVOS S.A. de fecha 14 de marzo de 2013.

- A folios 174-177, obra acta de liquidación del contrato de prestación de servicios No. 60 de 2013.
- A folios 178-197, obra copia de contrato de suministro de trabajadores en misión No. 007 celebrado entre COLPENSIONES y ACTIVOS S.A. de fecha 20 de enero de 2014.
- A folios 198-199, obra acta de liquidación del contrato de suministro No. 007.
- A folios 298-307, obra copia de contrato de prestación de servicios No. 221 celebrado entre COLPENSIONES y SERVIOLA S.A. de fecha 27 de diciembre de 2012.
- A folio 308, obra acta de liquidación del contrato de prestación de servicios No. 221.
- A folio 309, obra contrato de trabajo suscrito entre el señor demandante y la sociedad SERVIOLA de fecha 02 de enero de 2013.
- A folio 371, contrato de suministro de trabajadores en misión No. 053 celebrado entre COLPENSIONES y COLTEMPORA de fecha 24 de junio de 2014.
- A folios 390-395, obran otros si al contrato de suministro de trabajadores en misión No. 053.

Caso concreto

Para adentrarnos en el objeto de discusión es importante recordar y tener en cuenta que a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, para que se configure un contrato de trabajo deben concurrir los siguientes elementos: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la que prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Una vez reunidos los tres elementos, el artículo 3° del referido precepto legal, señala que el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que

se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone.

En el presente caso no se encuentra en discusión que la actora prestó sus servicios a COLPENSIONES en virtud de los contratos suscritos por la señora demandante en su calidad de trabajadora en misión de las empresas ACTIVOS S.A., SERVIOLA S.A y COLTEMPORA, los que se ratifican con las documentales obrantes en el expediente y aportadas a folios 7-10; 12-15, 200, 22, 251, 309, 396-399, documentales de las que se extrae que la señora DEYSI JAZMIN SALGADO CORTES fue contratada bajo la modalidad de contrato por duración de la obra o labor, por cada una de esas empresas de servicios temporales con el objeto de atender un INCREMENTO EN LA PARTE ADMINISTRATIVA de la empresa usuaria COLPENSIONES en los siguientes periodos:

EST	PERIODO	FOLIO
ACTIVOS	02/10/2012 a 27/12/2012	7, 73, 200, 205, 209.
SERVIOLA	02/01/2013 a 15/05/2013	8, 70, 311, 316.
ACTIVOS	16/05/2013 a 20/01/2014	9, 71, 227, 233.
ACTIVOS	21/01/2014 a 25/06/2014	10, 72, 253, 258.
COLTEMPORA	26/06/2014 a 11/08/2014	11, 12-15, 69, 396- 399.

Ahora respecto al concepto de empresas de servicios temporales la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 las definió como aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.

Dicha ley fue reglamentada por el Decreto 4369 de 2006 disponiendo que se permitiría la vinculación de servidores con la intermediación de una Empresa de Servicios Temporales: i) Cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6° del Código

Sustantivo del Trabajo; ii) Cuando se deba reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y iii) Cuando se deban atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas, y en la prestación de servicios, pero limita la procedencia de la vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales.

Teniendo en cuenta entonces dicho elemento normativo se tiene que COLPENSIONES suscribió contrato de prestación de servicios con las empresas de servicios temporales ACTIVOS S.A., SERVIOLA S.A y COLTEMPORA (fls. 138-152, 155-173, 178-197, 298-307, 371-395) cuyo objeto en resumen sería:

“el suministro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de trabajadores en misión en el número y con las calidades y los requerimientos específicos exigidos, para prestar los servicios ocasionales, accidentales o transitorios en jornada del tiempo completo y de manera exclusiva...”

Respecto a las razones por las cuales COLPENSIONES tuvo que acudir a este tipo de contratación de personal en los contratos de prestación de servicios se indicó:

“7. Que con fundamento en las normas de creación de COLPENSIONES y los lineamientos del Gobierno Nacional, la nueva empresa deberá asumir la administración del régimen solidario de prima media con prestación definida, viéndose en la necesidad de tener que contratar personal a través de una empresa autorizada para prestar servicios temporales y teniendo en cuenta que el proceso de selección de personal de planta culminará en el primer semestre de 2012, se hace necesario contar con una empresa de servicios temporales que suministre trabajadores en misión, dado que no se cuenta con personal de planta suficiente para realizar integral y efectivamente las labores que deberá asumir la administradora, cuyo contrato a suscribirse tendrá vigencia hasta tanto se provea la totalidad de los cargos de la planta de personal de manera definitiva como resultado del proceso de selección.”

Dicha justificación encuentra su asidero en el hecho de que COLPENSIONES es una entidad que hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones cuyo objeto es la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter

especial; objeto que paso a asumir luego de la supresión y liquidación del antiguo Instituto de Seguros Sociales, mediante los decretos 2011, 2012 y 2013 del año 2012.

En virtud de dichos decretos y a partir de su fecha de publicación, esto es, 28 de septiembre de 2012, se dispuso que la única entidad que administraría el régimen de prima media con prestación definida sería COLPENSIONES y en el Decreto 2011/12 se estableció, entre otras disposiciones, que correspondería a COLPENSIONES resolver las solicitudes de derechos pensionales, incluyendo aquellas que habiendo sido presentadas ante el ISS no se hubieran resuelto a la entrada en vigencia del decreto y ser titular de todas las obligaciones con afiliados y pensionados del régimen de prima media con prestación definida del ISS.

Luego de la expedición de dichos Decretos, COLPENSIONES empezó a presentar *“un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impedían el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*, situación que COLPENSIONES acreditó ante la Corte Constitucional quien con la expedición de los autos No. 110 y 320 de 2013 advirtió la existencia de una situación constitucionalmente relevante que impuso la imperiosa intervención del juez de tutela y por ello, particularmente, en el auto 320 de 2013 se ordenó al presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES o quien hiciera sus veces, tomar entre algunas medidas, específicamente, la tendiente a:

“vii) asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir las metas propuestas a 28 de marzo de 2014 y 31 de julio del mismo año, así como los fines constitucionales relacionados en el párrafo 127 de esta providencia”.

De lo narrado entonces se deduce que, en virtud de la orden constitucional COLPENSIONES debió iniciar la contratación de personal en misión, como evidentemente se acreditó con los contratos de prestación de servicios que fueron aportados como prueba en el expediente.

Ahora al revisar las funciones y el cargo para el que fue contratada la señora DAYSÍ JAZMIN SALGADO CORTES se tiene que durante su vinculación con las empresas de servicios temporales vinculadas al trámite procesal desempeñó los cargos y funciones que a continuación se relacionan:

EST	PERIODO	CARGO	FOLIO	FUNCIONES
-----	---------	-------	-------	-----------

ACTIVOS	02/10/2012 a 27/12/2012	ANALISTA CHL	73	<p>1. Manejo y dominio del sistema de información que le sea asignado.</p> <p>2. Registrar en el sistema de información los datos que se requieran, acorde a la asignación de funciones.</p> <p>3. Verificar la información registrada en el sistema de información.</p> <p>4. Atender y orientar personal y telefónicamente a los clientes internos y externos que requieran comunicarse con el jefe de la dependencia, y suministrar la información por estos requerida de acuerdo con las directrices y procedimientos establecidos para el efecto.</p> <p>5. Proyectar correspondencia y mensajes de acuerdo con las instrucciones recibidas por el jefe inmediato.</p> <p>6. Llevar el control y seguimiento de entrada y salida de los documentos dirigidos a la dependencia.</p> <p>7. Orientar y facilitar la comunicación con los diferentes funcionarios de la dependencia suministrando información de conformidad con los procedimientos establecidos.</p> <p>8. Responder por la organización, archivo y documentos relacionados con los procesos de la dependencia, suministrando información de conformidad las tablas de retención documental definidas por la empresa.</p> <p>9. Solicitar oportunamente y en debida forma al área competente los insumos y elementos de oficina que la dependencia requiere y realizar su distribución.</p>
SERVIOLA	02/01/2013 a 15/05/2013	ANALISTA CHL	70	
ACTIVOS	16/05/2013 a 20/01/2014	ANALISTA CHL	71	
ACTIVOS	21/01/2014 a 25/06/2014	ANALISTA I- CM	72	<p>1. Atender los PQRS, derechos de petición y</p>

<p>COLTEMPO RA</p>	<p>26/06/2014 a 11/08/2015</p>	<p>ANALISTA I</p>	<p>69</p>	<p>acciones de tutela que fueran interpuestas por los ciudadanos para la corrección de historia laboral, siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.</p> <p>2. Atender dentro de los tiempos y términos dispuestos por COLPENSIONES a las solicitudes de corrección de historia laboral radicadas por los ciudadanos, siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.</p> <p>3. Atender la correspondencia recibida y relacionada con la solicitud de corrección de historial laboral, siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.</p> <p>4. Generar información estadística de la corrección de historial laboral, siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.</p> <p>5. Generar información estadística de la corrección de historia laboral.</p> <p>6. Administrar las aplicaciones asignadas para el proceso de corrección de historia laboral.</p> <p>7. Velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los ciudadanos a través de las solicitudes de corrección de historia laboral radicadas en COLPENSIONES.</p> <p>8. Corregir inconsistencias en los datos de los pagos de los afiliados.</p>
------------------------	------------------------------------	-------------------	-----------	--

La demandante en el interrogatorio de parte respecto de las labores que desempeñaba manifestó que trabajaba en el área de historia laboral dentro de la cual había unos sub grupos, uno que era el que trabajaba el día a día, otro que se dedicaba al stock, unos que trabajan las historias hasta corte del año 94 y otros que trabajaban las historias de corte después del 94; dijo

que durante el tiempo que estuvo vinculada en las temporales al servicio de COLPENSIONES, perteneció al grupo dedicado a la corrección de historia laboral antes del 94, estando a cargo de diferentes coordinadores y ejerciendo funciones como contestar tutelas, derechos de petición, aseveró que en ocasiones tuvo que resolver casos que llegaban día a día dependiendo del flujo de trabajo que tuviera y lo que se necesitara evacuar en su momento.

Dichas manifestaciones fueron ratificadas por los testigos LIBIA ALEXANDRA LEAL RODRÍGUEZ y ANDERSON TÉLLEZ BELTRÁN quienes fueron compañeros de trabajo de la señora demandante y pertenecieron al grupo de correcciones de historia laboral tradicional, post 94 e hicieron referencia a que la demandante también tuvo entre sus funciones la contestación de PQRS.

De esas declaraciones también se pudo extraer que se realizaron rotaciones entre empresas de servicios temporales sin que se presentara un día siquiera de interrupción entre uno y otro contrato y respecto al pago de salarios todos coincidieron en afirmar que provenía siempre de las empresas de servicios temporales y que era ante personal de las mismas quienes debían acudir en caso de requerir permisos o autorizaciones para ausentarse.

En vista de dicho recuento probatorio la Sala advierte que efectivamente COLPENSIONES se benefició de los servicios personales de la señora demandante para cumplir funciones propias del giro normal y ordinario de sus actividades, sin embargo, es válido precisar que ello no conlleva automáticamente a señalar que el ente de seguridad social es su verdadero empleador y que las temporales fueron utilizadas fraudulentamente para disfrazar una relación laboral, pues, como ya se explicó la contratación de personal en misión surgió en virtud de cubrir un incremento en la producción a fin de cumplir con los términos otorgados por la misma Corte Constitucional en los autos 110 y 320 de 2013, para dar respuesta y pronta solución a todas las obligaciones que dejó pendientes el antiguo ISS como administrador del régimen de prima media con prestación definida .

Por lo motivado la sala concluye que, si bien es cierto las funciones que ejecutó la señora demandante a favor de COLPENSIONES eran propias del giro normal y ordinario del objeto social de esta empresa usuaria, no es menos cierto que ello atendió a la necesidad que tenía COLPENSIONES de cumplir con las medidas ordenadas por la Corte Constitucional y con los plazos otorgados por dicha autoridad para superar el atraso estructural del régimen de prima media; situación que generó un incremento de la producción y una necesidad de aumentar la fuerza de trabajo de forma

temporal; por ello es válido encasillar las labores ejecutadas por la demandante como ocasionales, accidentales o transitorias, pues, está acreditado de forma certera que la señora DEYSY JAZMIN SALGADO CORTES fue vinculada en aras de atender esa especial situación, aunado a ello advierte la sala que si bien es cierto su contratación excedió el término máximo de un año fijado como regla general por la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006, no puede dejarse de lado que la misma Corte Constitucional en los autos 110 y 320 de 2013 fue quien dispuso los términos en que debería COLPENSIONES resolver ese atraso estructural así:

“En lo que se refiere al acumulado de solicitudes radicadas ante el ISS, COLPENSIONES debe responder a 31 de diciembre de 2013 las peticiones del Grupo 1; responder a 28 de marzo de 2014, las peticiones de los Grupos 2 y Grupos 3, junto a las solicitudes de auxilio funerario e indemnización sustitutiva de la pensión y responder al 31 de julio de 2014 las peticiones de incremento, reajuste o reliquidación pensional. Frente a las peticiones radicadas directamente ante COLPENSIONES y que progresivamente se encuentran fuera de término, la entidad debe: responder inmediatamente las solicitudes de pensión, responder a 28 de marzo de 2014, las peticiones de auxilio funerario e indemnización sustitutiva de la pensión y responder a 31 de julio de 2014, las peticiones incremento, reajuste o reliquidación pensional. En esa misma fecha COLPENSIONES deberá estar en capacidad de respetar los tiempos legales de respuesta en condiciones de calidad de todas las solicitudes prestacionales que se efectúen ante ella. COLPENSIONES debe notificar el acto administrativo, incluir en nómina y pagar efectivamente las prestaciones que se concedan, responder los recursos administrativos, cumplir las sentencias judiciales concernidas a esas peticiones, y responder los derechos de petición de información.”

Al verificar lo leído se tiene que los contratos de prestación de servicios suscritos entre COLPENSIONES y las vinculadas empresas de servicios temporales, así como los contratos de trabajo suscritos entre estas últimas y la señora por la demandante concuerdan con los tiempos otorgados por el máximo órgano constitucional a COLPENSIONES para realizar las actividades encaminadas a superar el atraso estructural del régimen de prima media; actividades que a pesar de ser temporales obviamente superaban el término de un año, como efectivamente lo acreditó dicha autoridad constitucional.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia analizada, por cuanto no es viable vincular a la demandante de manera directa a COLPENSIONES, pues sus labores fueron en calidad de trabajador en misión para superar la situación estructural de la empresa en un momento coyuntural y no para

realizar actividades que fueran de carácter permanente como lo sostuvo el *a quo*.

Por las resultas de la apelación presentada por COLPENSIONES, la Sala se releva de atender los argumentos de apelación de la parte demandante relacionados con la excepción declarada de oficio por el Juez de primer grado.

Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

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 la sentencia proferida el 02 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES** y a las vinculadas **ACTIVOS S.A.**, **SERVIOLA S.A.** y **COLTEMPORA** de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora **DEISY JAZMIN SALGADO CORTES**.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia.
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY FABIOLA RINCON MARTÍNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 31 05 031 2020 00144 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS con el fondo privado HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por que alega la existencia de una indebida información por parte del fondo a la señora demandante; se ordene la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y, como consecuencia de ello, se condene a PORVENIR a trasladar todos los aportes existentes, junto con sus rendimientos, gastos de administración y comisiones en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante en el RAIS al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, derechos ultra y extra petita y costas del proceso.

Admitida la demanda por la juez de primer grado en auto de fecha 21 de julio de 2020, se ordenó la notificación de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

COLPENSIONES fue notificada y a través de apoderada judicial presentó escrito contestando la demanda oponiéndose a las pretensiones, manifestando que la afiliación de la señora al RAIS cumplió con todos los presupuestos legales para su existencia y no se acreditó la infracción de las normas que rigen el sistema general de pensiones; además que dicha afiliación fue como consecuencia de una decisión libre de la demandante quien gozaba de plena autonomía, aunado al hecho de que la demandante se encuentra imposibilitada para trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES en virtud de lo dispuesto en el art 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones aduciendo que la afiliación de la demandante al RAIS fue producto de una decisión libre de presiones y engaños; afirma que PORVENIR cumplió con el deber de información vigente para la época y que por ello la demandante conocía todas las implicaciones de su decisión de afiliarse al RAIS.

Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de febrero de 2021 profirió sentencia absolutoria;

Como fundamentos de su decisión la Juez de primera instancia advirtió que la señora demandante nunca estuvo vinculada legalmente en el régimen de prima media con prestación definida, razón por la que no tuvo en cuenta los supuestos fácticos alegados en la demanda y que se referían más a hechos de un traslado de régimen, situación que no es objeto de controversia.

Respecto a los presupuestos legales que se exigían para la validez de la vinculación al sistema general de pensiones, manifestó que en la vinculación de la demandante al RAIS se dio cumplimiento a las formalidades establecidas en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y en el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 del 94.

Hizo referencia a que a folio 35 obra prueba de que la demandante manifestó por escrito su decisión libre y voluntaria de afiliarse al RAIS, documento que en el trámite procesal no fue tachado de falso.

Y llamó la atención respecto de la declaración extra juicio presentada por la demandante la cual consideró que tenía manifestaciones falsas, pues, en su texto se hace referencia a una afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida que nunca existió y a unos aportes que nunca se realizaron porque la demandante no ha estado afiliada al régimen de prima media.

Respecto al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió la juez de primer grado que en el caso en estudio no es posible aplicarlo toda vez que lo pretendido es la nulidad de la vinculación inicial de la demandante al sistema general de pensiones con el RAIS y no la nulidad de un traslado de régimen.

Resaltó que la demandante conocía la existencia y diferencia de los dos regímenes pensionales vigentes en Colombia y que no logró demostrar que anteriormente allá solicitado una vinculación o traslado a COLPENSIONES ni los vicios en el consentimiento, para soportar su decisión hizo referencia a la sentencia proferida por la doctora Dolly Amparo Caguazango Villota en la sentencia 3053 del 2020 radicación 79630 del 19 de agosto del año 2020, donde se explicó: que la parte que alega la nulidad por un vicio del consentimiento tiene la carga de acreditar lo que no ocurrió y sostiene que en esa dirección el juez laboral no puede presumir los vicios en el consentimiento ni suponer su existencia.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se concedan las pretensiones de la demanda; como fundamento de su inconformidad, manifestó que la señora demandante no tenía clara su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, pero informó que había prestado servicios en algún momento antes de su afiliación a PORVENIR, periodo en el que posiblemente lo que habría sucedido es que no se hayan realizado los aportes; hace referencia a que en decisiones de tutela se ha establecido que el hecho de que una persona se afilie por primera vez a un fondo privado sin haber contado con una afiliación al régimen de prima media con prestación definida anterior no quiere decir que esto sea excusa para que el asesor o el fondo privado no de la información de la cual tenía la obligación de darla y el hecho de que no estuviera afiliada al régimen de prima media con prestación definida no quiere decir que esa persona no fuera objeto de una información concreta, comparada, válidamente establecida de conformidad con lo ordenado en el decreto 692 de 1994 por el cual se reglamenta la ley 100 de 1993.

ALEGACIONES

Las demandadas presentaron alegaciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de la afiliación de la señora demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, si se debe ordenar la afiliación al régimen de prima media.

Elementos de prueba relevantes:

- Reclamación administrativa folio 26.
- Cédula de ciudadanía de la señora demandante folio 30.
- Reporte de historia laboral de la demandante proferida por COLPENSIONES de fecha 10 de mayo de 2018 y 01 de marzo de 2019 a folios 8-10 y 48-52.
- Cédula de ciudadanía de la señora MARIA FERNANDA DOMINGUEZ VALLAFAÑE, folio 15.
- Formulario de afiliación de la demandante a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR de fecha 07 de Julio de 1997, folio 77 archivo No. 10.
- Reporte SIAFP folio 87 archivo No. 10.
- Interrogatorio de parte de la señora demandante.

Caso Concreto

Frente a la decisión absolutoria de primera instancia, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación respecto de la valoración probatoria al considerar que la demandante recibió una indebida e incompleta información por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en el momento de su vinculación al sistema general de pensiones por primera y única vez con el RAIS.

Para resolver dichos aspectos del recurso de apelación, se revisan los diferentes elementos de prueba que obran en el proceso y de ellos se deduce los siguientes aspectos: la señora demandante el 07 de julio de 1997 se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (fl.77 archivo No. 10); no obra prueba que acredite o de la que se pueda inferir que la señora demandante, estuvo afiliada previamente al régimen de prima media administrado con el ISS o que hubiese estado vinculada a otra caja de previsión social; no se acredita que la señora fuera beneficiaria del régimen de transición por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con 32 años (fl. 30),

no estando incurso para esa época en algún tipo de prohibición para afiliarse al fondo privado, solicitud de afiliación que tampoco podía ser rechazada por el fondo.

Ahora al revisar los hechos en que se fundamentó la demanda se observa que efectivamente existen supuestos facticos que hacen referencia a una situación de traslado de régimen que evidentemente como consta a folio 87 del archivo No. 10 nunca aconteció, pues, la demandante se afilió al Sistema de Seguridad en Pensiones al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En el interrogatorio de parte expuesto por la demandante en el trámite de la primera instancia se extrae que la demandante afirma que cuando ingresó a laborar a la Gobernación de Cundinamarca le entregaron unos formularios y unos documentos para diligenciarlos firmarlos y entregarlos para el acceso al trabajo; dijo que leyó los formularios para diligenciarlos pero no los anexos; también indicó que no sabe si antes de 1997 estuvo afiliada al régimen de prima media, dice que trabajó para la alcaldía de Ubaté y el hospital de Ubaté pero que nunca ha reclamado dichos soportes; también informó que al momento de su vinculación tenía afán de posesionarse y por tal razón suscribió el documento, pues, asegura que los asesores de PORVENIR S.A. eran los únicos que estaban en la oficina donde estaba realizando los trámites para su vinculación a la GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA.

Ahora al revisar el formulario de afiliación a HORIZONTE se puede verificar que la vinculación al régimen de Ahorro individual cumple con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 que son de validez de conformidad con el mismo artículo, norma que permitía que la manifestación de voluntad se realizara en formatos pre impresos, aunado a que cumple con las normas vigentes para la fecha de la afiliación, esto es, la manifestación que la selección la efectuó en forma libre, espontánea y sin presiones, como se constata en dicho documento, y con ello sometió su aspiración pensional a las disposiciones, requisitos y parámetros contenidos en la Ley 100 de 1993.

Además, se debe señalar que dicho formulario se encuentra suscrito por la demandante, y la firma del formulario es una manifestación del consentimiento emitido por ella al tenor de la jurisprudencia y de conformidad con el artículo 1502 del C.C. esa manifestación de voluntad no se debe encontrar afectada de vicios. La demanda sustenta la nulidad del acto del traslado porque el consentimiento se encuentra viciado por error configurado al no entregarse la información necesaria para dicha vinculación.

Para determinar la ocurrencia o no de vicios del consentimiento y una vez revisadas las pruebas aportadas, la sala considera procedente remitirse al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes

elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño porque no se proporcionó una información, clara, completa y cierta, pero de conformidad a la definición este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio y al revisar los elementos de juicio aportados se deduce que la demandante seleccionó como régimen pensional el RAIS y por ello se vinculó a la AFP HORIZONTE, de manera voluntaria y libre de presiones, por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas de la afiliación al sistema de seguridad de pensiones en el régimen de ahorro individual, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere *"a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico"*.¹

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y ha sido aplicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política; aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni que la afiliación se hubiera constituido en un objeto o causa ilícitos, por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de vinculación de régimen pensional, como acertadamente lo dispuso la Juez de primer grado.

Ahora respecto a la aplicación del precedente jurisprudencial es válido tener en cuenta que dicho criterio sólo es aplicable en los casos en que se persigue la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado entre los regímenes de pensiones de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, caso que no es el objeto de estudio en este proceso, por las razones expuestas se confirmara en su totalidad la decisión de primera instancia.

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations. T. I. 6e Ed. Paris, Armand Colin Éditeur, 1994, Ps. 142-143.*

COSTAS: No se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado *ACLARO VOTO*


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

REFERENCIA: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2015 00931 01
DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA DOMINGUEZ
VILLAMIZAR.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2.021).

De conformidad con lo establecido en el inciso 4° del art. 140 del C.G.P., me permito poner en conocimiento de Sala, particularmente del Magistrado que sigue en turno Dr. Hugo Alexander Ríos Garay, que me encuentro impedido para conocer del proceso de la referencia, al amparo de la causal consagrada en el numeral 2° del art. 141 del C.G.P., por haber conocido del proceso en primera instancia en calidad de Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA FERNANDA DOMINGUEZ
VILLAMIZAR CONTRA COLPENSIONES Y OTRO.**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

De las presentes diligencias se advierte que mediante auto de la fecha el Dr. HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA manifestó a la Sala estar incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 141 CGP, revisado el expediente se verifica que en efecto el citado Magistrado tramitó varias etapas del proceso durante el periodo que ejerció como Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., razón por la cual se encuentra fundado el impedimento manifestado y por ello se acepta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

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



PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA DOMINGUEZ VILLAMIZAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 022 2015 00931 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

AUTO

Teniendo en cuenta que la ponencia presentada por la suscrita presenta un salvamento de voto del magistrado dr. Hugo Alexander Ríos Garay y un impedimento del dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta, se hace necesario que se convoque a un cuarto magistrado, en este caso de la Sala Sexta de Decisión para que dirima el empate. Integración que resulta viable de conformidad con lo establecido en la sentencia del 25 de mayo de 2005 proferida por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente C-7198.

Así las cosas, se hace necesario convocar al dr. LORENZO TORRES RUSSY para que integre esta sala de decisión, quien es el Magistrado que sigue en turno de la Sala 6, en el orden correspondiente.

De conformidad con lo anterior, se

RESUELVE

Convocar al dr. LORENZO TORRES RUSSY para efectos de que conozca del asunto de la referencia y dirima el empate que se presenta actualmente, frente al proyecto presentado por la suscrita.

CÚMPLASE


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA FERNANDA DOMINGUEZ VILLAMIZAR

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 022 2015 00931 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, artículo 15, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver los recursos de apelación presentados por **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá y surtir el grado jurisdiccional de consulta consagrado en el artículo 69 del CPTySS.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de la afiliación con la **PROTECCIÓN S.A.** por lo que no produce efecto alguno, lo que conlleva el regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por **COLPENSIONES**; condenar y ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. En consecuencia, que para efectos pensionales continúa a la Administradora Colombiana de Pensiones en el régimen de prima media con prestación

definida; igualmente, las condenas que en uso de los poderes en aplicación de las facultades ultra y extra petita, costas, gastos y expensas y agencias en derecho. (fls. 43-54).

La parte demandante sustentó sus pretensiones en resumen en los siguientes hechos: nació el 20 de septiembre de 1961, se afilió al Régimen de Prima Media el 21 de mayo de 1986 y cotizó en ese régimen hasta el periodo de mayo de 1999; se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en mayo de 1999 sin la debida asesoría o explicación de cambio de régimen, sus ventajas y desventajas hacia el futuro, no le informó sobre las modalidades de pensión, las implicaciones, la comparación de régimen, la proyección de la mesada pensional para el año 2015 con una cotización de \$6.355.000 es de \$1.878.063 en PROTECCIÓN y de \$5.084.000 en COLPENSIONES.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** solicitó se declaren improcedentes las pretensiones argumentando que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenta la nulidad o ineficacia de la afiliación, en tanto su afiliación de régimen porque una supuesta información ocurrida durante la gestión comercial adelantada 17 años atrás ante la imposibilidad legal de realizar el traslado de régimen de pensiones.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, prescripción, excepción genérica. (Fls. 61-72).

COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones porque no ha existido vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias y por no reunir los requisitos para regresar al régimen de prima media cuando le faltan más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica. (fl. 89-97).

La **AFP PORVENIR S.A.** al ser vinculada al proceso considera que es improcedente la solicitud de nulidad por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento, la asesoría suministrada es acorde a las disposiciones legales y por la vigilancia y control. Presentó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica (fl. 152-159).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad acaecido el 23 de julio de 1997, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen; ordenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; ordenó a PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación; declaró no probada las excepciones propuestas; condenó en costas a PORVENIR y PROTECCION a un salario mínimo legal mensual vigente a cada uno y ordenó el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR: no procede la ineficacia porque no se cumplen los presupuestos fácticos de la jurisprudencia expuesta por el Juzgado, el traslado cumplió la normatividad vigente y no procede la devolución de los gastos de administración.

PROTECCIÓN el deber de información cumplió con las normas vigentes, no se acredita vicios del consentimiento porque el traslado se realizó de manera voluntaria, la jurisprudencia no debe aplicarse de manera retroactiva, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni la condena en costas.

COLPENSIONES: la demandante se encuentra incurso contemplada en la Ley 100 de 1993 para realizar el traslado de régimen, y se vulnera la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGACIONES

Presentaron escrito de alegaciones los apoderados de Porvenir y Protección.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia de traslado realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 2, cédula de ciudadanía que da cuenta la demandante nació el 20 de septiembre de 1961.
- A folio 14-19, extracto PROTECCIÓN.
- A folio 20, solicitud de vinculación a DAVIVIR.
- A folios 21-23, 104-105, resumen cotizaciones a COLPENSIONES.
- A folios 24-25, respuesta a derecho de petición de PROTECCIÓN.
- A folios 76-78, resumen bono pensional.
- A folios 79-81, respuesta PROTECCIÓN.
- A folios 82-83, 162, registro SIAFP.
- A folio 160, formulario de vinculación a PORVENIR.
- A folios 163-164, comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte

Caso Concreto

Frente a la decisión de primera instancia, las demandadas PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación contra la declaración de ineficacia del acto de traslado, la condena por gastos de administración y las costas, al considerar que no se prueba vicios del consentimiento, el traslado cumplió con las normas vigentes en que se realizó, el precedente jurisprudencial que se tuvo en cuenta en la sentencia de primera instancia no es aplicable en el presente caso, existe prohibición legal para el traslado al régimen de prima medida y se afecta la sostenibilidad financiera, aunado a que se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

En el caso de auto está probado que la demandante a la edad de 35 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, contando con 578,18 semanas cotizadas al sistema (fls. 2, 104 y 160), no estaba incurso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, por cuanto a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad ni se acredita que gozara de una pensión por invalidez;

sumado a que diligenció el formulario de solicitud de vinculación a PORVENIR de manera voluntaria, tal como se desprende de dicho documento (fol. 160), manifestación de la voluntad que fue libre como se corrobora con lo expuesto por la actora en el interrogatorio de parte sobre las razones por las que se trasladó y permaneció en el Régimen de Ahorro Individual.

El acto del traslado al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió, y cumple con los presupuestos legales para su validez señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, norma que permitía que el trámite se realizara con documentos preimpresos, sin que se encuentre prueba que llegue a concluir que el fondo debía negar la solicitud de traslado, ya que no puede olvidarse que a estas entidades les estaba prohibido rechazar la vinculación de cualquier persona que cumpliera con los requisitos, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994.

En el recurso de apelación se indica que no se acreditan vicios del consentimiento, revisado el expediente respecto de los vicios del consentimiento cuyas causales se encuentran consagradas en el artículo 1508 del Código Civil, se tiene que en la demanda se indica la falta de información como supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la afectación a la manifestación de la voluntad.

Según la definición doctrinal el error que se refiere "*a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico*"¹, se constituye en un error de derecho, y respecto de dicha clase de error por expreso mandato del artículo 1509 del Código Civil, no se configura un vicio en el consentimiento de quien lo presta.

Y se señala que sería la existencia de un error de derecho porque la demandante señala que no se le entregó la información, que se encuentra en su totalidad consagrada en las normas legales.

Válido es recordar que al encontrarse todos los aspectos regulados por las normas legales y reglamentarias, se aplica el principio de que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, que fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y por ello, esa falta de conocimiento

¹ Cfr. FLOUR, Jacques et Jean-Luc AUBERT. *Les Obligations*. T. I. 6^o Ed. Paris. Armand Colin Editeur, 1994. Ps. 142-143.

no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, como se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Es de anotar, que artículo 9 del C.C., ha sido aplicado por la misma Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política que consagra que todas las personas están obligadas a cumplir la constitución y las leyes.

En ese orden de ideas y sin desconocer la obligación legal de las entidades que administran los recursos pensionales de asesorar a los afiliados desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, se descarta la existencia de un error de derecho, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

Ahora si lo que se quiere es tipificar un vicio del consentimiento por error de hecho, respecto de este se debe señalar que se configura cuando recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió, el cual tampoco se demuestra en el presente caso porque es la demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte, quien expuso sobre su traslado de régimen de pensiones y eso fue lo que efectivamente acaeció.

No se alega la existencia de dolo o fuerza, ni el traslado de régimen se constituye en un objeto o causa ilícitos por lo que se colige que en el presente caso no se configuran vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado de régimen pensional, por lo que le asiste razón a los recurrentes en el argumento de apelación.

Respecto del argumento relacionado con el hecho de que la situación pensional de la demandante se encuentra en la prohibición contemplada por la Ley 100 de 1993, respecto del traslado dentro de los diez años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para pensión en el régimen de prima media, esto es, no cumple con los presupuestos de la Ley 797 de 2003 para el traslado, es de anotar que le asiste razón a la parte recurrente, primero porque dicha norma establece los periodos de permanencia en cada régimen y de limitación del derecho para seleccionar el régimen cuando la persona se encuentra a menos de diez años para cumplir los requisitos para acreditar el derecho a la pensión, y esto porque de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el traslado en dicho periodo afecta

principios constitucionales como la equidad, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

En sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, expuso la Corte lo siguiente: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”* y *“el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.*

Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional,...”.

En la Sentencia C-401/16 consideró: *“... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables, como se dijo. Mientras en el primero de ellos - se explicó en las consideraciones generales de este fallo- el afiliado aporta a una cuenta individual, en el segundo lo hace a una global y general. Igualmente, en uno el derecho pensional depende de lo ahorrado de manera individual, mientras en el otro ese factor no se tiene en consideración, sino que lo que importa es la edad y las semanas cotizadas. Así las cosas, las radicales diferencias existentes hacen que no sean casos asimilables”*

Y en la sentencia C-083/19, señaló que *“el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre*

sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

De otro lado la técnica de capitalización, en términos simples, se realiza a través del ahorro individual, de manera que las cotizaciones de los afiliados son las que alimentan su reserva que se incrementa con los intereses que recibe, por todo el tiempo cada asegurado y se hace efectivo cuando se completa un valor suficiente para asegurar el pago de la pensión. En la Ley 100 de 1993 esto tiene una variación, pues por razón del principio de solidaridad y de la finalidad de progresión en la cobertura, aun si el valor del ahorro no alcanza, pero se convierte en cotizaciones de semanas, se garantiza una pensión mínima.

Estas reflexiones sobre cómo funcionan las técnicas para garantizar el derecho fundamental a la seguridad social en pensiones son útiles, entre otros permite advertir que la técnica de reparto -régimen de prima media- tiene un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional[30], y que dadas sus características el Estado subsidia una parte de dicha prestación[31], de manera que no puede argüirse que la pensión deba reflejar estrictamente aquello que se cotizó”.

De tal manera que siguiendo esos derroteros jurisprudenciales se colige, al igual que la entidad demandada, que al ser los regímenes de prima media y de ahorro individual excluyentes entre sí por su forma de financiación diferente, el principio de solidaridad en cada uno es disímil porque quienes en el Régimen de Prima Media han aportado al sistema con un alto componente de solidaridad intra e intergeneracional, ello no ocurre con los aportantes al régimen de ahorro individual que decidieron ahorrar en una cuenta individual y el aporte solidario es para ellos mismos en caso de no contar con un capital suficiente para financiar su propia pensión.

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1 de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el

requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

Lo anterior se corrobora con la exposición en el interrogatorio de parte en el que la demandante expone que el objetivo de la demanda es económico y en el argumento de la demanda en los fundamentos de hecho 29 y 30 en los que se indica sobre la diferencia entre las mesadas pensionales posibles en los dos regímenes, en el de prima media, la presunta mesada es la suma de \$5.084.000 y en el de Ahorro Individual la suma de \$1.878.063, que genera una diferencia inicial de \$3.205.936 sin contar los aumentos anuales legales de la pensión, lo cual implica que el Régimen de Prima Media subsidiaría la diferencia con los recursos del fondo común al que no aportó la demandante para cubrir ese faltante que no se pagaría con el capital de la cuenta individual a nombre de la demandante en el Régimen de Prima Media.

Es de recordar que en el presente caso no se puede desconocer que la razón genuina para promover la presente acción se contrae en la inconformidad sobre el monto de la posible mesada pensional, como se señala en el interrogatorio de parte, y sobre el particular, es de anotar que en cualquiera de los regímenes el monto de la pensión se define al momento de causar o exigir la pensión una vez cumplido los requisitos y no al momento de la vinculación, en la medida en que dicho monto depende de varios factores que se presentan durante la vida laboral de la persona; en el Régimen de Prima Media del cumplimiento de requisitos, tiempo de cotizaciones y salarios base de cotizaciones y en el Régimen de Ahorro Individual de los aportes a la cuenta individual, bonos pensionales, aportes voluntarios, rendimientos, edad que se escoja de retiro, personas a cargo, etc.; de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación como lo define la norma es solo un presupuesto basado en variables futuras inciertas y la falta de dicho presupuesto no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado porque no era un requisito exigido por la ley.

Adicionalmente, se debe señalar que el monto que se protege con las normas laborales es el que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, de tal manera que el mayor o menor valor de esa suma superior al salario mínimo depende de las circunstancias propias de la vida laboral y personal del afiliado al Sistema General de Pensiones, y, por ello, en cada régimen se encontrarán personas con mesadas pensionales con sumas mayores o menores comparativamente, aun dentro de cada administradora de pensiones, dadas las diferencias de los afiliados por las

situaciones particulares, lo cual no atenta contra el principio protector de las normas laborales, ya que lo que se garantiza es la contingencia de la vejez y que la mesada no pueda ser inferior al salario mínimo, y no un monto superior determinado porque la liquidación dependerá de los parámetros que se encuentran definidos por la ley

Las anteriores razones, serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia porque la decisión vulnera principios constitucionales y legales del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, pero adicionalmente se ha de tener en cuenta que el juez de primera instancia sustenta su decisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, para declarar la ineficacia en sentido estricto por falta de información al momento del traslado.

La construcción jurisprudencial y reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral asigna la carga de la prueba de la información otorgada a la demandante a las administradoras de pensiones, información que debe ser valorada por el juzgador teniendo en cuenta las normas vigentes en el momento histórico del traslado (sentencia proferida en el radicado 68838), lo cual es concordante con las normas laborales, si se tiene en cuenta que de conformidad con el artículo 16 del CST las normas no tienen efecto retroactivo y no se encontraba vigente la Ley 1328 de 2009.

Respecto de esa causal de ineficacia del acto del traslado señalada por la jurisprudencia por incumplimiento del deber de información, se debe indicar que según la misma jurisprudencia es una forma de atentar contra el derecho del trabajador a una afiliación libre, lo cual se consagra en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, (sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852) y en ese caso no le compete a la jurisdicción definir su ocurrencia o no por el mismo mandato legal.

Nótese que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL4360-2019, proferida en el proceso identificado con la radicación 68852, sustenta la ineficacia en sentido estricto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma especial sobre la materia del Sistema de Seguridad Social Integral.

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión

del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando *«el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto»*.

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro”. (cursivas y negrillas propias del texto)

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

Ya la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 realizó un estudio sobre el concepto de ineficacia en sentido amplio y estricto, indicando que en este concepto “suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad”.

En el presente caso, se descarta la inexistencia porque de acuerdo con la sentencia antes reseñada esta se refiere cuando los requisitos y condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran, como por ejemplo cuando falta la voluntad, no concurre un elemento de la esencia de determinado acto, o no se cumple con un requisito para su existencia. Recuérdese que la manifestación de la voluntad se encuentra reconocida en el interrogatorio de parte, y el traslado cumple con los requisitos señalados en la ley vigente para la época en que ocurrió, como ya se expuso.

Tampoco se da el evento de la nulidad absoluta o relativa porque no se configura alguna de las causales de vicio consagradas en las normas tales como el dolo, fuerza, error de hecho, causa y objetos ilícitos.

Igualmente, no se verifica la inoponibilidad a terceros, en la medida que el acto de traslado surtió sus efectos y aún se encuentran vigentes, ya que se constata que las partes realizaron las actuaciones correspondientes para tal fin, al punto que los empleadores han realizado los aportes a la Administradora de Pensiones.

Y respecto de la ineficacia en sentido estricto que no requiere declaración judicial, se refiere a los casos señalados en la Ley, en este evento al caso del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que no debe ser analizado por la jurisdicción ordinaria, por las razones antes expuestas, y cuyos efectos son diferentes a la declaración de la nulidad.

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

Igual sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones, como la señalada en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual puede ser sancionado y cuenta con una regulación especial para su aplicación contenido en el mismo Decreto, artículo 211, de tal manera que tampoco sería la jurisdicción ordinaria laboral la encargada de imponerlas.

Por lo anterior, se reitera la aplicación de esas normas por las conductas en ella descritas escapan a la órbita de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

Por lo anterior, habría lugar a revocar la sentencia de primera instancia, de no ser porque la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, ha dejado sin efectos sentencias proferidas por este Tribunal con sustento en las anteriores argumentaciones por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral, como se puede constatar entre otras en las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021.

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, y por esta razón se CONFIRMARA la decisión de primera instancia.

En relación con la condena sobre la devolución de los gastos de administración, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

Finalmente, sobre la condena en costas que es objeto de apelación por PROTECCIÓN, se encuentra que el artículo 365 del C.G.P., al que se remite en virtud del artículo 145 del CPTYSS, dispone que son a cargo de la parte vencida en el proceso, por lo que no hay lugar a revocar las mismas.

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

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

RESUELVE

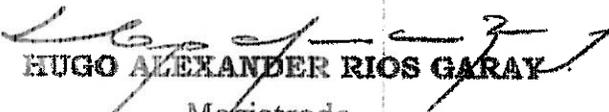
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

(impedimento aceptado)
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
(salvamento de voto)


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado