

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR FABIO ANTONIO
GUERRERO AMAYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. (RAD. 02 2018 00536 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y PORVENIR, mediante correos electrónicos del 11 y 13 de mayo, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación por PORVENIR y COLPENSIONES, respectivamente, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por la Juez Segunda (2) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 3 de febrero de 2021 (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:05:34, expediente digital), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante FABIO ANTONIO GUERREO AMAYA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.131.937 al régimen de ahorro individual, realizada el 05 de octubre de 1999 a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A, conforme lo dicho en la parte motiva de la presente sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante FABIO*

ANTONIO GUERREO AMAYA, identificado con la cédula de ciudadanía 4.131.937 y que hubiese recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes del accionante FABIO ANTONIO GUERREO AMAYA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.131.937, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca hubiese trasladado en virtud del regreso automático.

CUARTO: Dadas las results del juicio se **DECLARAN NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las convocadas a juicio.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** a PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

SEXTO: Si no fuese apelada la presente sentencia **CONSÚLTESE** con el superior.”

Inconformes con la decisión, PORVENIR y COLPENSIONES la apelaron.

En primer lugar, COLPENSIONES asevera, no existen razones para que se declare la ineficacia de la afiliación realizada por el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento y, por el contrario, el demandante refirió su voluntad de afiliarse y permaneció en el por más de 21 años, realizando aportes.

Sostiene, nadie puede alegar su propia culpa y es responsabilidad de cada persona informarse antes de tomar una determinación, para lo cual alude igualmente al principio que reza que el desconocimiento de la ley no es excusa para infringirla, anotando, cualquier error que hubiere existido al momento del tránsito entre regímenes quedó saneado con el paso del tiempo.

Recuerda, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, estableció una restricción para que las personas, a quienes le falten menos de 10 años para tener el derecho a la pensión, puedan trasladarse de régimen, y bajo tal entendido, afirma, no es procedente el traslado del demandante pues está inmerso en la prohibición anotada.

Por último, pide se condicione el cumplimiento de las ordenes impartidas en su contra a la normalización de la afiliación por parte de PORVENIR en el sistema de afiliación, la anulación respectiva y la devolución de aportes¹ (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:07:51, expediente digital)

A su turno, PORVENIR, memora, para el momento de traslado realizado por el demandante se encontraban en la primera etapa del deber de información y en esa medida, dice, solo estaba obligada a mencionarle al demandante *“si con el traslado de régimen existía alguna renuncia frente a algún derecho prestacional o pensional como lo podría ser que fuese beneficiario del régimen de transición o contara con cualquier derecho adquirido frente a su situación pensional”*; sin embargo tales situaciones, menciona, no se presentaron en el caso de autos y por ende, no se causó perjuicio alguno al actor. Sobre este mismo punto, además,

¹ “Gracias su señoría siendo el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior De Bogotá Sala Laboral y ante la sentencia antes proferida por su despacho en los siguientes términos:

No hay razón a que se declare la ineficacia de la afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante en razón a que la afiliación tiene plena validez y legalidad puesto que no se probó por parte del accionante alguna de las causales como vicios del consentimiento sino que por el contrario la parte actora manifestó que se afilió al fondo de pensiones y cesantías porvenir por lo tanto existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 21 años realizando aportes a dicho fondo. Existe un principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por ende no puede el demandante establecer que fue negligente por más de 21 años para preguntar y averiguar si lo manifestado por el asesor del fondo privado era o no cierto pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, pues el desconocimiento de la ley no es excusa para infringirla, ahora es bien es claro que la afiliación del fondo privado acaeció en el año 1999 por ende encontrándonos 21 años después es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido suceder, pues el demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante estos años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional

De otro lado en virtud de la modificación introducida por la ley 797 de 2003 el término mínimo de permanencia para que proceda el traslado entre regímenes pensionales es de 5 años advirtiéndose que las personas que al 28 de enero del 2004 les faltaren diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez podía trasladarse por una vez entre regímenes hasta dicha fecha, así la misma norma citada señaló una restricción para aquellas personas que les faltaren diez años o menos para cumplir la edad requerida, para acceder a la pensión de vejez impidiéndoles trasladarse, restricción que empezaría a operar después de un año de vigencia de esta ley. En corolario de lo expuesto no es procedente el traslado de régimen del demandante toda vez que en la legislación vigente se encuentra una prohibición de traslado de régimen para aquellas personas que se encuentren a diez o menos de adquirir la edad de pensionado, situación en la cual se encuentra el demandante, sin más argumentos pues el razonamiento medular está plenamente demostrado y el traslado del demandante al RAIS es legal y válido por lo que existen suficientes elementos de pruebas, normas jurídicas y jurisprudencia para la negación de las pretensiones del aquí demandante, en consecuencia solicito al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral revocar la sentencia de primera instancia concediéndome para tal efecto las razones y argumentos de la defensa.

Adicionalmente y pues como petición especial de accederse a las pretensiones la obligación que tiene mi representada estaría sujeta a la condición previa de que la AFP en este caso Porvenir normalice la afiliación al sistema de información de administradoras de fondos de pensiones, la anulación a través del mantis, la devolución de los aportes a Colpensiones con la respectiva entrega de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor debidamente indexados bajo el periodo en el que actor permaneció afiliado al fondo privado, en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación gracias su señoría.”

refiere, aunque COLPATRIA estaba también obligada a informar sobre las ventajas, desventajas, no comparte la exigencia que se hace por parte del Despacho de medios de pruebas adicionales para acreditar el cumplimiento de tal deber, presumiéndose la mala fe de la administradora y soportándose en negaciones indefinidas en desconocimiento del artículo 167 del C.G.P.

Con relación a ello también, recuerda que para la fecha de traslado ninguna exigencia distinta a la suscripción del formulario de afiliación existía, esto es, no era necesario dejar por escrito la información que se daba al afiliado.

Cuestiona la intención del demandante de retornar al régimen de prima media, la que arguye fundada únicamente en las diferencias en el monto de su mesada pensional y no propiamente por la ausencia del deber de información, lo que, en su sentir, no constituye un motivo válido toda vez que cada régimen tiene sus características y particularidades.

Por otra parte, señala, debió tenerse en cuenta que para la época de la celebración del acto jurídico que se discute, el demandante fungía como alcalde lo cual, en su criterio, *“conlleva a que la precepción de la información frente a las consecuencias de realizar un traslado de régimen le fueran mucho más fácil percibirlas”*. Además, subraya, no solo las administradoras tienen obligaciones frente al sistema en tanto los afiliados también tienen deberes como consumidores financieros.

Con relación a los gastos de administración, sugiere, tal disposición conlleva una afectación al patrimonio de esa sociedad pues de buena fe desempeñó la función de administración la cual se vio reflejada en los rendimientos financieros que se acreditaron en la cuenta y el pago de prima de los seguros de invalidez y sobrevivencia. Frente a este aspecto, además, pide se revise lo atinente a la excepción de prescripción, enfatizando, estos tienen un fin distinto al pago de la prestación² (Audiencia virtual art. 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 1:12:02, expediente digital).

² Si su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho en los siguientes términos: atendiendo las consideraciones adoptadas por la falladora de primera instancia y de determinar declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante con la AFP Colpatria hoy Porvenir con fecha de efectividad del 01 de enero del año 2000, válgase precisar que la motivación realmente frente a la declaración de ineficacia se justifica propiamente a criterios de carácter jurisprudencial, si bien es cierto y se comparte la posición de carácter jurisprudencial de la falladora de primera instancia, en ningún momento se desconoce que existía al momento del traslado de régimen ya un

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

deber de información respecto a los criterios fijados incluso por la misma ley y la jurisprudencia ampliamente ya debatido, claro es mencionar que al momento de traslado nos encontramos en la primera etapa del deber de información como se logró identificar, esto en el sentido de que en Colpatria en su momento estaba en la obligación de mencionarle al demandante si con el traslado de régimen existía alguna renuncia frente a algún derecho prestacional o pensional como lo podría ser que fuese beneficiario del régimen de transición o contara con cualquier derecho adquirido frente a su situación pensional lo que es de un aspecto fáctico como se analiza dentro de la jurisprudencia en casación mencionada por la falladora de primera instancia, sin embargo al momento de tener esto en cuenta vemos que el demandante en ningún momento generó alguna renuncia frente al momento en que se trasladó de régimen, es decir de entrada podemos decir que no existió ningún perjuicio frente a la situación pensional al momento de traslado, es cierto que por Colpatria en su momento estaba en la obligación de mencionarle características ventajas o desventajas, pero no se comparte la consideración de determinar de que como no se allegan documentación o medio probatorio adicional respecto a acreditar esa situación se parte de la mala fe de la administradora de pensiones porque no existiendo ningún medio probatorio que justifique lo contrario simplemente soportado en negaciones indefinidas se apoye la tesis de la parte demandante, véase que si bien el juzgador tiene la facultad por el artículo 167 del CGP de atribuirle a la parte procesal la carga de la prueba referente a los hechos en cuestión o la facilidad que tenga de aportar el medio probatorio en el contexto de este tipo de procesos la administradora de fondos de pensiones aparte del formulario de afiliación que otro medio podría allegar, véngase adquirir que al momento del traslado no había ninguna exigencia legal de dejar por escrito dejar toda la información que se le deba al afiliado que esas características de uno u otro régimen quedaba por escrito, propiamente si esto no reposa de esta forma esto no podría concluirse o no debió concluirse que es que no existe la información suministrada al afiliado porque claramente dentro del escrito demandatorio se nota la intención del demandante de traslado no por la falta de información, sino por la diferencia de la mesada pensional que bien se sabe en este tipo de procesos, es una situación que ni siquiera requiere de confesión porque dentro de los mismos hechos de la demanda se está mencionado la inconformidad del monto pensional y pues si bien es cierto la materia de inconformidad por la parte demandante o que exista una diferencia pensional, los regímenes pensionales tienen una vigencia y una constitucionalidad actualmente que conlleva que características de uno u otro régimen determinen el monto de la mesada pensional, en esta caso pueda variar respecto a su naturaleza y condiciones de cada uno de ellos.

La calidad del demandante es algo que debió tener en cuenta al momento de celebrarse el acto jurídico, véase que dentro del mismo escrito formulario de afiliación la calidad del demandante al ser alcalde propiamente conlleva a que la precepción de la información frente a las consecuencias de realizar un traslado de régimen le fueran mucho más fácil percibir las consecuencias que una persona que es lega frente a criterios de la decisión que iba a adoptar, el estatuto financiero si bien impone unas cargas a las AFP también le impone al consumidor financiero no es simplemente considerar que al manifestar no recibir una información se deba acoger la tesis de la parte demandante, en ese sentido dejó entonces mi argumentación respecto a que Porvenir siendo una AFP independiente al momento del traslado de Colpatria allego la documental y el expediente administrativo como es su deber de administradora de pensiones y véase ahí entonces la situación de la facilidad que tiene la administradora de aportar medios probatorios adicionales, cuando ni siquiera es la AFP la que realiza el traslado de régimen, no existe claramente una relación directa respecto al acto de traslado de régimen.

Por otro sentido también es motivo de apelación la condena a mi representada a los gastos de administración propiamente porque conlleva una afectación al patrimonio económico de mi representada en el entendido que la buena fe desempeñada frente a la gestión de administración se vio reflejada en la generación de unos rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la parte actora durante todo ese tiempo de afiliación al pago de primas de seguro por validez y sobrevivencia que en ese tiempo se efectuó a la aseguradora que conlleva a un nuevo acto jurídico de naturaleza del contrato de aseguramiento en ese sentido la buena fe desempeñada no debía conllevar a generar claramente estos cobros por gastos de administración frente a considerar las consecuencias de la ineficacia, más aun también solicitó al tribunal estudiar la excepción de prescripción propuesta en la contestación de la demanda respecto a estos cobros por gastos de administración si se confirma estos gastos de administración en el entendido que su destinación tiene un carácter diferente a la motivación realizada por la CSJ en su sala laboral y la corte constitucional respecto a su imprescriptibilidad enfocada a la pensión de vejez como derecho constitucional, pues los gastos de administración refieren una destinación diferente a tal situación que claramente tiene aplicación la excepción de prescripción frente a estos cobros, por lo anterior le solicito a la honorable sala laboral del tribunal superior de Bogotá se sirva revocar en su integridad la decisión emitida por el despacho y se absuelva a mi representada de las condenas impuestas en esta sentencia, muchas gracias señora juez.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante **FABIO ANTONIO GUERRERO AMAYA** en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (pág. 3, archivo 01, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (páginas 3 y 4, *ibid.*), aspirando principalmente se declare la nulidad del traslado efectuado el 5 de octubre de 1999 con la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLPATRIA hoy PORVENIR, toda vez que en la etapa precontractual no se brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones (sic) y en especial de su situación personal y concreta. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el actor a COLPATRIA, hoy PORVENIR, disponiendo a esta última, como actual administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, junto con los rendimientos financieros causados, sin lugar a descontar los gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PORVENIR no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con el demandante, al momento del traslado.

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

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 25 de enero de 1962 (página 10, archivo 1, expediente digital), por lo que la edad de 62 años, los cumpliría el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 22 de marzo de 2018 (pág. 12, archivo 1, expediente digital), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-; de otra parte, se tiene, el actor no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 154,28 semanas cotizadas (Historia Laboral expedida por Colpensiones, págs. 21 a 23 (archivo 1) y expediente administrativo (archivo 02), carpeta digital) equivalentes a 2,95 años, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **5 de octubre de 1999** (págs. 11 y 289, archivo 1, expediente digital) específicamente conforme a la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente

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

autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁴, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

Así pues, ha asentado reiteradamente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que para el estudio de la procedencia de la ineficacia del traslado, se traslada la carga de la prueba quedando ésta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los

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

dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales. De igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

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

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

debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** del actor al fondo accionado PORVENIR (antes COLPATRIA)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

No se enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante⁶ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor le garantizó una pensión en ese fondo, mejor a la que obtendría con el ISS, que este último se acabaría y que podría pensionarse anticipadamente, empero, ninguna explicación efectuó frente a las condiciones del régimen, los requisitos para pensionarse en uno u otro, entre otros aspectos.

Tampoco se verifican con lo manifestado ante estrados por el representante legal de PORVENIR⁷ toda vez que en realidad no le consta lo que le dijo el asesor al actor en el momento de la afiliación y solo refirió a las políticas que tiene

⁶ Audiencia virtual realizada el 12 de enero de 2021, récord 26:09.

⁷ Audiencia virtual realizada el 3 de febrero de 2021, récord 08:21

establecidas la compañía que presume conocidas y aplicadas por quien realizó la afiliación, precisando, no existe documento alguno del que se pueda verificar lo ilustrado a la demandante diferente al formulario de afiliación, insistiendo, para la época esa era la única exigencia legal.

Respecto al comunicado de prensa (págs. 127 a 130, archivo 1, expediente digital), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR (antes COLPATRIA) omitió en el momento del traslado de régimen (5 de octubre de 1999, pág. 11), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

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

Además, se advierte, los gastos de administración surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden al declararse la ineficacia del traslado, resulta claro que dichos gastos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de afiliación del actor vuelve a su estado inicial, es decir, es como los mismos no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones (actual administradora del RPM), incluyendo este concepto. Así fue consignado en sentencia SL 2914 del 22 de julio del 2020 de la CSJ Sala Laboral, que reitera la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, en la cual se asentó:

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

[...]

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la

Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (págs. 76 y 119, archivo 01, expediente digital), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PORVENIR, baste con indicar, que la acción de “*recibir*”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de octubre de 2020, folios 183 a 188, archivo 1, expediente digital.

SIN COSTAS en esta instancia.

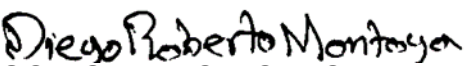
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

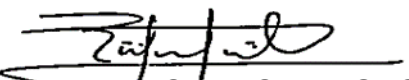
RESUELVE

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

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ RODRÍGUEZ
MIRANDA GONZÁLEZ CONTRA LIFTIT S.A.S. (RAD. 04 2019 00607 01).**

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (fls. 147 y 148), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de abril del 2021 (Cd fl. 138, record 1:24:18 acta a fls. 139 y 140) en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad LIFTIT S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por JOSE RODRIGO MIRANDA GONZALEZ, sin que haya lugar hacer pronunciamiento alguno por las excepciones propuestas por el demandado.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al actor, fíjense como agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: En caso de no apelarse esta decisión concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del actor.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora recurre la decisión señalando que se inobservaron las normas del Código Civil tales como los artículos 2303, 341, 816 y 140 del Código Sustantivo del Trabajo, precisando fue aceptado por las partes que hubo una oferta de trabajo, proporcionaron los tiquetes en México, por lo que el demandante se trasladó a cumplir su cuasicontrato como lo determina el artículo 2303 del Código Civil.

Expresa que se encuentra demostrado haber aportado los documentos que le exigieron previo al envío del pasaje para venir a Colombia y estando ya aquí le hacen la investigación “a puro chisme”, porque no hay ni una sola prueba que demuestre que se le haya hecho por un medio legal la revisión de antecedentes, precisando el actor no tiene antecedentes de ninguna clase, ni judiciales ni de policía, tan es así que llegó a Colombia sin ningún problema.

Manifiesta, el demandante cumplió con la obligación de estar en Colombia con el cuasicontrato que le enviaron en la oferta laboral para los días 13 y 14 de mayo, indicando el servicio se prestó precisamente porque estuvo a disposición de la demandada y en ese orden se le debe aplicar el artículo 140 del C.S.T, lo cual le generó unos perjuicios cuando se vino de México y se puso a disposición de su empleador (Cd. fl. 138, record: 1:24:57)¹

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante, señor JOSE RODRIGUEZ MIRANDA GONZALEZ, las pretensiones relacionadas a folios 4 y 5, las

¹ “Ya señor juez muchas gracias, me permito interponer recurso de apelación contra la anterior decisión teniendo en cuenta que para los efectos de la decisión tomada por el señor juez se inobservo normas tan elementales como el 2303 del Código Civil y 341 de la misma norma, artículos 816 del Código Civil y del artículo 140 del Código Sustantivo del trabajo, para el señor juez no hay ninguna causa ni perdida que venga desde México y que le digan devuélvase aquí no tiene nada que ver, eso no es, no causa ningún perjuicio (sic) está demostrado porque así esta, aceptado por las partes que hubo una oferta de trabajo, que le ofrecieron los tiquetes al señor en México, que se trasladó a cumplir su Cuasicontrato como lo determina el artículo 2303 del Código Civil y no solamente es un hecho material de que vamos aquí tiene que desarrollar y tiene que (sic) para que exista contrato de trabajo, cuando en ese cuasicontrato se le hace la oferta, se le dice en la reforma de la demanda se demuestra los documentos que le exigieron previo al envío del pasaje para venirse a Colombia y estando en Colombia, entonces ya le hacen la investigación, a puro chisme porque no hay una sola prueba de que se le haya hecho por un medio legal antecedentes, y está demostrado que no tiene antecedentes de ninguna clase judiciales, ni de policía, tan es así que llego a Colombia sin ningún problema, se presentó a las oficinas, entonces se le aplica el artículo 140 del CST que es el salario sin prestación de servicios, él estuvo dos días dispuesto, sin embargo por esta circunstancia, sin ninguna prueba real de que el señor tenía antecedentes, no sé qué clase de antecedentes, tal vez porque no se dejó intimidar o porque se atrevió a iniciar una demanda con el anterior jefe pues es más que suficiente para que no le dieran, no le pusieran a trabajar, pero el cumplió la obligación de estar en Colombia con el Cuasicontrato que le enviaron en la oferta laboral para que estuviera los días trece y catorce de mayo, le enviaron los pasajes posteriormente anteriormente a México para la venida a Colombia, se prestó el servicio precisamente por eso, porque estuvo a disposición y se le aplica el artículo 140 del CST y como no va a ver unos perjuicios cuando viene de México, llega aquí que pone a disposición de su empleador y el solo hecho de que devuélvase que no lo vamos a contratar para eso no hay ningún perjuicio basta leer el artículo 2341 del Código Civil para decir cuando se causa un perjuicio, lo que pasa es que cuando exclusivamente en esas circunstancias que no hay sudor, no hay contrato de trabajo, bonita tesis , gracias señor juez en eso fundamento mi recurso.”

cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 5 y 6 y 62 de la reforma de la demanda, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido para los días 13 y 14 de mayo del 2019 con un salario promedio mensual de \$19.500.000, el cual fue terminado en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia solicita el pago de salarios, primas de servicio, compensación en dinero por vacaciones causadas y no disfrutadas, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización por perjuicios: por el despido y por la no afiliación total e integral al régimen de seguridad social, pago de cotizaciones a pensión, salud y riesgos profesionales, la indemnización moratoria costas y gastos del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto, se absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, luego de considerar que no se logró demostrar la existencia un contrato de trabajo entre las partes, particularmente dada la ausencia de prueba de la prestación personal del servicio a favor de la sociedad accionada.

Pues bien, para resolver la alzada ha de indicarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

De conformidad con lo anterior, la controversia que se trae a los estrados, apunta a determinar si entre JOSÉ RODRIGO MIRANDA GONZALEZ como trabajador y LIFTIT S.A.S. como empleador, existió contrato de trabajo para los días 13 y 14 de mayo del 2019, advirtiéndose, el juez de primera instancia no halló demostrada la existencia del vínculo laboral entre las partes.

Razón por la cual precisa la Sala, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

Inicialmente debe precisarse por no haber sido aceptados los hechos de la demanda, entre ellos el referido a la prestación personal del servicio en los términos aducidos por el actor, aunado a que también se señala en la apelación la existencia de tal prestación en favor del accionado, corresponde en primer lugar a la Sala definir si en autos reposa prueba de la misma y, de ser ello así, dada la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y LIFTIT S.A.S., correspondiendo por tanto a ésta última desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

Así las cosas, procede la Sala con el análisis del acervo probatorio vertido en autos del cual se destacan las siguientes documentales:

- Carta Ref.: Oferta Laboral dirigida por la demandada al demandante (fl. 13).
- Boleto de avión del actor de México a Colombia del 10 de mayo (sin año) (fl. 14).
- Listado de documentos de contratación (fls. 15 y 16).

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la demandada (Cd. fl. 138, record: 6:56) quien señaló que el demandante hizo parte de un proceso de selección donde aplicó como candidato al cargo de Vicepresidente de Desarrollo de negocios, pero que nunca se firmó un contrato de trabajo ni se ejecutaron labores, pues simplemente se le hizo una oferta laboral donde se hicieron varias entrevistas y estudios de seguridad los cuales no fueron aprobados, precisando que el demandante se encontraba en Colombia para entrevistas de forma presencial con algunos ejecutivos y que si bien se asumieron los gastos de viaje de México a Colombia para el proceso de selección el 13 de mayo del 2019 ese

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

día no le asignaron tareas al demandante de ningún tipo ni se firmó contrato de trabajo.

De igual forma, se recaudó como prueba testimonial la de la señora MARCELA GUZMAN OCHOA³, quien informó haber trabajado para la accionada del 13 de agosto del 2018 al 11 de septiembre del 2019 como psicóloga y analista de talento humano, aduciendo haber conocido al demandante porque fue ella quien le envió la oferta laboral, la cual sin embargo asegura no se materializó porque nunca se firmó un contrato de trabajo. Explicó que envió dicha oferta por correo electrónico junto con la lista de documentos que debía presentar, los cuales no remitió el accionante sino solo hasta el momento en que llegó a Colombia, comentando que si bien el actor se hizo presente en la compañía y se le hizo un recorrido del lugar no se había concluido el estudio de seguridad y por ende no se podía firmar ningún contrato, y en esa medida el demandante nunca tuvo acceso a ningún correo institucional ni a los sistemas de la demandada.

Relata que ese mismo día en que se presentó a la empresa (13 de mayo) fueron a Migración Colombia donde se adjuntaron todos los documentos para el estudio de seguridad y al día siguiente (martes 14 de mayo) el analista de seguridad le informa a la testigo que no se podía continuar con el proceso de selección del accionante porque le habían encontrado unos antecedentes que no eran pertinentes para la demandada, situación que se le notificó al actor y por ende no se hizo la contratación, comentando que no hubo una prestación de sus servicios porque la accionada no le proporcionó ninguna herramienta para desarrollar sus labores.

Finalmente indicó que al actor se le pagaron los gastos de viaje y estadía mientras estuvo en el proceso de selección.

Así las cosas, del análisis de los medios de convicción recaudados valorados bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, las mismas resultan precarias para acreditar la prestación del servicio del accionante en favor de la sociedad demandada, pues no se aportó un medio de convicción

³ Cd fl. 138, record: 22:12

diferente que apoye la versión dada por el accionante en su libelo, por el contrario lo que se advierte tanto de la documental como del testimonio es que tan solo existió una oferta laboral que en manera alguna se materializó, en tanto se itera no se logró establecer que el señor MIRANDA GONZALEZ hubiese desarrollado una labor o tarea a favor de la accionada durante los días 13 y 14 de mayo del 2019, luego ha de concluirse el promotor del litigio pecó en cuanto a su deber de probar la prestación del servicio a favor de LIFTIT S.A.S. a efectos de aplicar la presunción legal que operaría en su favor, recordándole al apelante conforme a las normas laborales únicamente le correspondía al actor probar la actividad personal en favor de la pasiva, lo cual no se dio en autos.

Advirtiéndose al apelante en el presente asunto no se pueden estudiar las normas del Código Civil invocadas en la alzada pues como ya se vio la regulación de los contratos de trabajo tiene su normatividad propia la cual se encuentra contenida en el Código Sustantivo del Trabajo y por otro lado tampoco pueden salir avantes los argumentos dirigidos a establecer que se dieron las condiciones del artículo 140 del C.S.T. “SALARIO SIN PRESTACION DEL SERVICIO” en tanto dicha preceptiva es aplicable para los casos en que por disposición o culpa del empleador, el trabajador no haya podido prestar el servicio, y como ya se vio dentro del *sub lite* ni tan siquiera se probó una real prestación del servicio del accionante que diera lugar al reconocimiento de un salario.

Precisando esta Corporación, la afirmación del demandante frente a la existencia de un contrato trabajo con la accionada, como ya se explicó no fue respaldada por ninguna herramienta de acreditación, ni tan siquiera indiciaria, advirtiéndose, tal aseveración, por sí sola, no resulta suficiente para fulminar condena contra LIFTIT S.A.S, tal y como desde antaño lo ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. en sentencia del 31 de mayo de 1955, criterio que aún hoy sigue conservando pleno vigor, en la que asentó:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código sustantivo del trabajo. Esta presunción como las demás de su stirpe, parte de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o

ejecución de un servicio personal, material o inmaterial continuado, dependiente y remunerado...”.

En ese orden, esta Sala de decisión concluye, como se ha venido indicando que no se acreditó la prestación del servicio del accionante a favor de la demandada, generando la inaplicabilidad de la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes mencionada.

Así las cosas, se itera el promotor de la Litis debía acreditar la prestación del servicio a efectos de dar aplicación a la presunción legal establecida en el art. 24 del C.S.T., siendo oportuno precisar, que en los términos del artículo 167 del C.G.P., es carga de quien alega un hecho acreditar sus afirmaciones y en el caso bajo estudio, quien tiene interés jurídico en que resulten probadas sus afirmaciones es la parte demandante, la cual quedó expuesta a lo que Canelutti llama *"EL RIESGO DE FALTA DE LA PRUEBA"*, sufriendo entonces, la consecuencia desfavorable de la *"falta de la prueba"*.

En consecuencia, iterando la ausencia de material probatorio a efectos acreditar la prestación personal del servicio en favor de la demandada, necesariamente debe colegirse, en autos no se dieron los elementos propios de una relación de carácter laboral, pues no sólo hubo ausencia de pruebas que permitieran acreditar una continuada subordinación o dependencia del actor frente a la encartada, sino que ni siquiera pudo corroborarse una prestación personal del servicio en los términos expuestos desde el libelo demandatorio, lo cual conlleva de manera obligada a confirmar la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

COSTAS en esta instancia a cargo del extremo demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

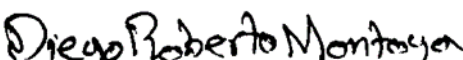
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ÁLVARO JAVIER ROJAS SÁNCHEZ¹ (en calidad de heredero de LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA y BLANCA INÉS SÁNCHEZ DE ROJAS) CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- (RAD. 05 2019 00148 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, mediante correo electrónico del 4 de mayo de los corrientes, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, de la sentencia proferida por el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T y S.S., récord 20:12 archivo 004, acta folios 110 a 114, archivo 001, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la señora **BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNÁNDEZ** ostentó la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de **LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA** entre el periodo de 18 de febrero del 2018 y noviembre 20 del 2018 por un valor de retroactivo causado no pagado previos descuentos al sistema de seguridad social en salud de \$53.471.666 pesos o con el descuento ya realizado para que se entienda mejor.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a la sucesión de **BLANCA INÉS SANCHEZ**

¹ El demandante actúa invocando su calidad de heredero de BLANCA INÉS SÁNCHEZ DE ROJAS (Q.E.P.D.)

FERNANDEZ el retroactivo indicado en el numeral anterior, causado y no pagado por \$53.471.666 pesos.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la sucesión de BLANCA INES SANCHEZ FERNANDEZ los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 por las mesadas que componen dicho retroactivo desde el 20 de junio del 2018 y hasta la fecha en que se realice el pago a la sucesión.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de 5 SMLMV”

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló, advirtiendo, la decisión va en contravía de lo estipulado en el artículo 128 de la Constitución Política dado el reconocimiento de un doble pago de la asignación del tesoro público que impiden otorgarle la sustitución pensional a la señora Blanca Inés dada la incompatibilidad con la prestación reconocida por la UGPP² (Audiencia del 16 de febrero de 2021., récord 23:09 archivo 004, acta folios 110 a 114 archivo 001, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante ALVARO JAVIER ROJAS SÁNCHEZ, quien actúa en nombre propio y en calidad de heredero de sus padres LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA y BLANCA INÉS SÁNCHEZ DE ROJAS, las pretensiones relacionadas en el escrito introductor (pág. 5, archivo 001, expediente digital), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados en el acápite respectivo (págs. 3 a 5, ibíd.), solicitando se condene a la demandada a reconocer la sustitución pensional post mortem en

² “Si su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho para que el Tribunal Superior de Bogotá la estudie teniendo en cuenta los argumentos que aquí expondré conforme a la decisión que se profirió por el juzgado quinto laboral del circuito esta apoderada no se encuentra conforme teniendo en cuenta que se está yendo en contravía de lo estipulado en el artículo 128 de la constitución política ya que existiría un doble pago de la asignación del tesoro público y por lo tanto no habría lugar a reconocerle la prestación o la sustitución pensional a la señora Blanca Inés y en consecuencia a la sucesión de la señora Blanca Inés ya que pues el artículo 49 del decreto 758 de 1990 señala la incompatibilidad que existe al reconocer dichas prestaciones y que indica que las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS son incompatibles con las demás pensiones y asignaciones del sector público, así mismo el decreto 1713 de 1960 en su artículo primero estipula que nadie podrá recibir una asignación que provenga del tesoro público, más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tengan parte principal el estado, en ese sentido estaría yendo en contra de la normatividad y de la constitución política por lo tanto no debe accederse al reconocimiento de esta prestación ya que la señora Blanca Inés antes de fallecer se le reconoció una prestación de vejez por parte de la UGPP, derecho que dejó causado el señor Luis Rodrigo Rojas Carrasquilla y que dicho dinero proviene del erario público, por estas razones solicito al tribunal se absuelva a mi representada y no se condene ni a intereses moratorios, ni en costas en este presente proceso.”

favor de BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, con ocasión del fallecimiento de LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA a quien el ISS le reconoció pensión de vejez, con tiempos privados, mediante Resolución 2075 del 29 de enero de 1999 y 014130 de 31 de julio de 2000. En consecuencia, se ordene a COLPENSIONES pagar a favor del demandante en su calidad de hijo y heredero, las mesadas causadas y no pagadas entre marzo y noviembre de 2018, debidamente indexadas y sus correspondientes intereses moratorios. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto, si bien se declaró que la señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ fue beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge supérstite y ordenó a COLPENSIONES cancelar la suma de \$53.471.666 por mesadas causadas a favor de esta entre el 18 de febrero y el 20 de noviembre de 2018, junto con los intereses moratorios, no autorizó el pago directo al demandante sino a la sucesión de la señora SÁNCHEZ FERNANDEZ. Lo anterior tras considerar el juez, de una parte, que la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de la señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ por el fallecimiento del pensionado LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA lucía acreditado con la sustitución pensional que reconociera a su favor la UGPP y de otra, que no existía incompatibilidad entre las pensiones de jubilación y de vejez que fueran reconocidas al causante por CAJANAL y el ISS, respectivamente, lo que hacían viable su sustitución a la beneficiaria en los mismos términos en que era percibida por el pensionado fallecido.

Pues bien, preliminarmente, advierte la Sala, en el presente asunto no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos:

- i) La calidad de hijo invocada por el demandante ALVARO JAVIER ROJAS SÁNCHEZ, respecto de los causantes LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA y BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNANDEZ, lo cual se verifica del registro civil de nacimiento del actor y que fuera incorporado a las diligencias (pág. 9, archivo 001, expediente digital).
- ii) El fallecimiento de los señores LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA acaecido el 17 de febrero de 2018 y de BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNÁNDEZ el 20 de noviembre de ese mismo año, según se constata de los registros civiles de defunción que militan en el plenario (págs. 27-28 y 29, archivo 001, expediente digital).

- iii) La calidad de cónyuge que ostentaba BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNANDEZ (Q.E.P.D), respecto del causante LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA (Q.E.P.D), tal como se desprende del registro civil de matrimonio (pág. 13, archivo 001, expediente digital) en el consta que la pareja contrajo nupcias por el rito católico el 4 de enero de 1950, sin que se observe nota alguna de cesación de los efectos civiles del matrimonio.
- iv) Que mediante Resolución No. 4806 de 1977 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a favor de LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA, una pensión vitalicia de jubilación efectiva a partir del 1 de septiembre de 1977, siempre que se acreditara el retiro del servicio, en cuantía inicial de \$20.694,06, por encontrar satisfechos los requisitos previstos en la Ley 6 de 1945 y en atención a los tiempos públicos servidos al Ministerio de Defensa Nacional, el Departamento de Antioquia, a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y a la Caja Nacional de Previsión (págs. 17 a 19, archivo 001, expediente digital). Dicha prestación fue reliquidada por Resolución No. 2875 del 21 de junio de 1978 en suma de \$24.043,66 para el 1 de enero de 1978, calenda del retiro oficial (págs. 20 a 23 ibídem).
- v) Que por Resolución 002075 de 1999 el ISS reconoció a LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA una pensión vitalicia de vejez a partir del 1 de febrero de ese año, en cuantía inicial de \$2.147.744 por cumplir con los presupuestos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 de ese mismo año, aplicable por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (pág. 24, archivo 001, expediente digital), la cual fue reliquidada por acto administrativo No. 014130 del 31 de julio de 2000 en \$2.260.881 para el 1 de marzo de 1999 (págs. 30 a 31, ibíd).
- vi) Que mediante Resolución RDP010428 del 22 de marzo de 2018 la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP reconoció provisionalmente a BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNANDEZ pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite de LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sustituyéndole lo percibido por el pensionado en

un 100% (págs. 30 a 31, archivo 001, expediente digital). La mentada prestación le fue asignada a la señora SÁNCHEZ FERNÁNDEZ de manera definitiva por acto administrativo RDP 018815 de 25 de mayo de 2018, en razón a que, una vez publicados los edictos respectivos, no aparecieron nuevos beneficiarios del pensionado fallecido (págs. 34 y 35, ibídem.)

- vii) Que por Resoluciones No. SUB 226563 del 27 de agosto de 2018 y SUB 282647 de 29 de octubre de 2018 (expediente administrativo, carpeta “002 FOLIO 81”, exp. digital), COLPENSIONES negó a la señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ FERNANDEZ la sustitución de la pensión de vejez en calidad de cónyuge del pensionado ROJAS CARRASQUILLA, aduciendo la incompatibilidad de dicha prestación con la pensión reconocida a su favor por la UGPP, a voces del artículo 128 de la Constitución Política.

De tal manera, refiere la Sala, no se controvierte en esta instancia la calidad de beneficiaria que ostentaba BLANCA INÉS SÁNCHEZ (Q.E.P.D) respecto del causante LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA (Q.E.P.D), como cónyuge supérstite, toda vez que dicha condición ya fue reconocida por la UGPP en el acto administrativo por el cual se le sustituyó la pensión de jubilación de su esposo (págs. 30 y 31), entidad ante la cual se acreditó, no solo el vínculo, sino también la convivencia mínima de 5 años con el *de cujus* en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición vigente a la fecha del deceso del pensionado -17 de febrero de 2018-, y que resulta ser la misma aplicable respecto de la sustitución pensional que se reclama ante COLPENSIONES.

Bajo tal entendido, el primer problema jurídico que debe abordar la Sala se circunscribe en determinar si las pensiones de jubilación y vejez reconocidas por CAJANAL (hoy UGPP) y el ISS (hoy COLPENSIONES), respectivamente, al causante LUIS RODRIGO ROJAS CARRASQUILLA son compatibles y, por ende, si la señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ, como beneficiaria, podía percibir de manera simultánea la sustitución de las dos prestaciones.

Para solventar lo anterior, cabe acotar, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que gobiernan el sistema general de pensiones, en vigencia de la Ley 100 de 1993 son incompatibles las pensiones que amparan una misma contingencia, lo cual se justifica, además, en la posibilidad prevista en esa norma

de acumular cotizaciones independientemente de su procedencia u origen, en aras de incrementar el valor de la base de liquidación. Así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL5228 de 2018 y SL5068 de 2019.

No obstante, esa misma Corporación ha estimado posible la compatibilidad de las pensiones de jubilación derivadas de los servicios prestados al Estado con aquellas prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), bajo el evento de que cualquiera de ellas haya sido causada antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 o en aquellos casos en que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, siempre que pueda constatarse que se trata de fuentes de financiación distintas. En otros términos, si la pensión de jubilación se concedió únicamente en virtud de los servicios prestados al Estado, y la de vejez por contar con las semanas exigidas por ley derivadas de servicios prestados exclusivamente al sector privado, estas resultan plenamente compatibles.

Sobre el particular, puntualmente en sentencia SL5228 de 2018, la Corte enseñó:

“(…)

De igual forma, en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, tal como la prevista en la Ley 33 de 1985, la Sala ha predicado que podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

Bajo este entendido se ha afirmado que únicamente cuando cualquiera de las dos prestaciones respecto de las cuales se pretende la compatibilidad se hubiese causado antes de la Ley 100 de 1993 es que se puede predicar la simultaneidad en su percepción, siempre y cuando provengan de tiempos diferentes como los públicos y los privados, pues de lo contrario resultará inviable la compatibilidad y se impondrá la incompatibilidad.

En la sentencia SL536-2018, reiterada en la providencia SL 712- 2018, esta Sala asentó:

Ambas acusaciones plantean el mismo problema jurídico, relacionado con la viabilidad de reconocer la compatibilidad entre la pensión de jubilación por servicios públicos prestados como Médico, y la de vejez por las cotizaciones sufragadas cuando laboró en el sector privado; de manera que como son complementarias, aun cuando se plantearon por vía distinta, para esta Corte es viable estudiarlas conjuntamente.

Para el Tribunal, la pretensión en el reconocimiento de una pensión de vejez, con tiempos prestados a empleadores privados reñía con el hecho de que el accionante ya contaba con una pensión de jubilación de Ley 33 de 1985 reconocida por el ISS; que

como ambas tenían idéntica naturaleza y además preservaban el mismo riesgo, no era viable cargar al sistema con esa condena.

Para esta Sala de la Corte, las conclusiones jurídicas a las que arribó el juzgador de segundo grado no son equivocadas, pues finalmente lo que hizo fue evidenciar que bajo la Ley 100 de 1993, no era posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.

En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes. En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores.

Desde 1843 y hasta 1993 la creación de distintos entes, en los que, de forma segmentada se cubrían tales contingencias, evidencian las dificultades que suponía en su momento la unificación a disposiciones comunes de seguridad social y la determinación sobre la viabilidad de que prestaciones que se causaran pudiesen compatibilizarse con las del nuevo modelo de aseguramiento, este sí con pretensión de universalidad e integralidad, aunque la Ley 90 de 1946 fue su primer impulso.

La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.

En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

A tales razonamientos se suma el hecho de que las pensiones de vejez reconocidas por el ISS hoy Colpensiones no son una asignación proveniente del erario, por ser este un mero administrador, de modo que la prohibición del artículo 128 de la

Constitución Política no aplica en estos eventos³.

Respecto a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, la Corte en sentencia SL-5792 de 2014, reiterada en SL-4538-2018 y SL-2170 de 2019, sostuvo

“(…) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario público, esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley (sic) 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

De tal manera, aun cuando el Instituto de Seguros Sociales, es el encargado de reconocer y pagar las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, esta es una situación que no apareja la propiedad del fondo económico con el que se financian esas prestaciones, pues se reitera, solo actúa como su administrador; además, aun cuando en la Constitución Política se hace una distinción de las entidades que contribuyen a conformar el tesoro público, entre ellas, las descentralizadas (de las que hace parte el ISS, por ostentar el carácter de empresa industrial y comercial del estado), solo integran dicho erario los bienes y valores que le sean propios, y como las reservas pensionales, no son de su propiedad, no hacen parte de ese concepto. Al efecto puede consultarse las sentencias CSJ SL, 27 Feb (sic) 2003, Rad. 37453, CSJ SL, 6 mayo (sic) 2010, Rad. 37453, y CSJ SL, 19 Nov. (sic) 2013, Rad. 41306.”

Con base en las anteriores reflexiones y descendiendo al caso de autos, se tiene que la pensión de vejez que le fue otorgada al causante resultaba compatible con la de jubilación reconocida por CAJANAL, por cuanto quedó demostrado que los tiempos y cotizaciones que sirvieron a una y otra prestación son diferentes, así como las normas en las cuales se fundamentaron. Asimismo, que no se vulnera la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, en tanto los recursos que concurren a la financiación de la pensión de vejez no provienen del Tesoro Público.

En efecto, en este caso en particular, se trata de dos pensiones que tienen origen distinto, dado que la prestación de vejez fue reconocida con asidero en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y correspondió a las cotizaciones efectuadas por períodos de trabajo para empleadores del sector privado, y la de jubilación que se otorgó, se basó en la Ley 6 de 1945, por tiempo de servicio prestado al Estado previamente a su vinculación al ISS - hoy

³ Al tema pueden consultarse las sentencias SL 24062, 14 feb. 2005, SL4413-2014, SL16083-2015, y SL10671-2016.

Colpensiones - como trabajador particular y fue causada mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1977, fecha para la cual ya contaba con más de 20 años de servicios públicos).

Así pues, la fuente de financiamiento de ambas prestaciones no solo es diferente, sino que cada una está a cargo de distintas entidades bajo reglamentos y causas disímiles, lo cual, como se dijo, las hace compatibles.

De tal suerte, y como quiera que quien recibe una sustitución pensional no recibe un derecho nuevo, sino derivado, cuyas condiciones de consolidación, eventual compatibilidad o compartibilidad, e inclusive vocación de transmisibilidad, constituyen elementos arraigados e indisolubles de la prerrogativa principal⁴, la señora BLANCA INÉS SÁNCHEZ tenía derecho a recibir en sustitución ambas prestaciones en la misma condición en que venían siendo pagadas al pensionado

Bajo tal entendido, no era necesario que la beneficiaria demostrara la compatibilidad entre la sustitución de pensión de jubilación y la pensión de vejez del ISS por cuanto, como ya se dijo, dicha transmisión del derecho procede en los mismos términos en que fue otorgada la pensión.

Ateniendo tal estructura, COLPENSIONES debió proceder a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la beneficiaria a partir del día siguiente al fallecimiento del causante, esto es, del 18 de febrero de 2018, en el mismo valor que era cancelado a este, con independencia de que, de manera simultánea, le estuviera siendo pagada por parte de la UGPP la sustitución de la pensión de jubilación de su cónyuge.

Conforme tales consideraciones, habrá de confirmarse la sentencia apelada, en este puntual aspecto.

Ahora bien, dado que se concretó la condena del retroactivo en razón al deceso de la señora SÁNCHEZ DE ROJAS acaecido el 20 de noviembre de 2018, fecha

⁴ Ver sentencias SL, 30 nov. 2010, rad. 41137, reiterada en SL, 19 jul. 2011, rad. 47928, SL 870-2013 y SL4825 de 2019.

hasta la cual se causó la pensión reconocida, se procede a establecer dicho monto por la Sala tomando como valor de la mesada pensional para el año 2018 la suma de **\$6.016.164**, la cual se obtuvo de actualizar a esa anualidad la mesada certificada por COLPENSIONES para el 2016 -**\$5.465.505**⁵-

Así, realizadas las operaciones aritméticas de rigor y teniendo en cuenta los descuentos a salud -como lo hizo el juzgador de primer grado-, la demandada adeuda por concepto de mesadas causadas y no pagadas entre el 18 de febrero y el 20 de noviembre de 2018 un total de **\$54.354.038**. No obstante, como dicha cifra resulta ser superior la dispuesta por el *a quo* no se modificará la misma porque hacerlo resulta en perjuicio de la entidad a favor de quien se surte la consulta.

En este punto, vale señalar, el pago del retroactivo producto de la sustitucional pensional que en vida le correspondía a BLANCA INÉS SÁNCHEZ (Q.E.P.D), no es susceptible de reconocimiento a favor de sus eventuales beneficiarios por vía de este proceso ordinario laboral, pues el mismo ingresó al patrimonio de aquella y, en esa medida, forma parte de la masa sucesoral que debe ser adjudicada a todos sus herederos, de acuerdo a los órdenes hereditarios, dentro del proceso legal establecido para ello, trámite cuya competencia se encuentra reservada al Juez de Familia.

En consecuencia, como bien lo dispuso el juez de primer grado, las sumas resultantes de la condena impuesta en el presente trámite deberán ser canceladas por la encartada conforme lo disponga la jurisdicción competente o, en el evento que ya se encuentre la sucesión correspondiente, una vez se acredite en legal forma la misma ante la entidad, quien deberá proceder con el pago en los porcentajes asignados en los términos legales.

Por otra parte, con relación a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estos están previstos para los eventos de mora en el pago de mesadas pensionales cuya fuente legal lo sea ese estatuto general de

AÑO	IPC	VALOR MESADA
2016	0,0575	\$ 5.465.505
2017	0,0409	\$ 5.779.772
2018	0,0318	\$ 6.016.164

pensiones, tal y como ocurre en el caso de marras, pues como se indicó en precedencia, la norma que rige la sustitución pensional es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del año 2003. La finalidad de estos intereses, a voces de la Corte Suprema, no es otro que la de resarcir los perjuicios ocasionados a los pensionados por la cancelación tardía de sus mesadas pensionales y, con ello, hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 53 de la Constitución Política, con apego al cual uno de los principios mínimos fundamentales aplicables al trabajo es el de asegurar “(...) *el pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones* (...)”⁶.

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

“(...) ”

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

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

⁵ Expediente administrativo aportado por Colpensiones, expedida el 26 de septiembre de 2017 con radicado 2017_10167140.

⁶ Sentencia SL1681 de 2020.

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

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

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

Bajo tal estructura, en el asunto se tiene, como se indicó al inicio, la razón invocada por COLPENSIONES para negar el derecho a la demandante no fue otro distinto a una supuesta incompatibilidad de la pensión con aquella que venía siendo cancelada a la beneficiaria por la UGPP, incompatibilidad que, en los términos ampliamente analizados, no existía y nunca fue advertida por esa entidad respecto de la pensión de vejez que reconoció y pagó al causante durante más de 18 años. Por esa razón, esta Corporación comparte lo indicado por el juez de primera instancia en cuanto a que los argumentos de la entidad para abstenerse de reconocer la prestación no resultan válidos o atendibles y por lo tanto, resulta procedente el pago de los intereses moratorios reclamados, confirmándose en este punto la decisión.

Finalmente, en lo que toca a la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la encartada¹⁰ (pág. 96, archivo 001, expediente digital), atendiendo que el derecho se causó el 18 de febrero de 2018, la reclamación se elevó el 27 de abril de 2018 (expediente administrativo COLPENSIONES) y la demanda se incoó el 22 de febrero de 2019 (pág. 50, archivo 001, expediente digital), claro resulta que no operó dicho fenómeno.

Así las cosas, surtido el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se procede a confirmar la sentencia de primer grado conforme los términos antedichos.

COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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,

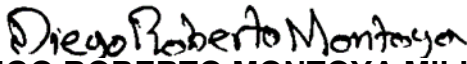
¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda en auto del 22 de noviembre, pág. 99 archivo 001, expediente digital.

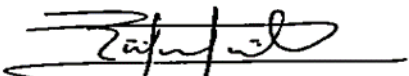
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: COSTAS en la apelación a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

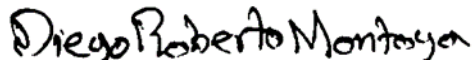

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ ALIRIO
ZULUAGA ZULUAGA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP – (RAD. 05 2019 00669 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y la UGPP, mediante correos electrónicos del 29 de abril y 4 de mayo de los corrientes, respectivamente, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor esta última, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de febrero de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T, realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 31:00, archivo 003), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a pagar al señor JOSE ALIRIO ZULUAGA ZULUAGA el mayor valor de la pensión de jubilación de que trata el artículo 41 de la Convención Colectiva de trabajo 1998-1999 aplicable a los ex trabajadores de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero a partir del 08 de octubre de 2016 y en cuantía de \$537.124 pesos junto con los reajustes legales y mesadas trece y catorce adicionales.

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción con anterioridad al 08 de octubre de 2016.

TERCERO: SIN COSTAS para las partes.

CUARTO: En caso de que este caso (sic) no fuere apelado CONSÚLTESE con el superior a favor de la UGPP”

Contra lo decidido, la parte actora interpuso recurso de apelación refiriendo no estar de acuerdo con la liquidación efectuada por el Juzgado como quiera que, en su sentir, ha debido tenerse en cuenta, para efectos de indexar el IBL y obtener la primera mesada pensional, la fórmula de actualización establecida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus múltiples sentencias, esto es, debió tomar como IPC el de diciembre de 1998 y el de ese mismo mes de 2010. De haberse hecho de esta forma, dice, la primera mesada convencional arrojaría un valor de \$1.749.317,02 a partir del 11 de noviembre de 2011, como se indicó en la demanda.

Por otra parte, pide se analice nuevamente el fenómeno de la prescripción pues no se tuvo en cuenta la reclamación administrativa efectuada el 6 de mayo de 2019; además, solicita se estudie la procedencia de la indexación del retroactivo por diferencias causadas a su favor¹ (Audiencia del 26 de febrero de 2021, récord 32:06, archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS (...).mp3”, expediente digital).

¹ “Gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Sala Laboral para que en efecto modifique parcialmente la sentencia proferida por el despacho en los siguientes términos:

En lo que hace alusión a liquidación de la primera mesada pensional esta apoderada encuentra inconformidad al momento de liquidarse, pues la sala laboral en su desarrollo jurisprudencial, en tanto que ha desarrollado la fórmula para actualizar o indexar el IBL y así determinar la primera mesada pensional se debería tener en cuenta el IPC final es decir el IPC correspondiente de diciembre de 1998 y el IPC de diciembre de 2010, así pues lo ha establecido en múltiples jurisprudencias la sala laboral y teniendo en cuenta pues estas fechas y desarrollada la formula tal y como se realiza en el escrito de demanda se tendría como primera mesada convencional la suma de \$ 1.749.317,02 a partir del 11 de noviembre del 2011, de otro lado ruego honorables magistrados se estudie el fenómeno de la prescripción pues si bien es cierto la demanda se radica el 08 de octubre del 2019, igual consta en el escrito de demanda y como documental aportada que la reclamación administrativa a la UGPP se realiza el 06 de mayo de 2019, entendiéndose entonces y dándole la debida interpretación al artículo sexto del CPT Y SS se debería entonces dar por probada tal excepción de prescripción a partir del 06 de mayo de 2016, es decir las diferencias causadas entre el mayor valor de las pensiones existentes y la reconocida en esta sentencia los efectos fiscales deberían nacer a partir del 06 de mayo de 2016.

Igualmente Honorables Magistrados ruego se estudie la pretensión de indexación es decir de indexarse mes a mes las diferencias causadas entre la pensión convencional y la pensión reconocida por Colpensiones, pues si bien es cierto se reconoce el reajuste legal que se debería tener mes a mes y año a año las mesadas causadas, igualmente debería indexarse mes a mes el retroactivo pensional causados por el demandante hasta que la UGPP verifique el pago de todas y cada una de las diferencias a cancelar de esta manera honorables magistrados dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

A su turno, la UGPP refiere, la pensión convencional pretendida por el actor perdió su vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, y en ese sentido, sostiene, aunque el actor cuenta con más de veinte años de servicios a la Caja de Crédito Agrario, al 31 de julio de 2010 no contaba con los 55 años de edad que se exigen en la convención, en otros términos, a su juicio, el demandante no alcanzó a consolidar su derecho pensional, y al no tener la connotación de adquirido, puede ser afectado por los cambios legislativos, como ocurrió en este caso.

Al no ser procedente la pretensión principal, anota, no puede disponerse el pago del mayor valor, ni ninguna de las consecuencias impuestas a su cargo² (Audiencia del 26 de febrero de 2021, récord 35:11, archivo “003. Audiencia Art. 77 y 80 del CPTSS (...).mp3”, expediente digital).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo de la demanda (págs. 7 y 8, archivo 001, expediente digital) las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos narrados y que se advierten en las págs. 6 y 7 ibid., aspirando principalmente se declare que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde 16 de abril de 1976 hasta el 27 de junio

² “Muchas gracias señor juez me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que acaba de emitir su despacho dentro del proceso de la referencia señalando que probados los hechos aducidos por el actor sobre el tiempo de servicios de la Caja de Crédito Agrario industrial y Minero la forma de su desvinculación se da la pensión convencional a la que podría tener derecho el accionante perdió su vigencia por efectos del acto legislativo 01 del 2005 por lo que se concluye que el señor Zuluaga pese a que cuenta con más de veinte años de servicio a la caja de crédito agrario, también es cierto que al 31 de julio del 2010 no reunía el requisito de la edad es decir 55 años, toda vez que dicho requisito lo acredito el día 11 de noviembre del 2011 de conformidad con lo establecido en el acto legislativo 01 del 2005 no puede ser reconocida la pensión de jubilación de que trata el artículo 41 de la convención colectiva como quiera que el artículo primero parágrafo transitorio del artículo tercero refiere que la reforma constitucional garantizó los derechos pensionales convenidos de manera extralegal entre empleadores y trabajadores válidamente celebrados pero aclaro que tendrán que vigencia hasta el 31 de julio del 2010 por lo que con posterioridad a esta data no se pueden reconocer las pensiones en el contenidas, salvo para los trabajadores que habiendo cumplido la totalidad de los requisitos previamente señalados solo les faltara su otorgamiento, por lo expuesto el actor no alcanzo a consolidar el derecho a la prestación jubilatoria que reclama, mientras el derecho no tenga la connotación de adquirido puede ser afectado por los cambios legislativos como ocurrió en este caso, así las cosas y como quiera que no es procedente acceder a la pretensión principal, las demás como el pago del valor mayor de la pensión jubilación por la suma de \$537.124, más los reajustes legales así como las mesadas trece y catorce adicionales, indexación de la primera mesada pierden sustento por depender de la prosperidad de la pretensión inicial, en ese orden de ideas con asidero en los argumentos expuestos elevo mi solicitud para que sea concedido el recurso ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en estos términos dejo sustentado mi recurso señor juez.”

de 1999 y que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999. En consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de que trata el artículo 41, parágrafos 1 y 3, desde el 11 de noviembre de 2011, fecha en que cumplió 55 años de edad, indexando el último salario promedio mensual devengado, así como también se los valores reconocidos, se realicen los correspondientes aumentos de ley, se reconozcan las mesadas adicionales de junio y diciembre, condenas *ultra y extra petita* y costas del proceso; **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus pretensiones**, pues se accedió al reconocimiento pensional convencional pero a partir del día 8 de octubre de 2016, por efectos de la declaratoria parcial de la excepción de la prescripción, precisando el Juez *a quo* que para el año 2011, momento de causación del derecho, la mesada ascendía a la suma de \$1.695.787 y que, atendiendo el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES así como el carácter compartido de la prestación convencional con la pensión legal, a la demandada solo le correspondía el pago del mayor valor, el que para 2016 estimó en suma de \$537.124, lo anterior tras considerar que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la Convención para adquirir el derecho a la pensión de jubilación convencional, siendo la edad una condición para el disfrute más no para su exigibilidad, por lo que dicha pensión Convencional no perdió vigencia en virtud del Acto Legislativo 01 del 2005.

De tal manera, habida cuenta que se conoce del presente proceso además de los motivos de la alzada, en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, se abordará el estudio del presente asunto en lo que le fue desfavorable a la traída a juicio.

Así las cosas, valga señalar inicialmente, se encuentra acreditado en autos que el demandante laboró para la caja de crédito agrario industrial y minero por espacio de 23 años, cuatro meses, cinco días, conforme se verifica de la copia de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (págs. 21 y 22, archivo 001, expediente digital), en la cual consta que el demandante se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero S.A. en los siguientes periodos: desde el 23 de febrero de 1976 hasta el 29 de febrero de 1976, del 1 de marzo de 1976 al 15 de abril de 1976 y del 16 de abril de 1976 al 27 de junio de 1999.

Ahora, de acuerdo al texto del líbello introductor, el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional, siendo aportado al expediente copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL y MINERO, fechado el 15 de abril de 1998 (archivo “002. FOLIO 24 CONVENCION COLECTIVA”, expediente digital) el cual cuenta con su respectiva constancia de depósito (pág. 76, archivo 002)³, encontrándose vigente desde el 1° de enero de 1998 (Art. 3 Convención Colectiva), al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., no siendo materia de controversia la calidad de beneficiario del actor frente a la misma.

Así, con asidero en el artículo 41 de la mentada Convención Colectiva de Trabajo, aspira el demandante el reconocimiento de una pensión de jubilación, disposición que en su tenor literal preceptúa:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Con todo, quienes el dieciséis (16) de marzo de 1992 tuvieron dieciocho (18) o más años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, tendrán derecho a la pensión cuando cumplan cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio. Quienes hayan cumplido los requisitos anteriores para el ejercicio o disfrute de la pensión de jubilación deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha de la firma de la presente Convención. Para quienes no hayan adquirido este derecho y cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicio, igualmente deberán solicitar el reconocimiento de la respectiva prestación dentro de un término no superior a un (1) año contado a partir de la fecha en que cumplan los requisitos.

Si el trabajador no hace la expresa solicitud aquí prevista dentro de los términos señalados la pensión se regirá de la siguiente manera:

a) Para las personas con cuarenta y siete (47) años de edad y veinte (20) años de servicio su pensión se regirá por las normas convencionales, es decir, a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones.

b) Para los que se rijan por el régimen convencional, veinte (20) años de servicio, y cincuenta (50) años de edad las mujeres y cincuenta y cinco (55) años de edad los varones, su pensión se regirá por las normas legales vigentes.

³ Del 17 de abril de 1998.

El pago de las pensiones de jubilación de carácter convencional que la Caja haya reconocido o reconozca en el futuro, continuará haciéndose directamente por la entidad al Beneficiario.

Así mismo, la Caja se compromete a reconocer a los pensionados, de acuerdo con la Ley 4ª de 1966, los beneficios establecidos en dicha ley.

PARÁGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución.

(...)”. (Negrillas fuera del texto).

En cuanto a la aplicabilidad de dicho texto convencional al demandante, téngase en cuenta que el artículo 4 de tal acuerdo es claro en expresar que se excluye de esos beneficios al Vicepresidente, Secretario General, Contralor, Revisor Fiscal, Gerentes de orden Nacional, Gerentes Especiales, Gerentes Regionales, Gerentes Departamentales, Directores de Departamento, Asesor de la Presidencia, Gerentes Zonales, Jefes de Unidad, Coordinadores de Regionales Grado 28, Coordinadores Jurídicos Regionales Grado 24, a los Directores de Oficina del Grado 16 al Grado 50, suplente del revisor fiscal, delegados de la revisoría fiscal y asistente delegado grado 24; y en el presente asunto resulta que el último cargo ocupado por el accionante fue el de OFICIAL OPERATIVO II, grado 03, en la oficina de Medellín Antioquia (ver pág. 21, archivo 001, expediente digital), esto es, no se encuentra en los cargos exceptuados por la convención.

Ahora frente al reconocimiento pensional, aunque no quedó acreditada la forma en que finiquitó el vínculo del actor, esto es, si se retiró o fue retirado, tal situación es indiferente para efectos de la prestación que se estudia, pues el reconocimiento procede en uno u otro evento, siempre que concurren los demás presupuestos. En ese orden, resulta procedente para este caso dar aplicación al parágrafo 1º del artículo 41 Convencional, pues se encuentra acreditada la prestación de servicios por más de 20 años (del 23 de febrero de 1976 al 27 de junio de 1999), que corresponden a **23 años, 4 meses, 5 días** (pág. 21 ibidem), circunstancias que al configurarse, en criterio de la Sala, dan lugar a la causación de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva, estimándose que el cumplimiento de la edad, en casos como el de autos, según se colige, sin dubitación alguna, del texto convencional, es un requisito no para su causación, sino para su exigibilidad. Así se ha considerado en múltiples pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, en casos de similares características al

presente, como por ejemplo en Sentencias SL 4550 Rad. 58244⁴ (10/10/2018), SL 289 Rad. 62107⁵ (14/02/2018), SL 526 Rad. 63158⁶ (14/02/2018), SL 3280 Rad.

⁴ “(...) teniendo claro que la actora para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 13 de diciembre de 2010, habrá de casarse la sentencia impugnada.”

⁵ “(...) el derecho a la pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta estirpe que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al parágrafo 1° convencional.

Por lo tanto, como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse.

En ese sentido, ha señalado esta Corporación que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, tesis plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la edad constituía únicamente un requisito para la exigibilidad de la pensión, luego entonces el derecho pensional se adquirió por parte del recurrente cuando habiendo laborado por más de 20 años en favor de la Caja Agraria fue retirado, lo que se dio antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005.”

⁶ “(...) preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitante que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1°, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se producirse cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.

En efecto, la jurisprudencia vigente ha sostenido que es ineludible a la hora de establecerse los beneficiarios de las prebendas convencionales la existencia y vigencia de la relación laboral que a éstos legitima, de tal suerte que, de no acreditarse tales conceptos, no se abrirá paso el respectivo reclamo, tal discernimiento por desprenderse del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo que la convención colectiva de trabajo se celebra “para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia” y, obviamente, los contratos de trabajo durante la vigencia de la convención colectiva de trabajo son los que igualmente están vigentes, no los que no lo están o que nunca lo han estado. De esa suerte, cualquier beneficio convencional en favor de quien no está ligado por un contrato de trabajo con la empresa suscribiendo de la correspondiente convención colectiva de trabajo debe estar expresamente previsto por los convencionalistas, por constituir según lo visto una estipulación para otro, para un tercero, tal es el caso de las prebendas extendidas en favor de los hijos de los trabajadores, o de los ex trabajadores, o de los pensionados e, incluso,

de terceros totalmente ajenos a las relaciones contractuales de la empresa pero por cuya actividad pueden verse afectados en alguno de sus intereses, verbi gracia, la comunidad circundante de la misma.

La vigencia de las relaciones contractuales de trabajo como objeto de la aplicación directa de las normas convencionales explica con facilidad que la edad pensional por ella prevista sea un requisito de estructuración de la prestación, por eso, al lado de otros presupuestos, como por ejemplo el tiempo de servicio, el cumplimiento de la edad pensional durante su vigencia termina siendo consecuencia necesaria de su naturaleza temporal.

No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.

Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.

Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el ex trabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.

Nótese a ese respecto que la disposición convencional parte del presupuesto de que el trabajador ya ha cumplido la materialidad laboral que le da causa a la prestación pensional: el tiempo de servicios, pero considera la circunstancia que impide al trabajador acceder a la pensión conforme a la regla general, la del cumplimiento de la edad pensional en vigencia de la relación laboral, por tanto, toma tal circunstancia como condición necesaria para el reconocimiento del derecho, esto es, que ya no exista vinculación laboral, o por causa imputable a la empresa o por iniciativa del propio trabajador, para de allí señalar que el acceso a la prestación se producirá cuando cumpla la edad de cincuenta (50) años, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) si es hombre, lo que es tanto como decir que con el cumplimiento de las dos condiciones iniciales se tendrá el derecho, pero su goce o disfrute solo se producirá al cumplimiento de la última, la anotada edad.

Así, la edad considerada en la estipulación convencional fluye indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, por exigir ésta que tal ocurrencia se produzca cuando el ex trabajador ya no se encuentra amparado directamente por ella, resultando que, de una parte, éste hubiere perdido la condición de trabajador de la empresa; y de otra, que sea en un todo posible que ni siquiera la disposición convencional para ese nuevo momento mantenga vigencia en el marco de las relaciones contractuales de la misma empresa. De ese modo, en forma alguna puede concluirse que la dicha edad sea requisito de estructuración del derecho, sino apenas de su exigibilidad, de su goce o disfrute.

Entonces, siendo que los supuestos de hecho del derecho pensional aquí estudiado están limitados a la desvinculación del trabajador y la prestación del tiempo mínimo de servicio, pues la fecha del cumplimiento de la edad allí prevista es ajena a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, las únicas exigencias que lo estructuran o definen, que entiende la Corte deben producirse en el término de vigencia de ésta son las ya indicadas: desvinculación voluntaria o forzosa del servicio y tiempo del mismo. En tanto, la fecha del cumplimiento de la edad es de orden individual o particular, sin incidencia alguna en razón de la vigencia de la convención colectiva de trabajo, pues únicamente está atada a la situación particular del ex trabajador.

Pero también entiende la Corte, en segundo término, que el aludido Parágrafo 1º previó el derecho pensional a favor de quienes habiendo sido trabajadores de la entidad le prestaron un tiempo de servicio mínimo de servicio pero no arribaron a cierta edad en su vigencia, porque, precisamente, a quienes les exigió tal condición pensional se refirió paladinamente al inicio del marco de las disposiciones pensional, se recuerda, de donde no ha lugar a concluir cosa distinta a que, para los primeros, los que perdieron la calidad de trabajadores activos, la edad no se tuvo como un requisito de estructuración del derecho --pues no lo podían cumplir en ese tiempo--, sino apenas de su disfrute.

De desatenderse tal razonamiento resultaría inane la consideración también expresa del derecho pensional en favor de los trabajadores activos, a quienes sí se les exigió como presupuesto pensional el cumplimiento de una determinada edad, cincuenta (50) o cincuenta y cinco (55) años según su género, y por supuesto la vigencia de su relación laboral, aparte del requisito material del derecho: la prestación de servicios durante un término mínimo de veinte (20) años.

78562⁷ (6/08/2019), SL 5178 Rad. 71315⁸ (25/11/2020), SL 803 Rad. 71316⁹ (09/03/2021) providencias que exponen el referido criterio.

Y en tercer lugar, es la única conclusión a la que se puede arribar si se observa que la disposición en su conjunto quiso amparar con el beneficio pensional de jubilación a todos los servidores de la empresa sobre un mismo rasero, el que para la Corte es el más obvio: la prestación de servicios por un término mínimo pero apreciable, en los casos menos exigentes dieciocho (18) años y en los más veinte (20) años. Para el personal activo las exigencias adicionales de vinculación y edad, y para los que aquí se estudia, las de desvinculación y el máximo del servicio. Siendo ello así, advierte la Corte una redacción armónica del texto convencional tendiente a no dejar por fuera a quienes habiendo cumplido el tiempo de servicios exigido, se encontraren en determinada edad, solicitaren el reconocimiento del derecho en un hito temporal que allí también se estableció --enero y marzo de 1992 y un (1) año posterior a la vigencia de la convención colectiva o del cumplimiento de la edad estando vinculados--, o ya no estuvieren al servicio de la entidad, últimos para los cuales la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho pensional.

Ahora bien, la concepción del derecho pensional de jubilación en términos como los analizados no resulta ara cada extraña a la normatividad del trabajo, menos a la legal, pues, a guisa de mero ejemplo, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, se memoria, estableció la pensión proporcional de jubilación por despido sin justa causa y aún por retiro voluntario, prestación respecto de la cual la jurisprudencia es pacífica en la consideración de que la edad no es más que un requisito de su exigibilidad, bastando para su estructuración un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación forzosa o libre del trabajador.

(...)

En síntesis, y a manera de colofón, cuando la disposición convencional previó la pensión de jubilación exigiendo un tiempo de servicios mínimo y la desvinculación del servidor de la entidad, sobre el supuesto de que a los que estaban vinculados similar derecho concibió, no queda duda alguna que la edad dejó de ser un requisito de estructuración del derecho para los primeros, pues a ello solo bastaba el cumplimiento de los anteriores en el término de su vigencia, para tenerse a ésta como un mero requisito de la exigibilidad, disfrute o goce del derecho pensional.

Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia de las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.

⁷ “ ... Pues bien, esta Sala ya se ha pronunciado en cuanto a la interpretación y alcance de la normativa trascrita y, en particular, frente al primer parágrafo, al señalar: (i) que aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre (CSJ SL526-2018 reiterada en la CSJ SL4550-2018).

Luego, surge con claridad que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa, pues la edad constituye una condición individual de exigibilidad, goce o disfrute de la prestación.

Resulta relevante destacar que los derechos pensionales gozan de la particularidad de concederse para compensar el desgaste físico que sufre el empleado como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, el eje central de esta prestación es el número de años de trabajo, ya que es esta la que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura y natural al ser humano que escapa del dominio sobre sí mismo.

Específicamente, en el marco de las vinculaciones laborales, es un hecho usual, que las prestaciones pensionales se ofrezcan como un aliciente a la prestación continua de los servicios personales en favor de una empresa, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad empresarial.

En consecuencia, se equivocó el Tribunal al considerar que la edad era un requisito de estructuración del derecho pensional acordado en el artículo 41 convencional y, por tanto, sale adelante la acusación y se casará el fallo impugnado.”

⁸ **“1) Alcance del artículo 41 de la convención colectiva 1998-1999**

(...)

Pues bien, la Sala se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la interpretación y alcance de la normativa transcrita y, en particular, respecto al primer párrafo allí estipulado. Precisamente, en la sentencia CSJ SL526-2018 señaló que: (i) aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos; (ii) que para la estructuración del derecho pensional se exige prestar, cuando menos, veinte 20 años de servicio a la citada empresa, y (iii) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba a la edad de 50 años, si es mujer o 55 si es hombre.

En esas condiciones, el citado precedente concluyó que los requisitos de causación de la pensión reclamada se reducen a: (i) la prestación de servicios durante 20 años, y (ii) la desvinculación del trabajador de la empresa. Por tanto, tiene razón la censura en cuanto afirma que la edad constituye una condición individual de mera exigibilidad, goce o disfrute de la prestación, pero no de su formación o estructuración.

(...)

2) El Acto Legislativo 01 de 2005 no afecta los derechos adquiridos antes de su expedición

Dado que el derecho pensional reclamado quedó causado o adquirido con antelación a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, es claro que esta reforma no tiene incidencia alguna en la garantía del derecho.

En efecto, si bien el extrabajador cumplió la edad con posterioridad al 31 de julio de 2010, cuando por virtud de aquella modificación superior perdieron vigencia, en principio, las reglas de carácter pensional que regían en pactos, convenciones, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellos el que aquí se analiza, tal hecho no compromete el derecho pensional; se reitera que este se adquirió desde 1999 y solo quedó pendiente de alcanzar la edad requerida para su disfrute.

Así, como el Tribunal consideró que el requisito de edad debía cumplirse según las reglas del Acto Legislativo 01 de 2005, entendió que era un presupuesto para su estructuración y no de mera exigibilidad, o lo que es igual, no advirtió que el derecho ya se había adquirido. Surge así su yerro y por tanto se casará el fallo impugnado.”

⁹ *“Sobre este asunto hay que decir, que la Corte ya tuvo oportunidad de analizar la estipulación convencional citada en precedencia y que genera la controversia, es así que en providencia CSJ SL526-2018, reiterada entre otras en CSJ SL4550-2018, CSJ SL2661-2019 y CSJ SL5030-2019, señaló que el párrafo 1° de la aludida cláusula 41 de la CCT suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, aplica a los extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia del acuerdo colectivo de trabajo perdieron su condición de activos, siempre que acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad, pues en estos casos la edad es un mero requisito de exigibilidad.*

(...)

Pues bien, de los argumentos fácticos y jurídicos expuestos en la citada jurisprudencia, surge claro que el párrafo 1° de la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintracreditario y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero aplica a extrabajadores de la entidad, esto es, a quienes en vigencia de la convención colectiva de trabajo perdieron su condición de activos, siempre y cuando acrediten haber prestado cuando menos 20 años de servicio a la entidad; en estos eventos el disfrute o goce de la prestación se inicia cuando se arriba a la edad de 50 años para el caso de la mujer y 55 si es hombre.

Así las cosas, es dable concluir, entonces, que para el 31 de julio de 2010, cuando por fuerza del párrafo transitorio 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el demandante ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los requisitos para consolidar el derecho pensional de orden convencional discutido, esto es, el tiempo de servicios equivalente a 20 años, pues laboró entre el 2 de marzo de 1977 y el 27 de junio de 1999, así como la desvinculación laboral en esa última fecha; por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para el goce o disfrute de la pensión, lo que ocurrió el 8 de octubre de 2011.”

De tal manera, al encontrar reunidos los requisitos previstos en el aludido texto convencional desde el año 1996 (cuando acreditó 20 años de servicio) el derecho pensional ingresó al patrimonio del señor JOSE ALIRIO ZULUAGA ZULUAGA en esa calenda y por ende constituye un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2005.

En esos términos ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral, *verbi gratia*, en sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”¹⁰.

¹⁰ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, 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.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”. Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos,...”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

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

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Sobre este aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia SU-555 de 2014, en la que, entre otros temas, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) *Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplieran los requisitos para esa misma época (...)*”.

Así las cosas, iterando que la pensión de jubilación establecida en la convención colectiva de 1998-1999, entró al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la UGPP en la alzada, pues como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, independiente de que para la fecha en que cumplió los 20 años de servicios el actor no contara con los 55 años de edad establecidos en el precitado acuerdo, este constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, nótese que incluso la norma es clara en expresar que se aplica para aquellos trabajadores que se retiren del servicio **sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre**, lo cual con mayor razón excluye la edad como un requisito de causación.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente.

En esta dirección, conforme se puede verificar con la copia de la cédula de ciudadanía (pág. 20, archivo 001, expediente digital), el accionante cumplió la edad de 55 años el **11 de noviembre de 2011** (nació en 1956), por lo que sin lugar a dudas, el promotor del litigio reúne los requisitos previstos en la norma citada, para acceder al derecho pensional solicitado a partir del cumplimiento de la edad de los 55 años, como así se definió en sentencia de primer grado.

Ahora bien, en relación con el salario a tener en cuenta para la liquidación de la mesada pensional, esta Sala se remite a la Convención, en cuyo parágrafo 3 del artículo 41, se establece:

“La pensión se liquidará así:

Primer Factor Fijo: *Ultimo sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

Segundo Factor: *Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobrerremuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.”

En este orden de ideas, conforme a los lineamientos convencionales, la Sala encuentra que el salario promedio del último año de acuerdo con el CERTIFICADO DE SALARIO BASE emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (págs. 21 y 22 ibid.), devengado por el demandante es el siguiente:

PRIMER FACTOR/FACTOR FIJO

<i>Sueldo básico</i>	<i>\$496.380</i>
<i>Prima de antigüedad</i>	<i>\$173.733</i>
<i>TOTAL FACTOR FIJO</i>	<i><u>\$670.113</u></i>

SEGUNDO FACTOR /FACTORES VARIABLES

<i>Salario en especie</i>	<i>\$591.708.</i>
<i>Auxilio de transporte</i>	<i>\$533.962</i>
<i>Incentivo de Localización</i>	<i>\$0</i>
<i>Gastos de representación</i>	<i>\$0</i>

<i>Prima Jun/1998</i>	<i>\$16.554</i>
<i>Prima Dic/1998</i>	<i>\$1.420.408</i>
<i>Prima Jun/1999</i>	<i>\$1.158.564</i>
<i>Prima Escolar/1999</i>	<i>\$332.175</i>
<i>Prima Vacaciones</i>	<i>\$714.787</i>
<i>Horas Extras</i>	<i>\$1.068.801</i>
<i>Dominicales o feriados</i>	<i>\$0</i>
<i>Viáticos</i>	<i>\$0</i>
<i>Sobrerremuneración</i>	<i>\$0</i>
 <i>FACTOR FIJO VARIABLE</i>	 <i>\$5.836.959</i>
 <i>Promedio factor variable</i>	 <i><u>\$486.413,25</u></i>
 <i>TOTAL FACTOR FIJO + VARIABLE</i>	 <i>\$1.156.526,25</i>

Establecido el salario devengado, se procede entonces a su indexación al año 2011 (fecha del cumplimiento de la edad), conforme a la fórmula prevista por la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 29470¹¹ y 31222¹², valor

¹¹ *Pues bien, con las decisiones de constitucionalidad de los artículos 260 del Código Sustantivo del Trabajo y 8 de la Ley 171 de 1961, la Corte Constitucional orientó su tesis, contenida en la sentencia C-067 de 1999, atinente al artículo 1 de la Ley 445 de 1998, de estimar razonable y justificado, como viable, que el legislador determinara unos reajustes e incrementos pensionales, según los recursos disponibles para ellos, es decir, que había hallado factible una reglamentación pensional diferenciada. Pero reexaminado ese criterio por la citada Corporación, que ésta acepta, se impone como consecuencia, la actualización de la base salarial de las pensiones legales para algunos sectores de la población, frente a los cuales no se consagró tal mecanismo, como sí se hizo respecto de otros (Ley 100 de 1993); es decir, que dicho vacío legislativo requiere, en los términos de las reseñadas sentencias C- 862 y C-891 A, adoptar las pautas legales existentes, para asegurar la aludida indexación. En esas condiciones, corresponde a esta Corte reconocer la actualización del salario base de liquidación de las pensiones legales causadas a partir de 1991, cuando se expidió la Constitución Política, porque este fue el fundamento jurídico que le sirvió a la sentencia de exequibilidad. Así es, puesto que antes de ese año no existía el mencionado sustento supralegal para aplicar la indexación del ingreso de liquidación pensional, ni la fuente para elaborar un comparativo que cubriera el vacío legal, vale decir, la Ley 100 de 1993. De este modo, la Sala, por mayoría de sus integrantes fija su criterio, sobre el punto aludido de la indexación, con lo cual recoge el fijado en otras oportunidades, como en la sentencia 11818 de 18 de agosto de 1999.*

Valga aclarar que si bien el artículo 260 del C.S.T. regula la situación pensional de trabajadores privados, ello no es impedimento para que esta Sala traslade las motivaciones y consideraciones a esta clase de asuntos, en que el actor tiene la calidad de trabajador oficial, puesto que la argumentación para justificar aplicable la figura o actualización de la base salarial, es la misma para cualquier trabajador, sea este privado o público. Así se afirma, porque la merma de la capacidad adquisitiva se pregonaba tanto del uno como del otro, la devaluación de la moneda la sufren todos los asociados y las consecuencias que ello conlleva la padecen la generalidad de los habitantes de un país, sin exclusión alguna. De manera tal que frente a la universalidad de los principios consagrados en la Constitución Política, estos son aplicables a unos y otros que, en definitiva son los que le dan soporte a la indexación, en beneficio de toda clase de trabajadores.”

¹² *“Partiendo entonces, de que el cometido del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 es actualizar anualmente la base salarial para tasar la mesada pensional, esto es, garantizar que los ingresos que integran ese IBL conserven su valor, se estima que en asuntos donde sea procedente la actualización, dicho fin se logra adecuando el mencionado precepto legal a cada situación, y en términos de la fórmula a aplicar, buscar la que más se ajuste al mecanismo de mantener el poder adquisitivo de las pensiones.*

En este orden de ideas, el tomar el valor monetario a actualizar y multiplicarlo por el índice de precios al consumidor final y dividirlo por el IPC inicial, es dable sostener que esta fórmula también cumple a cabalidad con el designio y espíritu de la norma en comento y demás postulados de rango constitucional que en materia pensional consagran los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, para efectos de determinar

al cual se le aplica el porcentaje del 75% establecido en la convención colectiva así:

VH	IPC Final dic-10	IPC Inicial dic-98	VA	Tasa	Valor Primera Mesada Actualizada
\$1.156.526	105,23651	52,18481	\$2.332.264,62	75%	\$1.749.198,47

Toda vez que, conforme a las operaciones aritméticas ya descritas, la Sala obtuvo un valor superior al liquidado como primera mesada pensional por el *a quo* (\$1.695.787), se modificará la cuantía establecida en primera instancia, por cuanto dicho aspecto fue apelado por la parte demandante, quien justamente solicitó se revisará la liquidación efectuada y se incrementara el valor de la mesada.

En otro giro, en lo relacionado con la cantidad de mesadas anuales a imponer, estas deben corresponder a 14 mesadas, pues la pensión se causó en 1999 (data para la cual el actor acumuló 20 años de labores y se desvinculó del servicio) y en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 (art. 142), se accedió a esa prerrogativa sin que para la época del disfrute -11 de noviembre de 2011- (cuando el demandante alcanzó los 55 años de edad (pág. 20, archivo 001, exp. digital), tenga incidencia la limitante consagrada en el Acto Legislativo 01 de 2005, en virtud de la fecha de causación, por lo que no se modifica en este aspecto la sentencia del *a quo*.

el ingreso base de liquidación y establecer el monto de la primera mesada en aquellos casos no contemplados en la ley de seguridad social, empero observando la variación del IPC para cada anualidad en la medida que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 así lo exige; lo cual es semejante a la fórmula que viene aplicando la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado.

Así pues, que en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula, que más adelante se desarrollará en sede de instancia:

$$VA = VH \times \frac{IPC\ Final}{IPC\ Inicial}$$

De donde:

VA= IBL o valor actualizado

VH= Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial= Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

Con esta nueva postura, la Sala recoge cualquier pronunciamiento anterior que resulte contrario con respecto a la fórmula que se hubiere venido empleando en casos similares donde no se contempló la forma de actualizar la mesada pensional, acorde con la teleología de las normas antes citadas...

Ahora, como quiera que la pensión de jubilación convencional fue causada y reconocida con posterioridad a la entrada en vigencia del Art. 5 del Acuerdo 029 de 1985, se abre paso a la compartibilidad de dicha pensión con la reconocida por el sistema general de pensiones, quedando entonces a cargo de la demandada solamente el mayor valor, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado. En ese sentido, como en este caso se encuentra acreditado que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 354947 de 2013, reconoció al demandante una pensión de vejez, a partir del 11 de noviembre de 2011, en cuantía de \$1.247.769, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (págs. 95 a 101), se procederá a establecer el valor de la diferencia que correrá por cuenta de la demandada, para lo cual previamente se estudiará lo atinente al fenómeno prescriptivo.

Así en cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por la accionada (pág. 47, archivo 001, expediente digital)¹³, debe señalarse en este punto, está llamada a prosperar parcialmente, toda vez que la exigibilidad del derecho lo fue a partir del 11 de noviembre de 2011 data en la que el actor cumplió los 55 años de edad (pág. 20 ibidem.); presentando reclamación el **6 de mayo de 2019** (págs. 23 a 25, ibid..) y acudiendo a la jurisdicción el 8 de octubre de 2019 (pág. 28), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación, es decir, operó dicho fenómeno respecto de las mesadas causadas entre el 11 de noviembre de 2011 y el 5 de mayo de 2016, advirtiéndose en este punto se modificará la decisión del operador judicial de primer grado, en tanto refirió que la prescripción aplicaba para las mesadas causadas con anterioridad al 8 de octubre de 2016, siendo lo correcto el **6 de mayo de 2016**, en virtud de la alzada formulada por el actor.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la mesada aquí reconocida para el año 2011 correspondía a \$1.749.198 y que COLPENSIONES reconoció la pensión en suma de \$1.247.769, existe un mayor valor a cargo de la UGPP de \$501.429 para esa anualidad, la cual para el 2016 asciende a \$601.158 y para el 2021 a \$720.125, que deberá ser reajustada anualmente.

¹³ Por auto del 17 de febrero de 2021 se tuvo por contestada la demanda (pág., 50, archivo 001, exp. digital).

Atendiendo lo anterior, hechos los cálculos de rigor, se **concreta** por la Sala el retroactivo adeudado por el mayor valor de mesadas pensionales al actor, entre el 6 de mayo de 2016 y el 30 de abril de 2021 -mes anterior a esta providencia- en cuantía de **\$46.416.929**¹⁴, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina.

Esta Sala de decisión autorizará a la UGPP a realizar las deducciones por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, respecto del retroactivo adeudado al actor¹⁵, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 692 de 1994 reglamentario de la Ley 100 de 1993 el cual dispuso que *"se entienden incorporados al sistema general de pensiones los pensionados trabajadores del sector privado y del sector público"*, mientras que en su artículo 42 permitió a las entidades pagadoras *"descontar la cotización para salud y transferirlo a la EPS o entidad a la cual este afiliado el pensionado en salud"*, adicionándose en este punto el fallo apelado y consultado.

En otro giro, en lo que tiene que ver con la indexación –objeto de reclamo por el demandante -, debe la Sala recordar que la institución jurídica de la indexación persigue una actualización de la obligación en cuanto al poder adquisitivo que tenía en la fecha en que debió de haberse solucionado y aquella en que efectivamente se pague, esto es, que el inexorable paso del tiempo, sin otro condicionamiento, distinto al impago del deudor, justifica el reajuste o corrección

AÑO	IPC	PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL	PENSION VEJEZ COLPENSIONES	DIFERENCIA	ADEUDADAS	RETROACTIVO
2011	0,0373	\$ 1.749.198	\$ 1.247.769	\$ 501.429	14	PRESCRITA
2012	0,0244	\$ 1.814.444	\$ 1.294.311	\$ 520.133	14	PRESCRITA
2013	0,0194	\$ 1.858.716	\$ 1.325.892	\$ 532.824	14	PRESCRITA
2014	0,0366	\$ 1.894.775	\$ 1.351.614	\$ 543.161	14	PRESCRITA
2015	0,0677	\$ 1.964.124	\$ 1.401.083	\$ 563.041	14	PRESCRITA
2016	0,0575	\$ 2.097.095	\$ 1.495.937	\$ 601.158	9,8	\$ 5.891.352
2017	0,0409	\$ 2.217.678	\$ 1.581.953	\$ 635.725	14	\$ 8.900.149
2018	0,0318	\$ 2.308.381	\$ 1.646.655	\$ 661.726	14	\$ 9.264.165
2019	0,038	\$ 2.381.788	\$ 1.699.019	\$ 682.769	14	\$ 9.558.766
2020	0,0161	\$ 2.472.295	\$ 1.763.581	\$ 708.714	14	\$ 9.921.999
2021		\$ 2.512.099	\$ 1.791.975	\$ 720.125	4	\$ 2.880.498
TOTAL RETROACTIVO						\$ 46.416.929

¹⁴ Ver al respecto la sentencia de la CSJ S.L. Radicación No. 35763 del 27 de enero del 2010, la cual adujo:

“De otro lado, no habrá lugar a modificar la sentencia de primer grado, para autorizar al demandado descontar del retroactivo pensional las sumas que correspondan a los aportes obligatorios para salud a cargo de la adora, dado que, por expresa disposición legal -inciso tercero del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, está obligado a ello”

monetaria, siendo los índices de devaluación un hecho notorio, lo que evita demostrar esa situación.

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

Así las cosas, de manera evidente, entre la fecha en que debió pagarse la prestación y el pago de las diferencias adeudadas, habrá transcurrido un interregno considerable, por lo que, resulta procedente la indexación sobre la suma reconocida, teniendo en cuenta la fecha que medie entre su exigibilidad y la fecha en que efectivamente se haga el pago, aplicando la fórmula que para tal fin se estableció en la Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 31222, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la cual además recogió cualquier otra posición expuesta en decisiones anteriores.

En los términos anteriores, la Sala procede a modificar el mayor valor para el año 2016, como también la fecha a partir de la cual se ha de reconocer el retroactivo adeudado, adicionándola en el punto anteriormente mencionado y disponiendo el pago de la indexación y confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar establecer como valor del mayor valor a cargo de la UGPP por la mesada pensional para el año 2016 a favor del señor JOSÉ ALIRIO ZULUAGA ZULUAGA la suma de **\$ 601.158**, concretándose el retroactivo

adeudado al actor con **14 mesadas** al año, del **6 de mayo de 2016 al 30 de abril del 2021**, en suma de **\$ 46.416.929**, el cual se seguirá causando hasta la fecha de inclusión en nómina y se cancelará debidamente indexado a la fecha en que se efectuó el pago, de acuerdo a lo anteriormente considerado.

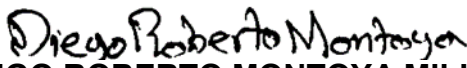
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** del fallo de primer grado, para en su lugar DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **6 de mayo 2016**, conforme a lo expuesto.

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

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo a las consideraciones expuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL

BOGOTA D.C.

SALA LABORAL.

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN.

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BLANCA LILIA MIRANDA VARGAS CONTRA SOLUCIONES EN RED S.A.S -ANTES SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCIADOS S.A.S- Y CODENSA S.A., trámite al que se vinculó como llamadas en garantía a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. Y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (RAD. 08 2017 00338 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada SOLUCIONES EN RED S.A.S. (folios 755 a 762) y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. (folios 763 a 769), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de febrero de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd. folio 749, récord 1:15:13, acta a folio 750), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas SOLUCIONES EN RED S.A.S y CODENSA S.A., demandada en solidaridad esta última, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora BLANCA LILIANA (sic) MIRANDA VARGAS.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a las llamadas en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS GENERALES, SURAMERICANA, MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones invocadas en los llamamientos en garantía.*

TERCERO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia de la relación laboral relevándose el despacho del estudio del pronunciamiento de los demás medios exceptivos propuestos dado el resultado de la Litis.

CUARTO: Sin Condena en **COSTAS** en esta instancia ante su no causación.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión como resulta adversa a los intereses de la parte demandante remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de la actora.”

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se valoren las pruebas y se revoque en su integridad la sentencia, ya que, en su sentir, no se tuvo en cuenta lo aludido por el representante de Codensa respecto a la vigilancia de los contratos de prestación de servicios, la existencia de subordinación, pues, aunque no lo refirió así textualmente, dice, aludió un control sobre los trabajadores, sobre el recaudo del dinero, de allí que exista solidaridad de esa empresa frente a las pretensiones de la demandante.

Asegura, con el cuestionario hecho a la actora no se desvirtúa la hipótesis o presunción del contrato laboral como quiera que, si bien la demandante aseveró que tenía un contrato de prestación de servicios, ello fue porque eso fue lo que firmó, pero también indicó que laboraba en cierta hora, no en el tiempo que dicen los demandados.

Sostiene, de analizarse por esta Corporación la audiencia de práctica de pruebas, se podría establecer del interrogatorio absuelto por el representante legal de la sociedad Parra Hernández, la subordinación que estos ejercían respecto de la actora, particularmente la exigencia de cumplir con unas obligaciones y el horario.

Arguye, en el asunto están configurados todos los presupuestos del contrato de trabajo, enfatizando, “*en todo momento estaba ella subordinada a cumplir unas obligaciones que le imponía el empleador una de ellas, como ellos lo manifestaron, era la de consignarle diariamente el dinero recaudado a CODENSA, este usar unas prebendas de CODENSA o como logotipo de CODENSA para ejercer su función, los elementos con los que ella trabajaba eran de Parras*

Hernández y de CODENSA”¹ (Audiencia del 10 de febrero de 2021, Cd. folio 749, récord 1:16:06, acta a folio 750).

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

¹ “Yo interpongo el recurso de apelación.

En primer lugar su señoría le solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que en su defecto y valoración de las pruebas revoque la sentencia del a quo toda vez que no tuvo en cuenta la parte, los testimonios y la parte probatoria dentro de este proceso, Dentro las pruebas de parte tenemos que el mismo representante de CODENSA manifestó que ellos hacían una vigilancia de los contratos de prestación de servicios en ese momento a los trabajadores, que había una subordinación, que ellos ejercían no lo dijo palabras textuales pero eso fue lo que trato de manifestar, ejercían un poder, un control sobre los trabajadores, teniendo en cuenta que ellos vigilaban el recaudo de los trabajadores, el recaudo del dinero que incluso ese recaudo tenía que ser dirigido directamente a CODENSA lo manifestó el representante de Parras Hernández, CODENSA no se opuso a esa manifestación aceptando que por hecho era entonces CODENSA que recibía ese dinero y había un control , en ese sentido CODENSA es solidariamente responsable con Parra Hernández a las pretensiones de la demandante

En otro término la demandante manifestó una constitución de prueba, una construcción de prueba, las pruebas, las preguntas las aportó la parte pasiva y donde ellos no pudieron desvirtuar la hipótesis o la presunción de contrato laboral donde ellos mismos le preguntaron a la demandante, la demandante manifestó que tenía un contrato de prestación de servicios porque esos fue lo que ella firmó pero que en ese contrato de prestación de servicios ella estaba obligada a prestar un servicio en cierta hora determinada no en el tiempo que ellos dicen de 15 días o dos semanas ese contrato de prestación de servicios se manifestaba o se presentó en mucho más tiempo, si los honorables magistrados tuviera la posibilidad, volvieran a ver la audiencia se van a dar cuenta la audiencia de pruebas que el mismo representante de Parra Hernández manifiesta que el contrato que ellos ejercían sobre la demandante había una subordinación, había un control, había una obligación de la demandante para con Parra Hernández o con este caso el empleador a cumplir con un horario y a cumplir con unas obligaciones. En este sentido hemos tenido muchas sentencias y en este caso le quiero recordar la sentencia de al honorable Corte Constitucional en la tutela 903 del 2010 que dice “Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales la actividad personal del trabajador es decir realizada por sí mismo” lógicamente eso está en el artículo 23 del CST” Segundo la continuaba subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto el tiempo, modo y cantidad de trabajo e imponerle el reglamento la cual debe imponérsele por todo el tiempo de duración del contrato, todo ello sin que se afecte el honor, la dignidad, y los derechos mínimos del trabajador en concordancias con los tratados o convenios internacionales sobre derechos humanos, relativos a la materia obliguen al país y tercero un salario como retribución del servicio” Su señoría en este proceso, durante este procedimiento se ha dictaminado y se ha visto y se ha comprobado que estos tres elementos se cumplieron a cabalidad. La actividad personal del trabajador, en ningún momento la señora Blanca delegó sus funciones a ninguna otra persona ni tampoco Parra Hernández autorizó a la señora para delegar esas funciones. La continuada Subordinación, en todo momento estaba ella subordinada a cumplir unas obligaciones que le imponía el empleador una de ella como ellos lo manifestaron era la de consignarle diariamente el dinero recaudado a CODENSA, este usar unas prebendas de CODENSA o como logotipo de CODENSA para ejercer su función, los elementos con los que ella trabajaba eran de Parras Hernández y de CODENSA entonces aquí se deslumbra claramente su señoría que estamos en contrato laboral donde hay una subordinación, hay una dependencia directamente del empleador y hay un reconocimiento económico porque no podemos llamar ni siquiera salario a una prestación donde ellos la desconocieron por completo un salario mínimo o un monto mínimo al salario mínimo. Sobre decirle su señoría que el contrato laboral se rige por el artículo 22 del CST el cual dice Definición “Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” Por esto pronunciamiento de la ley, de la constitución en su artículo 58 que es la protección al trabajo, un derecho fundamental de la persona no cabe en la mente de este apoderado que el juez desconozca estos derechos fundamentales y este atropello, porque se puede llamar un atropello a un trabajador donde fue subordinado, fue atropellado económicamente porque ni siquiera le pagaron un salario mínimo para poder sobrevivir y le están negando sus derechos fundamentales, por tal motivo su señoría solicito que todas las pretensiones de la demanda sean incoadas y sean reconocidos los derechos fundamentales de mi poderdante, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante BLANCA LILIA MIRANDA VARGAS, las pretensiones visibles en el escrito de demanda y su subsanación (folios 7 a 9 y 65 a 66), las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 3 a 7, encaminadas a que se declare que el contrato de prestación suscrito con la empresa SERVICIOS PARRA Y HERNANDES ASOCIADOS S.A.S (hoy SOLUCIONES EN RED S.A.S) fue un “*contrato realidad laboral*”. En consecuencia, se condene a esa sociedad, y solidariamente a CODENSA, a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios causados en vigencia de la relación laboral, la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, los aportes a seguridad social en pensión del 1 de enero de 2001 al 24 de enero de 2016 y las costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien se encontraba probada la prestación personal del servicio y, en esa medida, en aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T existía contrato de trabajo, lo cierto es que SOLUCIONES EN RED S.A.S había logrado derruir dicha presunción al acreditar la ausencia de subordinación.

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

Pues bien, tal como lo asentó la juez de primer grado, en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial

constituye la pretensión principal de la demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de varios contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a juicio desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio de la demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (folios 92 a 97), por lo que la promotora del juicio se encuentra cobijada por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio de las probanzas recopiladas en autos en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Bajo las premisas anteriores, del acervo probatorio se destaca la presencia de las siguientes documentales:

- Copia de las cuentas de cobro suscritas por BLANCA LILIA MIRANDA VARGAS, dirigidas a SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCIADOS S.A.S (hoy SOLUCIONES EN RED S.A.S) por concepto de “arriendo del

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

local punto de pago ubicado en la Calle 3 No. 2-2-5 San Cayetano (Cundinamarca)”, en cuantía de \$50.000, para los meses de noviembre de 2013 (folio 14), agosto de 2015 (folio 15), noviembre de 2015 (folio 16), enero de 2013 (folio 17), octubre de 2013 (folio 18), septiembre de 2013 (folio 19), febrero a agosto de 2013 (folios 20 a 26), diciembre de 2015 (folio 27).

- Copia del “acta de entrega dotación y/o EPP” sin fecha, en el que consta la entrega de un par de zapatos a la actora (folio 28) por parte de SOLUCIONES EN RED S.A.S. De igual forma, reposa otra acta de entrega también sin fecha en la que se indica (folio 29):

“De acuerdo a las políticas establecidas por SOLUCIONES EN RED S.A.S, en el reglamento interno de trabajo, controles establecidos y en cumplimiento del a normativa legal colombiana para el desarrollo de las actividades laborales al igual que los requerimientos de las empresas clientes se le hace entrega de:*

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD	OBSERVACIONES
Calzado (Material)	1 PAR	NA
Pantalón Negro	1	
Camisilla Blanca	1	

**NOTA: (Numeral 5.8.4 contrato 5800004458 SOLUCIONES EN RED S.A.S y CODENSA) La dotación mínima para las personas que atienden los puntos de recaudo y oficinas comerciales deben constar de camisa, camisilla y pantalón. El personal que se presente a trabajar con su uniforme sucio o en malas condiciones será considerado como falta en el cumplimiento de las obligaciones del contrato.*

Yo Blanca Miranda³ identificado con Cedula (sic) de ciudadanía No. 20.891.432 de San Cayetano, me comprometo a hacer buen uso de los elementos entregados como dotación, a restituirlos de ser requerido en el momento que finalice mi relación laboral con la compañía, a su vez me responsabilizo de la pérdida o daños ocasionados por mal uso y descuido. De igual forma me responsabilizo de las consecuencias por la NO utilización de la dotación y/o los elementos de protección personal que me han sido suministrados, el descuido de los mismos, acarreará las sanciones contempladas en el reglamento interno de trabajo”

Dicha documental, valga advertir, no fue desconocida ni tachada por la pasiva.

- Se aportó, además, copia de una minuta de contrato de arrendamiento de un espacio de 3 metros cuadrados de una vivienda con nomenclatura Calle

³ Nombre escrito a mano alzada.

3 No. 2-25, pero solo cuenta con la rúbrica de la demandante (folios 42 a 44).

- Se observa sendos contratos de prestación de servicios suscritos entre BLANCA LILIA MIRANDA VARGAS y la sociedad SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCIADOS S.A.S, así:

- i. Contrato de Prestación de Servicios con vigencia entre el 31 de agosto de 2002 y el 28 de febrero de 2003, obligándose la contratista a *“prestar al CONTRATANTE el servicio de recaudación de los pagos por servicio de energía facturados por CODENSA S.A. E.S.P. en las áreas rurales del municipio de San Cayetano según las instrucciones dadas por el CONTRATANTE en documento adjunto (...)”* (folio 105). El valor de dicho contrato se estableció el pago de doscientos pesos (\$200) por cada factura recaudada.
- ii. Contrato de Prestación de Servicios con duración entre el 1 de diciembre de 2002 y el 28 de febrero de 2003 (sic) (folio 107). Las condiciones contractuales se pactaron en idénticos términos a los enunciados en precedencia.
- iii. Contrato de Prestación de servicios suscrito el 1 de marzo de 2003, con duración hasta el 31 de agosto de 2003 (folio 108). Las obligaciones y valor de la contratación son los mismos del contrato anterior.
- iv. Contrato de prestación de servicios *“por labor a contratista independiente”* del 1 de octubre de 2011 al 31 de marzo de 2012, prorrogable indefinidamente por periodos iguales y sucesivos. Los horarios se pactaron a razón de \$200 *“asignado de acuerdo a la actividad o servicio realmente ejecutado durante el mes”* (folio 109 y 110).
- v. Contrato de Prestación de servicios independientes, celebrado el 6 de octubre de 2012, por un plazo de 6 meses, con el objeto de *“ejecutar el contrato y demás actividades propias del servicio en las funciones de RECAUDADOR EN LOS PUNTOS DE PAGO*

AUTORIZADOS”, por el cual se pagaría a la contratista la suma de \$450.000 mensuales (folios 103 y 104). En dicho instrumento se pactaron como obligaciones:

“CLAÚSULA SEXTA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. EL CONTRATISTA se obliga con el CONTRATANTE a: 1.- Llevar a cabo el recaudo de facturas en los puntos de pago autorizados requeridas por EL CONTRATANTE necesarias para el desarrollo del giro ordinario de sus negocios. 2.- Entregar de manera ágil y oportuna información, documentos y reportes de facturas y dineros que sean recaudados en las cuentas corrientes que asigne el **CONTRATISTA**. El incumplimiento de este servicio será causal de terminación del presente contrato aún cuando ocurra por una sola vez. 4- Efectuar en forma independiente y oportuna ola correspondiente afiliación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones (...)”

- En el plenario se advierte copias de los contratos No. 4700061393 del 25 de febrero de 2005 (folios 156 a 192) 5700005322 del 27 de diciembre de 2013 (folios 201 a 224) celebrados entre SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCIADOS LTDA y CODENSA S.A. y 5800004248 del 29 de enero de 2010 (folios 227 a 248) de la primera con la EMPRESA DE ENERGÍA DE CUNDINAMARCA, para que la primera prestara a la segunda, el servicio de recaudo del servicio de energía.

Asimismo, la demandante en su interrogatorio⁴ sostuvo que firmó contrato civil con SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ donde le indicaban que debía cumplir un horario. Señaló, sus labores eran las de recaudar recibos de energía en el horario de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. de martes a sábado. Refiere, la oficina estaba ubicada, inicialmente en un albergue (cuando se dio la reubicación temporal del pueblo) y luego en la sala de su casa. Indicó, aproximadamente 4 años antes de acabarse el contrato, **le cancelaron canon de arrendamiento por el espacio utilizado**. Ilustró, además del recaudo de energía realizó pagos de familias en acción y un año, como en 2007, el municipio fue plan piloto en la venta de energía prepago, y ella era quien vendía ese servicio. Sostuvo, el vínculo con esa sociedad fue desde enero de 2001 hasta diciembre de 2015 más 2 meses de 2016 en los que solo hizo pagos de familias en acción, porque debían quitar el aviso que indicaba “*punto de pago CODENSA*”. Dijo, entró ganando \$150.000 y el efectivo le era

⁴ Audiencia del 13 de febrero de 2018, Cd folio 420, récord 20:45.

enviado con el mensajero. Parra y Hernández era la sociedad que le pagaba. Aseveró, solo trabajó para Parra y Hernández, no realizaba ninguna otra actividad.

Por su parte, el representante legal de SOLUCIONES EN RED S.A.S⁵ (antes SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCAIDOS S.A.S.) relató, con la demandante se suscribieron 7 contratos de prestación de servicios, siendo el último el signado el 6 de octubre de 2012, el cual se dio por terminado en diciembre de 2015 toda vez que CODENSA terminó unilateralmente el vínculo que tenía con esa sociedad, indicando, además, el recaudo de energía se contrató con la actora desde el 2001. Aseveró el objeto del contrato realizado con BLANCA LILIA era el de recaudar el servicio de CODENSA el cual se realizaba solo dos semanas al mes que es el periodo de facturación de esa empresa de energía en los municipios pequeños de Cundinamarca, recibía el dinero, colocaba el sello en las facturas, y lo recaudado lo consignaba directamente a CODENSA. Asentó, le pagaban un arriendo por parte de su casa y ella atendía desde la ventana. Indicó, el pago inicialmente fue por cupón, es decir, por el desprendible que le quitaban al recibo, y era como un porcentaje de 500 o 600 pesos, luego, dijo, la gerencia decidió cancelar una suma mensual de \$450.000 por la actividad. Con relación al suministro de elementos o dotación, señaló, CODENSA exigía como obligación del contrato que tenían con esta, que cada uno de los puntos debía existir un módulo de madera, un computador y el software para poder recaudar los recibos, asimismo, debía entregarse, por virtud de esa misma contratación entre las sociedades, una camisa con los distintivos de CODENSA de lo cual tienen soporte como de 3 o 4 entregas efectuadas en los últimos años. El internet y la seguridad social iban por cuenta de la contratista hoy demandante. Afirmó, la actora no tenía que abrir toda la semana ni el mes, se le pedía es estuviera abierto en horarios en los que la gente pudiera pagar durante el periodo de facturación, de hecho, nunca verificaban si estaba abierto, solo se verificaba la cantidad de recibos recibidos y que el dinero fuera igual al consignado a CODENSA, lo cual se controlaba a través del software y los comprobantes de las consignaciones hechas por la actora. Señaló, la demandante solo era una recaudadora más porque CODENSA tenía contrato con Bancos, Efecty, PAGATODO, entre otros.

⁵ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, récord 58:15, CD folio 747, acta folio 748.

El representante legal de CODENSA⁶ se limitó a indicar que firmó contrato con PARRA HERNANDEZ para el recaudo de energía, que no ejerce ningún control sobre los trabajadores del contratista o sobre la forma u horarios empleados para efectuar el recaudo, no entregan elementos de trabajo, con excepción del sello que se impone en los recibos.

De igual forma, se recibieron los testimonios de HAIDY JULIETH RODRÍGUEZ MIRANDA⁷, YEFERSON CARVAJAL RIOS⁸, CARMEN ROSA SIERRA ROCHA⁹ y DAVID RICARDO MUÑOZ OSPINA¹⁰.

La primera, quien adujo ser hija de la actora, indicó, BLANCA LILIA se dedicaba al recaudo de energía en el pueblo desde el 2001 hasta el 2015; sin embargo, luego aclaró, que solo le consta directamente entre el 2001 y el 2007 pues a partir de este último año se trasladó a Bogotá y la visitaba solo 3 o 4 veces al año. Dijo, el contrato de su mamá era con PARRA HERNÁNDEZ, lo cual le consta porque la acompañó a una capacitación. Indicó, la demandante laboraba de martes a sábado, el recaudo se hacía cuando llegaba la facturación, pero adujo no saber en qué fecha se emitían las facturas para empezar el recaudo y por esa razón debía estar pendiente “en la oficina”. Ilustró, el local siempre estaba abierto y la llamaban de la empresa para verificar si se encontraba en el lugar de trabajo, pero sin precisar cuál. Advirtió, la actora tenía horario, le daban órdenes, no sabe qué persona, le entregaron un manual de funciones, sabe que le pagaban arriendo, pero no cuanto, y tampoco conoce el valor de la retribución de la trabajadora. Aseveró, el puesto no se podía cerrar a pesar de que era en la misma casa pues enviaban a constatar que estuviera abierto.

A su turno, CARMEN ROSA SIERRA ROCHA, dijo conocer a la demandante de toda la vida, por lo que le consta que ella se dedicaba al recaudo del servicio de energía en el pueblo de San Cayetano desde el 2001 hasta el 2016, más o menos, en el horario de martes a sábado de 7 a 1 y de 2 a 5, pero especialmente en ese horario de la mañana. No obstante tal claridad, ilustró que desde hace más o menos 10 años vive en Bogotá. Comentó, la actora usaba una camiseta de

⁶ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, CD folio 797, acta folio 748, récord 46:54.

⁷ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, CD folio 797, acta folio 748, récord 1:20:51.

⁸ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, CD folio 797, acta folio 748, récord 1:55:01.

⁹ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, CD folio 797, acta folio 748, récord 2:20:40.

¹⁰ Audiencia del 3 de noviembre de 2020, CD folio 797, acta folio 748, récord 2:34:33.

CODENSA y siempre era quien atendía. Desconoce en qué condiciones la contrataron o si le exigían horario, nunca vio a nadie de CODENSA. Indicó, el puesto estaba dentro de la casa de la actora.

Por su parte YEFERSON CARVAJAL RIOS, Coordinador de Operaciones de la empresa SOLUCIONES EN RED S.A.S desde 2014, refirió, no conoció personalmente a la demandante pero sabía que ella tenía un contrato de prestación de servicios en el Municipio de San Cayetano para el recaudo del servicio de energía el cual, dijo, le era cancelado contra cuenta de cobro, también indicó que se pagaba un arriendo por el espacio de su casa destinado a la actividad, que era como la Sala. No sabe cuánto se le cancelaba pero adujo que tenía un gestor que era quien verificaba que se cumpliera con el contrato y hacía la conciliación de lo reportado y lo consignado. Precisó, la actora no asistía a reuniones de la empresa, no tenía horario porque estaba en su casa y disponía de su tiempo para realizar el recaudo. Señaló, a la demandante si se le entregaron distintivos, pero ello fue en virtud de la exigencia hecha por CODENSA. Indicó, la función de BLANCA LILIA era solo recaudar el pago de las facturas de CODENSA en el municipio de San Cayetano lo cual se hacía solo por dos semanas porque tenía ciclo directo. Comentó, el contrato con la demandante terminó en 2015 cuando CODENSA terminó la contratación que tenían con la empresa. Dijo, no se entregaba ninguna orden, no se hacían llamados de atención. Nelson Parra era el encargado de vigilar el cumplimiento del objeto contratado.

DAVID RICARDO MUÑOZ OSPINA, Gerente Financiero y Administrativo de Soluciones en Red S.A.S., indicó que la demandante inició a prestar sus servicios a la compañía en 2002 para realizar actividad de recaudo de energía en su municipio. Sostuvo, a la actora se le pagaba inicialmente por cupón y luego se pagó un valor fijo mensual, alrededor de \$450.000 más \$50.000 de arriendo por el espacio que destinó de la Sala de su casa. Asegura, la única labor que se ejercía desde la empresa era por parte del área operativa, quienes verificaban el cupón (colilla del recibo) con los dineros consignados, empero, no se exigía un horario, sumado a que el recaudo se hacía solo en dos semanas después del ciclo de facturación. Refirió, en algún momento se le pidió portar distintivos de la empresa, pero ello fue por un tema contractual con CODENSA. Aseveró, a la demandante se le entregaron como elementos de trabajo un computador de mesa y el software requerido para hacer el recaudo. Manifestó, el contrato terminó en 2015, por la

terminación del vínculo con CODENSA. Nunca se le llamó la atención pues lo único que se constataba era el cumplimiento del objeto del contrato en las dos semanas del recaudo, por eso tampoco se le daban órdenes.

Previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar, las manifestaciones de los testigos YEFERSON CARVAJAL RIOS y DAVID RICARDO MUÑOZ OSPINA gozan de plena credibilidad por esta Sala dado que los deponentes en gran parte de sus versiones fueron coincidentes entre sí y con los demás medios de prueba, precisando, solo se tendrán en cuenta las manifestaciones que deriven de la percepción directa de los hechos narrados, destacando en este punto que por tal razón las manifestaciones de CARMEN ROSA SIERRA y HAIDY JULIETH RODRÍGUEZ, ofrecen poco convencimiento en su totalidad, dado que además no constarles las circunstancias particulares de la vinculación de la actora con la pasiva (qué se pactó, con quién, qué se le exigía, entre otros aspectos), hace muchos años que no tienen una cercanía con la actividad de la demandante.

Pues bien, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio, existió una prestación personal del servicio por parte de la demandante a favor de SERVICIOS PARRA HERNANDEZ ASOCIADOS S.A.S (hoy SOLUCIONES EN RED S.A.S) realizando la labor de recaudo de facturas del servicio público de energía suministrado por CODENSA S.A.

Sin embargo, pese a ello, la demandada logró desvanecer la presunción que cobijaba a la actora, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que para dicha sociedad desarrolló, pues los elementos individuales aportados, en suma, esto es, la prueba testimonial y la documental resulta consistente para determinar que la demandante era libre de fijar el horario de prestación de servicio y de disponer de el, aunque habitualmente desarrollaba sus funciones de martes a sábado de 7 a.m. a 1 p.m. como lo confesó la demandante, sumado a que conforme lo relatado por los testigos, incluso por la misma hija de la demandante, la labor de recaudo se efectuaba luego del periodo de facturación, esto es, no necesariamente la actividad se adelantaba de manera continua e ininterrumpida durante todo el mes lo cual se justificaba además en el tamaño del municipio según comentó el representante legal de la encartada. De hecho, es

posible determinar que en la actividad realizada por la demandante no medió subordinación, conclusión a la que se arriba en atención a la autonomía que tenía la actora para ejecutar su labor y la ausencia de llamados de atención o sanciones disciplinarias en su contra por parte de quien se alega empleador, por el modo y la forma en que se ejecutaba la labor como recaudadora.

Adicionalmente, las pautas o lineamientos que se le pudieron dar a la promotora del litigio no pueden dar lugar a entender algún tipo de órdenes, pues es claro que la accionada debe velar por la prestación de un buen servicio.

De igual forma, pese a la manifestación de la demandante frente al control del cumplimiento de horario, -el cual en todo caso no se demostró- a juicio de esta Sala tampoco constituye un elemento que por sí solo tenga el alcance de demostrar la existencia de un vínculo laboral o la presencia del elemento de subordinación, por cuanto es totalmente plausible que en la ejecución de un contrato de prestación de servicios se exija el cumplimiento de las obligaciones pactadas, así como ciertas responsabilidades connaturales al objeto contractual, máxime si sus funciones están enmarcadas en el manejo de dineros. Sobre este punto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que *“a pesar de ser el cumplimiento de un horario de trabajo, un indicativo de la subordinación, tal hecho no hace concluir forzosamente la existencia de la subordinación cuando del análisis de otros medios probatorios el juzgador deduce que, en realidad, existió una prestación de servicios personales de carácter independiente y autónoma (CSJ SL8434-2014; CSJ SL14481-2014).”* Sentencia SL11661 del 5 de agosto del 2015.

En la misma dirección, el uso de prendas con distintivos de CODENSA o la empresa contratante, no conlleva a concluir, necesariamente, la existencia de un contrato de trabajo, pues conforme a los dichos de los testigos tales elementos eran suministrados en aras de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por SERVICIOS PARRA Y HERNANDEZ ASOCIADOS con la empresa de suministro de energía a favor de quien se hacía el recaudo.

Así pues, no se aprecia por parte de esta Sala de decisión exigencias de exclusividad para la prestación de los servicios, cumplimiento de horarios, órdenes

o llamados de atención en ejercicio de un poder disciplinario por parte de la supuesta empleadora.

Es la forma como se ejecutó la actividad la que evidencia la ausencia de subordinación más que los instrumentos formales que hicieron parte de la contratación de la actora, como el contrato de arrendamiento.

Así las cosas, como se ha venido señalando es claro para esta Sala de decisión, que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de trabajo con SOLUCIONES EN RED S.A.S. pues como quedó visto, el extremo demandado desvirtuó la presunción que cobijaba a la demandante, probando que la actora ejecutaba la labor de manera autónoma, precisando las tareas realizadas por esta de entregar reportes y hacer consignaciones diarias a CODENSA de los dineros recibidos, deben ser entendidas como algo inherente a su función como recaudadora sin que ello *per sé* indicara algún tipo de subordinación, razón por la cual, se itera, la prestación del servicio por parte de la actora, no acaeció en virtud de una relación laboral, pues simplemente ella cómo recaudadora se dedicó a sus hacer esa actividad, ejecutando su labor con plena autonomía y sin mediación alguna de la sociedad demandada, sin que tampoco el hecho de existir un supervisor, de lugar a entender algún tipo de órdenes, pues es claro que la empresa accionada debe velar por la correcta ejecución del objeto contratado.

Así las cosas, se itera, la presunción que cobijaba a la demandante (artículo 24 del C.S.T) se desvaneció, y contrario a ello, quedó demostrado que la labor por esta desempeñada fue ejecutada bajo plena autonomía y en el marco de un contrato de prestación de servicios, razón por la cual se prohijara la decisión de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

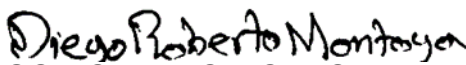
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

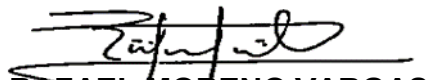
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez Octava Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

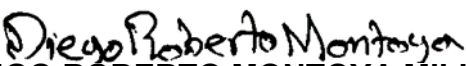

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS CORDOBA TORRES CONTRA ALMACENES EXITO S.A. (RAD. 09 2018 00 634 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandada (fls. 142 y 143) y el demandante (fls. 196 a 202) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Novena (9º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero del 2021 (Audiencia virtual, Cd. fl. 183, audio 2, récord 25:49, acta folios 184 y 185), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a ALMACENES ÉXITO S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por JUAN CARLOS CÓRDOBA TORRES, en el presente asunto de acuerdo con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, por lo considerado.

TERCERO: COSTAS serán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000, según lo motivado.

CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, REMÍTASE ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta, a favor de la parte actora, conforme lo establecido en el artículo 69 del CPT y de la SS.”

Inconforme con la decisión la apoderada del actor interpuso recurso de apelación señalando, debe tenerse en cuenta los pronunciamientos de la Corte Constitucional para el estudio de la estabilidad laboral reforzada, indicando haber quedado comprobado tanto con las pruebas documentales como con las testimoniales, que efectivamente el señor Juan Carlos Córdoba padecía enfermedad ansiosa, pánico, trastorno de ansiedad y depresión desde el año 2006 y que regularmente desde el año 2011 hasta el año 2016, presentó debidamente una serie de incapacidades que conocía Almacenes Éxito en calidad de demandada y que precisamente no gestionó ningún procedimiento ni interno ni externo para conocer realmente cuál era la afección y la patología de salud que tenía el trabajador, por lo que para el momento en el que el trabajador es despedido estaba demostrado que sistemáticamente había sido incapacitado y que padecía una serie de patologías, por lo que señala no hace falta que se tenga precisamente dictamen laboral con un rango o con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral sino que basta con demostrar que el trabajador se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, y que eso le impide continuar con sus labores, en protección al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al mismo derecho a la vida, reiterando se acreditó que el actor estaba debidamente medicado y que además la accionada sí conocía su situación, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de reintegro por estabilidad laboral reforzada y lo que de ella derive.

Por otro lado y en caso de no accederse a las pretensiones principales, peticiona se tenga en cuenta que existió una violación al debido proceso por cuanto no existe documento alguno firmado por el trabajador donde se indique que éste conocía el reglamento interno de trabajo pese a que estuviera en lugares visibles del lugar de trabajo, aunado a que nunca le hicieron una citación previa para la diligencia de descargos violándose así el derecho a la legítima defensa indicándole únicamente hasta la diligencia de descargos que podía asistir con dos testigos y mostrándole ese mismo día unas fotografías las cuales se le debieron entregar por lo menos una semana antes para que pudiera defenderse.

Afirma que al trabajador nunca se le allegó documentalmente el manual de procedimientos donde se describe claramente cuál es el procedimiento o cuándo constituye falta grave la entrega de una degustación, señalando que si bien el trabajador reconoció mediante la audiencia de descargos que sí efectivamente había omitido un procedimiento no puede ser calificado como falta grave en tanto una justa causa no puede ser simplemente el incumplimiento del reglamento del

trabajo, precisando el trabajador se confundió y las entregó como degustación, pero no se demostró, por ejemplo, que el trabajador se las hubiera hurtado, lo cual, si sería una falta grave, solicitando se tenga en cuenta que existió una confusión por parte del trabajador, que en ningún momento puede desembocarse en una falta grave, advirtiendo se debe tener en cuenta los principios de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción.

Razón por la cual solicita se revoque la decisión de primera instancia, otorgándole al trabajador el reintegro por estabilidad laboral reforzada y en caso de que no sea así se acoja a la pretensión subsidiaria de la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización por restricción médica, teniendo en cuenta que se ha demostrado que la falta que cometió el trabajador fue una causa leve y que no puede desembocar en un despido que ha perjudicado notablemente al trabajador, por su enfermedad y por el tiempo que dedicó al trabajo en Almacenes Éxito. (Cd. fl. 183, récord: 26:50¹)

¹ “Gracias su señoría, en la debida oportunidad procesal, presento el respectivo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que sean tenidos en cuenta los siguientes preceptos jurídicos y así el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revoque esta decisión de primera instancia.

Alrededor de los presupuestos de la estabilidad laboral reforzada debe tenerse en cuenta, además de lo estipulado por su señoría en la respectiva sentencia, los pronunciamientos de la Honorable Corte Suprema de Justicia (Sic 27:25), frente a la estabilidad reforzada en su sentencia de unificación SU – 049 del 2017, y quiero hacer referencia al parágrafo 4.4 que reza:

“La Corte decide reiterar su jurisprudencia para casos como este, esta vez en su Sala Plena, con el fin de unificar la interpretación constitucional. El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (art 53); en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (arts. 13 y 93); en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (art 47); en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (arts. 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social”.

En este entendido su señoría quedó comprobada tanto como las pruebas documentales como con las testimoniales, que efectivamente el Señor Juan Carlos Córdoba demandante en este proceso, padecía enfermedad ansiosa, pánico, trastorno de ansiedad y depresión desde el año 2006 y que regularmente desde el año 2011 hasta el año 2016, presentó debidamente una serie de incapacidades que conocía Almacenes Éxito, en calidad de demandada y que precisamente no gestionó ningún procedimiento ni interno ni externo para conocer realmente cuál era la afección y la patología de salud que tenía el trabajador.

En este sentido, en el momento en el que el trabajador es despedido estaba demostrado que sistemáticamente había sido incapacitado y que padecía como lo menciono una serie de patologías, por eso, su señoría solicito con todo respeto que se tenga en cuenta estos presupuestos jurídicos de la Honorable Corte Constitucional, que además en su Sentencia de Unificación ha sido enfática en que no hace falta que se tenga precisamente dictamen laboral con un rango o con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral sino que basta con demostrar que el trabajador se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, y que eso le impide a continuar con sus labores, en protección precisamente como lo mencionaba anteriormente al mínimo vital, a la estabilidad laboral reforzada y al mismo derecho a la vida.

De hecho, su señoría como el despacho en primera instancia bien lo mencionó el Señor Juan Carlos Córdoba, probó en este proceso que estaba debidamente medicado y que además la empresa demandada, si conocía la situación por la que padecía, por eso solicito se tenga en cuenta las pretensiones en cuanto a su reintegro por estabilidad laboral reforzada y la derivada de ella.

En segundo sentido, dirigido al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, de no tenerse en cuenta, como planteó en las pretensiones principales que se derivan del reintegro y del reconocimiento de la estabilidad laboral reforzada, y de considerar la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización por restricción médica, debe tenerse en cuenta su señoría, lo siguiente y que repito y mencioné en los alegatos de conclusión. Efectivamente su señoría, como se demostró en el marco del proceso se debe tener en cuenta que existió una violación al debido proceso, y que esa violación al debido proceso no solamente es un precepto constitucional que explica muy bien la Sentencia C – 593 del 2014, sino también hace parte de la Constitución Política Nacional. En este caso su señoría, existió claramente una violación al debido proceso en varios aspectos:

Primero, porque como lo mencioné en los alegatos de conclusión, no existe documento alguno firmado por el trabajador, donde se ratifique que conocía el reglamento interno de trabajo pese a que estuviera en lugares visibles.

Segundo, su señoría se debe tener en cuenta cierto aspecto fundamental alrededor de la violación del debido proceso, y es que en el momento en el que el trabajador se le hace la citación a la diligencia de descargos que aparentemente según la fecha de empresa fue el 4 de enero de 2017, esa situación nunca sucedió, a él se le comunica de manera verbal y repito, el 6 de enero de 2017, se le realiza el acta de descargos, se le entrega la comunicación del 4 de enero, como si se le hubiese citado días antes.

Entonces, en ese sentido su señoría, hay varios derechos que se conculcan allí y es precisamente el derecho a la legítima defensa que es un derecho constitucional y debidamente reglamentado porque bien lo mencioné ahora. Claramente si bien, en los procesos disciplinarios son netamente reglados por las empresas, existe un orden constitucional y a esto me refiero con las Sentencias de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, porque son Cortes de cierre. Entonces de nada nos serviría que las empresas en su calidad de empleadores tomaran decisiones unilaterales que afectaran a los trabajadores, si no se tiene en cuenta la Ley y la norma que así lo regula, para eso creo que mucho más explícita esta la sentencia C – 593 del 2014, que de hecho regula cómo se tienen que hacer los procesos disciplinarios y en este caso, existió una vulneración flagrante porque precisamente al trabajador no se le cita de manera documental, sino que además el mismo 6 de enero se le allegan las fotografías y se le informa que puede ir con dos testigos, cuando ya está en la diligencia de descargos, el trabajador no hacia parte de una organización sindical, pero si podía ir con dos testigos. Además de eso, tenían que haberle allegado las pruebas de las fotografías, por lo menos una semana antes para que el trabajador pudiese defenderse, y así no fue; entonces, hay una violación al debido proceso, que debidamente debe estudiar el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en este caso.

Y se debe tener en cuenta, además su señoría, que como lo mencione también en los alegatos de conclusión y que obra claramente, pues es que no existe prueba que efectivamente el trabajador recibió esa comunicación el 4 de enero con su firma y no se puede desconocer porque entonces estaríamos desconociendo los preceptos de la Corte Constitucional.

En otro sentido, debe también tenerse en cuenta, que al trabajador nunca se le allegó documentalmente el manual de procedimientos y manual donde describe claramente cuál es el procedimiento o cuándo constituye falta grave en caso inclusive del procedimiento de la entrega de una degustación entonces su señoría, en este sentido, tanto el testigo mencionó que no había estado en la capacitación y ninguno realmente le consta de manera ocular que hayan estado en esa capacitación, pero además, porque tampoco existe la prueba documental de que el trabajador si estuvo en esa capacitación y que de hecho el trabajador recibió ese manual de procedimientos que precisamente está debidamente especificado cuáles eran las funciones alrededor de la entrega de la degustación.

Alrededor de ello su señoría, por otro lado mencionó que precisamente en los mismos testimonios se mencionó que estas degustaciones tenían el letrero de degustaciones, si bien, el trabajador reconoció mediante la audiencia de descargos que si, efectivamente había digamos omitido por decirlo así un procedimiento no puede ser calificado como falta grave, porque entonces aquí entra la discusión de la naturaleza jurídica de los procesos disciplinarios, el artículo 64 del CST, también claramente menciona cómo efectivamente, cuáles son las justas causas y es que una justa causa no puede ser simplemente el incumplimiento del reglamento del trabajo, que además, es un acto unilateral del empleador, no es una convención colectiva, ni es un laudo arbitral, donde hay dos partes que deciden sobre esas normas, sino es una actuación unilateral.

Entonces, en ese sentido, ninguna de las justas causas está configuradas por ningún motivo en el CST, en el artículo 64. Y debe tenerse en cuenta, además, que precisamente lo mencionaban esas degustaciones tenían el

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

letrero de degustación, claramente el trabajador se confundió y las entregó como degustación, aquí no se demostró, por ejemplo, que el trabajador se las hubiera hurtado, lo cual, si sería una falta grave, se insinuó en algún momento, pero no se pudo demostrar, ni tampoco lo argumentó la parte demandada.

Entonces en ese sentido, debe tenerse en cuenta, que también existió una confusión precisamente por parte del trabajador, que en ningún momento puede desembocarse en una falta grave.

Por otro lado, su señoría y por último además quisiera que se tuviera en cuenta, precisamente como lo mencioné y como de hecho lo menciono también en la presentación de la demanda y son los principios de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, y esto precisamente su señoría, quiero hacer énfasis porque precisamente, la Sentencia T - 276 del 2014, hace un énfasis preciso y solamente me dirijo a una parte para terminar esta apelación y es que:

“El principio de legalidad ordena que las conductas prohibidas, las sanciones aplicables, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición estén definidos en un instrumento normativo previo a la comisión de los hechos cuyo juicio se pretende adelantar. El principio de tipicidad establece que las infracciones, las sanciones aplicables y la correlación que debe haber entre las unas y las otras deben estar descritas de forma clara, expresa e inequívoca. Particularmente, este principio trata sobre el nivel de claridad que debe haber en (i) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con o sin intención); (ii) la gravedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y (iii) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento). De acuerdo con las similitudes que existen entre el derecho penal y el derecho disciplinario, a este último le resultan aplicables los principios de culpabilidad, graduación y proporcionalidad. Independientemente de la naturaleza pública o privada de la autoridad encargada de ejercer la potestad sancionadora, ésta debe ser: (i) el tipo de falta cometida, particularmente, si es leve, grave o gravísima; (ii) si el sujeto que está siendo disciplinado actuó con dolo o con culpa; (iii) si con su comportamiento tenía la intención de incumplir los deberes a él exigibles o si, por el contrario, no era éste su propósito, y (iv) la correspondencia entre la gravedad del hecho cometido y la severidad del castigo impuesto.

Particularmente, el segundo y tercer punto están estrechamente ligados. Estando proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva, y debiendo haber una coherencia entre la reacción y la falta cometida, en el momento de la determinación de la sanción “la culpabilidad se constituye en un límite que impide que la gravedad de la sanción supere la del hecho cometido; siendo, por tanto, función primordial de la culpabilidad limitar la responsabilidad”. En esta medida, no es jurídicamente admisible imponer una sanción mayor a la que correspondería buscando un efecto ejemplificador. Una sanción proporcionada no puede ser aquella que castigue con la máxima pena posible una falta cometida de manera imprudente, pues el reproche no puede ser el mismo de quien actúa de manera dolosa y verdaderamente busca infringir la norma de conducta”.

El despido, la terminación unilateral del contrato sin justa causa, puede efectuarse sin que necesariamente implique su imposición o sanción, en tanto que sí, se invoca la justa causa este rompimiento del vínculo laboral se constituye en la sanción máxima, por haber realizado una conducta de las contempladas en la norma, es decir, grave, gravísima, leve o menos grave.

En síntesis, estimo que los presupuestos de orden jurídico han quedado debidamente demostrados en el curso de la actuación procedimental, la parte demandante, a su vez acreditó pruebas que efectivamente este era un despido sin justa causa y que, por lo tanto, daba lugar a la indemnización, por eso, solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que revoque la decisión de primera instancia de este despacho, otorgándole al trabajador el reintegro por estabilidad laboral reforzada y en caso de que no sea así se acoja a la pretensión subsidiaria de la indemnización por despido sin justa causa y correspondiente a la indemnización por restricción médica o como lo considere este Honorable Tribunal, teniendo en cuenta su señoría, y termino en que efectivamente se ha demostrado que la causa realmente o que la falta que cometió el trabajador fue una causa leve, a pesar que el reglamento contemple lo contrario a la orden constitucional y en el orden legal pues fue una causa leve, mediante toda configuración y que precisamente no puede desembocar en un despido que no permite y que ha perjudicado notablemente al trabajador, por su enfermedad y por el tiempo que dedicó al trabajo en Almacenes Éxito. Muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN CARLOS CORDOBA TORRES en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda folio 53, los cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 51 y 52, solicitando de manera principal se ordene el reintegro al cargo que venia ocupando al momento del despido o a uno igual o de superior categoría y remuneración, toda vez que fue despedido con restricciones médicas y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, junto con el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir con los aumentos legales, y convencionales causados desde la fecha del despido y hasta el día en que sea efectivamente reintegrado al cargo, junto con la indexación de las sumas a las que haya lugar, costas y agencias en derecho. En subsidio pretende se condene a la demandada al pago de la indemnización por restricción médica por ser despedido con restricciones médicas y sin previa calificación judicial, a la indemnización por no consignación de las cesantías y la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante,** tras considerar en primer lugar respecto a la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 que no se acreditaban las condiciones para predicar la misma a favor del trabajador por cuanto no toda patología implica discapacidad y aunque presentaba quebrantos en su salud mental no lo ubican en condición de discapacidad ni le impedían en grado sustancial el desempeño normal de sus funciones, aunado a que no se probó que estuviera incapacitado para el momento del despido pues su ultima incapacidad data del año 2016.

Por otro lado y en punto al despido indicó haber quedado probada la falta endilgada al trabajador la cual constituía una violación de las obligaciones del demandante, establecidas en el reglamento interno de trabajo, siendo justa la causa de despido, advirtiendo, el actor en sus descargos reconoció la comisión de la conducta, señaló que el despido no es una sanción disciplinaria y que en todo caso el derecho de defensa del accionante se cumplió pues fue oído en descargos, siendo improcedente la condena por indemnización por despido sin justa causa. Finalmente, y en cuanto a la indemnización por no consignación de las cesantías, adujo que no se incurrió en dicha sanción en tanto la accionada

acreditó haberlas consignado oportunamente y las del año 2016 y 2017 canceladas directamente al accionante en la liquidación de prestaciones.

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

Así las cosas, lo primero que debe advertir la Sala es que no es motivo de controversia en esta instancia la vinculación laboral del demandante con la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el 5 de mayo del 2010 y terminó el 6 de enero del 2017 por decisión unilateral de la empleadora, aspectos que además de haber sido excluidos del debate probatorio por la aceptación de las partes, se constata con la documental de folios 5 y 146 a 150 del plenario.

Establecido lo anterior, partirá la Sala por analizar lo relativo a la invocada estabilidad laboral reforzada por salud.

Funda sus aspiraciones el accionante en la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, disposición que en su artículo 26, señala: *“Ninguna **persona limitada** puede ser **despedida** o su contrato terminado **por razón de su limitación**, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo”*, conducta que conforme al inciso 2º de la citada norma, es sancionada con el pago de una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren, esto conforme a lo señalado en la sentencia C-531 de 2000.

Ahora, los criterios jurídicos para la aplicación de la norma reclamada por el actor, dictadas por la Corporación rectora de la jurisdicción ordinaria, pueden resumirse entre otras, así:

a) Radicado 35606 de 2009:

“De acuerdo con la sentencia en precedencia [32532 de 2008] para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: (i) que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; (ii) que el empleador conozca de dicho estado de salud; y (iii) que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

b) Radicado SL 6850 de 2016:

“...En efecto, la censura parece diferenciar entre las causas justas y las razones que pueden acompañar a una decisión de despido. Por eso mismo, a pesar de que reconoce que en este caso no medio una justa causa, dice que la razón del despido fue la escisión de la entidad y no la condición de discapacidad del trabajador. Con fundamento en ello, en últimas, arguye que en el evento en que se propicie un despido unilateral y sin justa causa, en todo caso, el trabajador debe demostrar que la decisión se dio por razón de su discapacidad y no por otros motivos, para que opere la especial garantía de estabilidad.

Una interpretación de esas características no puede ser avalada por la Corte, por las razones que pasan a exponerse:

La interpretación que propone la censura torna totalmente nugatoria la garantía de estabilidad y le resta todo efecto útil a la disposición, pues pone en manos del empleador la facultad de despedir al trabajador discapacitado, libremente, con la sola condición de no motivar su decisión en función de la especial condición de discapacidad.

(...)

Dicha interpretación también insta al trabajador a que, en el marco de un despido sin justa causa, demuestre que la razón real de la decisión estuvo dada en su condición de discapacidad, lo que resulta del todo desproporcionado e inaceptable para la Corte...”
(Resaltado por la Sala)

c) Radicado 67595 de 2017:

(...)

...si bien el dictamen de pérdida de la capacidad laboral, que como ya se dijo no es una prueba solemne de la condición de discapacidad, fue posterior al despido, lo cierto es que se fundamentó en las patologías y en la deficiencia, discapacidad y minusvalía adquiridas por el actor durante el desarrollo del contrato de trabajo, tanto así que la fecha de estructuración se definió en el 29 de febrero de 2008, varios meses antes de que se hubiera efectuado la desvinculación...”

d) Radicado SL 1360 del 11 de abril de 2018:

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

Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite,

quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.

e) Radicado SL2841 de 2020:

*“La Sala tiene explicado pacíficamente que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 protege a las personas **«en condición de discapacidad»**, es decir que «solo aplica a quienes tengan una [discapacidad] física, psíquica o sensorial en los términos previstos en dicha normativa», pero no, respecto de cualquier limitación o discapacidad, sino ante aquella que se considera relevante por reducir sustancialmente las posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en este, siguiendo el contenido del art. 1 del C159 de la OIT (ver sentencia CSJ SL17945-2017). Por esta razón, en un principio, el ordenamiento jurídico optó por fijar los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5 reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001 vigente para la época del despido del actor), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, a quienes clasifiquen en dichos niveles.*

Aquí, la Sala aclara que prefiere usar el término discapacidad relevante para identificar al sujeto de la protección a la estabilidad laboral del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y no, el de invalidez que traen el C159 y las R. 99 y 168 de la OIT, para diferenciarlo del sujeto beneficiario de la pensión de invalidez que regula la normatividad de la seguridad social de origen interno.

(....)

Lo anterior implica que la protección de la estabilidad en el trabajo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 está dirigida a la persona que tiene condiciones de salud reducidas para prestar el servicio personalmente, es decir, a aquella que tiene una discapacidad relevante y puede prestar el servicio en condiciones distintas del resto de la sociedad. Dicho de otro modo, el precepto en cuestión busca proteger a las personas que, por la condición de discapacidad relevante, pueden encontrar barreras para acceder, permanecer o ascender en el empleo y que tales barreras pueden ser superadas por el empleador haciendo ajustes razonables. Según el art. 5 de la Ley 361 de 1997, reglamentado por el artículo 7 del D. 2463 de 2001, vigente para la época del despido del actor (se itera), esa discapacidad relevante se considera a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral.

(...)

Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad.

En la sentencia CSJ SL 12998-2017, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada. El fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona.

No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.”

Bajo los criterios jurídicos citados, para lograr la ineficacia del despido o la condena al pago de la indemnización, en el transcurso del debate procesal la parte demandante debe demostrar su limitación, mientras que a la parte demandada le corresponde eventualmente acreditar la autorización del Ministerio del Trabajo, en los términos ya citados, o acreditar la justa causa del despido en el evento de invocarlo como motivo de terminación.

En este orden de ideas, lo primero que ha de advertir esta Sala de decisión es que si bien la parte actora funda sus anhelos tanto en el libelo como en la apelación de manera principal en el reintegro por estabilidad laboral reforzada y de manera subsidiaria en el pago de la indemnización por despido sin justa causa, ha de tenerse en cuenta los planteamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia concretamente en la sentencia con Radicado SL 1360 del 2018, la cual ha sido acogida por esta Sala de decisión en casos como el aquí estudiado, en cuanto a que al invocarse una justa causa legal para la finalización del contrato de trabajo se excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador y ese orden quien alega una justa causa de despido eclipsa la presunción discriminatoria; pues soporta su actuar en una razón objetiva.

Por ende, a tono con lo expuesto, se procede al estudio de las causas que dieron origen a la terminación del vínculo contractual del actor con la accionada en aras de determinar si su actuar encuentra o no soporte en una causal objetiva, advirtiéndose en lo que atañe al debido proceso previo a imponer el despido, presuntamente desconocido por la encartada, valga decir, en cuanto al desconocimiento por parte del accionante del REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO que se aduce en la apelación, se tiene que en los términos del artículo 107 del C.S.T. éste hace parte del contrato individual de trabajo, por ende no puede ahora sostener que nunca lo conoció aunado a que dicha afirmación resulta contraria a la verdad pues en el texto del contrato de trabajo firmado por el accionante con el ÉXITO en su cláusula decima se señaló: “*Son justas causas*

para poner término a este contrato, unilateralmente, las enumeradas en el artículo 62 del C.S.T. subrogado por el artículo 7 del decreto 2351/65 y las consagradas en el **Reglamento Interno de Trabajo el cual declara conocer y acatar el empleado** (ver fl. 148) y en todo los testigos recaudados, refirieron que dicho reglamento era conocido por todos los empleados pues se encontraba visible y público en dos lugares diferentes de las instalaciones del Éxito de Gran Estación.

Y ahora en cuanto a que no se le citó al demandante a descargos con antelación y que no tuvo la oportunidad de asistir con dos testigos, ha de aclararse a la recurrente que tal procedimiento se encuentra establecido es para la imposición de sanciones disciplinarias (Art. 77 folio 133) y no para el despido, como ocurre en el presente asunto.

Téngase en cuenta además que el artículo 78 del citado estatuto es claro en señalar que ***“El régimen disciplinario no es de forzosa aplicación, y en ningún caso limita la facultad que tiene la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo cuando lo estime conveniente de acuerdo con la ley”*** (folio 133).

En este punto resulta del caso precisar, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para este último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga, razón por la cual, para la terminación unilateral efectuada por la empleadora, en el caso de autos no era necesario acreditar ningún trámite.

Además, debe tenerse en cuenta que para la terminación unilateral del contrato con justa causa, la ley no ha previsto el agotamiento de trámite previo, y toda vez que, de acuerdo con el artículo 15 del C.S.T. bajo el entendimiento jurisprudencial, las leyes del trabajo consagran derechos mínimos, las partes pueden convenir el agotamiento de procedimientos previos a la medida de despido, sin embargo, en el presente asunto no se acreditó disposición alguna en ese sentido, advirtiéndose de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., ***“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”*** por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes, en los casos en los cuales el co-contratante ha incumplido las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo; no así a una sanción que solamente

pueda ser impuesta, una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007², criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del 2016, SL 4533 del 13 de septiembre del 2017³ y más recientemente en la SL735

² “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado** por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7° Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

³ “Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014, rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.°86-89).”

del 2 de marzo del 2021⁴, lo que impide examinar el procedimiento adelantado para la finalización del vínculo contractual.

⁴“(…) cuando se trata de ejercer la facultad unilateral de terminar los contratos de trabajo con justa causa, tal determinación no constituye propiamente una sanción, sino el ejercicio de una facultad legal del empresario, y por ende, salvo que esté pactado extralegalmente lo contrario, el empleador no está obligado en forma previa, so pena de conculcar el derecho de defensa, citar a descargos al trabajador sobre los motivos que lo llevan a fenecer su relación laboral.

Así en la sentencia CSJ SL, 12 jul. 2017, rad. 47251, se adoctrinó:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual **el despido no es una sanción** y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador. (Subraya no original).

El criterio jurisprudencial anterior, fue recientemente confirmado a través de la providencia CSJ SL, 2351-2020, rad. 53676, en la que se dijo:

[...] Respecto del precitado supuesto, observa la Sala que la censura no indica radicado alguno para identificar el precedente judicial que invoca. **Por el contrario, esta Corte ha precisado de forma pacífica y reiterada que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general.** Ilustra sobre el punto la sentencia CSJ SL 15245 de 2014 donde se rechazó el argumento de la censura de entonces, el cual también estaba sustentado en la naturaleza sancionatoria del despido con justa causa, reiterando lo siguiente: «Contrario a lo argumentado por el recurrente, el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada y pacífica de esta Corte (...)».

Por lo anterior, tampoco tiene razón la recurrente cuando dice que esta Corte ha distinguido las justas causas de despido en «liberatorias» y «sancionatorias». La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019.

[...]

Sobre la constitucionalidad de la distinción entre despido y sanción que la censura pone en tela de juicio, basta leer la sentencia T-546 de 2000 citada por la misma recurrente, para encontrar que la postura de vieja data de esta Corporación que **diferencia entre despido y sanción ha sido acogida por la Corte Constitucional.** Ver también la sentencia CC T-075A-11.

[...]

Es de reiterar por la Sala, conforme a lo resuelto en los cargos primero y segundo, que el despido del trabajador no tiene naturaleza sancionatoria o punitiva. Por tanto, la decisión de despedir no implica la aplicación de «medidas punitivas o sancionatorias» como consecuencia del incumplimiento exclusivamente del manual de funciones, como lo quiere hacer ver la censura para configurar el yerro fáctico. Por tanto, la comprobación de la justa causa achacada al trabajador, no opera de igual manera como si se estuviera

juzgando una conducta penal o disciplinaria.

[...]

El incumplimiento grave que configura la justa causa de despido del nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST está sustentado en la bilateralidad del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas entre las partes, y en el elemento de la subordinación del trabajador frente al empleador. Por tal razón, las obligaciones a que hace referencia el mencionado nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST guardan relación con las obligaciones y prohibiciones del trabajador previstas en los artículos 58 y 60 ibídem, y con cualquier falta grave calificada como tal en los reglamentos, convención o pacto colectivo, o contrato de trabajo.

Sea oportuno señalar que, para predicar la transgresión al derecho de defensa y más concretamente al debido proceso, por no escuchar en “descargos” al trabajador, es indispensable que en el reglamento interno de la empleadora o en acuerdos de tipo extra legal se haya fijado previamente un determinado procedimiento con miras a efectuar tal diligencia, como se especificó en la providencia atrás reseñada y que textualmente sobre este aspecto, señaló:

Con base en la citada premisa jurídica, la cual se encuentra ajustada a la jurisprudencia laboral (entre otras ver la CSJ SL 15245 de 2014), el juez colegiado negó la ilegalidad del despido que alegaba la parte actora, por no habersele permitido al actor conocer los cargos que le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Por tanto, si, como lo dijo el tribunal, **en el plenario no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno, previo al despido** y, menos aún, la obligación de oír al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir los descargos, el juez de segunda instancia hizo bien al desestimar este argumento de la parte recurrente.

Y más adelante, se precisó:

3. Las razones de igualdad que invoca la censura para que **la exigencia de oír previamente al trabajador impuesta por la Corte Constitucional**, al declarar la exequibilidad de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST (sentencia C-299 de 1998), **se haga extensiva automáticamente a todas las demás justas causas de despido desconocen la ratio decidendi de dicha sentencia de constitucionalidad.**

En la sentencia en comento, la Corte Constitucional se pronunció sobre la particularidad de dicha causal respecto de las demás causales. Esta causal refiere a conductas del trabajador realizadas por fuera del trabajo, así: «3. Todo acto de grave violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador **fuera de servicio**, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores». Destaca esta Sala.

Para la Corte Constitucional, la exigencia legal al trabajador, en aras del debido respeto y lealtad para con el empleador, de no ejercer actos de violencia, injuria, ni maltratamientos contra este y las demás personas señaladas en la norma acusada, «aún fuera del servicio», no viola la Constitución, pues uno de los fines esenciales del Estado es precisamente, «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (art. 2 C.P.), y no puede olvidarse que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento» (art. 22 ib).

No obstante ser esa causal acorde con la norma superior, la Corte Constitucional encontró que el conflicto con la Constitución se presentaba en la aplicación de esta causal y decidió declararla exequible de forma condicionada en cuanto al procedimiento a seguir para que el empleador la pueda hacer valer.

Los motivos por los cuales el tribunal constitucional condicionó la exequibilidad de dicha causal a que el trabajador debe ser oído previamente a su aplicación por el empleador son inherentes a las circunstancias que rodean la misma causal, como se puede apreciar en los siguientes apartes:

[...]

En este orden de ideas, es evidente que el supuesto de hecho contenido en la causal 3ª que fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 tiene sus particularidades respecto de las demás causales contenidas en el art. 62 del CST, **por lo que la condición para la exequibilidad que impuso la Corte Constitucional respecto de ella no se le puede trasladar automáticamente a todas las demás causales, como lo pretende la censura.**

[...]

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, **en**

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL 15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar, en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho defensa con arreglo en lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador⁵.

razón a que estableció que, en el sublíte, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

Y a pesar de que se admitió que tal posición no implicaba que el empleador no tuviera límites al momento de prescindir del trabajador con justa causa, por lo que se fijó nuevo criterio en el que se prevé dicha obligación, también claramente se indicó que, en principio, ello sería tratándose de la causal 3 literal a) del artículo 62 del CST y en las indicadas en los numerales 9 a 15 de dicha disposición. Así mismo se indicó que en relación con las restantes causales, tal garantía se desplegaría según las circunstancias fácticas de cada caso en particular; textualmente se dijo:

[...]

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.

⁵ “La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional⁵, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...].⁵

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos⁵.
- b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.
- c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;
- d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
- e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el

En este orden de ideas, se procede entonces a examinar si los supuestos fácticos alegados por la accionada tuvieron ocurrencia, y si constituyen verdaderamente justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, memorando el párrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiéndole al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa⁶.

De tal suerte, como se anunció, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 6 de enero del 2017 (folio 5), de la que se tiene certeza fue entregada por la demandada al accionante, dado que así se expuso en los hechos del libelo introductor (hecho 9, folio 52), misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo⁵, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

⁶ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz "(...) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono." la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley..."

“Almacenes Éxito S.A. ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa a partir del día 06 de enero del 2017. Dicha determinación se ha tomado dada la ocurrencia de la siguiente falta grave así:

El pasado 27 de diciembre de 2016 mientras usted le preparaba una tabla de quesos a una cliente, tomo dos paquetes por 250 gr de pechuga de pavo propiedad de la empresa delipavo como degustaciones y se dispuso a adicionarla en la tabla de queso que se encontraba preparando, esto sin autorización de la representante de dicha empresa y sin el VoBo de ninguno de los jefes que se encontraban en ese momento en su turno, motivo por el cual se solicita ser llamado a diligencia de descargos.

En dicha diligencia efectuada el 06 de enero del 2017, usted acepta que no solicitó autorización para tomar dichos productos y entregárselos al cliente. Durante la diligencia además de reconocer las faltas mencionadas acepta su impacto y sus implicaciones frente al Reglamento Interno de Trabajo establecido por la Compañía.

Así las cosas, la Compañía le manifiesta que con su actuar atentó contra el reglamento interno de trabajo, el cual habla de las justas causas para dar por terminado y de manera unilateral su contrato de trabajo”

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido del convocante fue el presunto incumplimiento a sus obligaciones y a procedimientos del manejo de las degustaciones de otros proveedores, pues utilizó unas de ellas sin autorización alguna y la adicionó a una tabla de quesos solicitada por una cliente.

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 4 de enero del 2017, aportada por el propio actor junto con el escrito de demanda a folio 3 y respecto de la cual en el hecho No 7 del libelo se indicó: *“El día 04 de enero de 2017 recibió mi poderdante una citación para rendir descargos”* (fl. 51) la demandada, a través del Jefe de Recursos Humanos, citó a al señor JUAN CARLOS CORDOBA TORRES con el fin de que acudiera a diligencia de descargos el 6 de enero del 2017 a las 10:00 am, a efectos de escuchar su versión respecto de lo sucedido el 27 de diciembre del 2016 mientras le preparaba una tabla de quesos a una cliente tomando dos paquetes de degustaciones de pechuga de pavo de propiedad de la empresa Delipavo y adicionándolos a la referida tabla de quesos.

Luego, en diligencia de descargos adelantada el 6 de enero del 2017 (fl. 4), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado lo siguiente:

“2. ¿Me podría informar si usted le pidió autorización a alguno de sus jefes para entregar dichos paquetes de degustaciones?

Rta. No señor

3. Para usted es claro que usted como chef del almacén no está autorizado ni ésta dentro de sus funciones entregar degustaciones de proveedores sin autorización de sus jefes directos?

Rta. La verdad no tenía bien claro el tema y como era una degustación no pensé que iba a pasar a este punto.

(...)

6. Para usted que estuvo mal de dicho procedimiento?

Rta. No pedir la autorización de un líder, lo hice por tener una atención con un cliente.”

Se destaca de dicha diligencia adelantada por ALMACENES EXITO, la aceptación de la ocurrencia de los hechos endilgados al demandante, esto es, que el actor tenía conocimiento que no había pedido autorización a su jefe inmediato para entregar en una tabla de quesos los paquetes de degustación de propiedad de Delipavo, situación que el accionante refiere como no pensar que fuera grave justamente por tratarse de una degustación

Ahora bien los testigos recaudados dentro del presente tramite, señores EDGAR MAURICIO SARMIENTO RIVEROS⁷ (jefe de recursos humanos del Éxito desde el año 2012) y GERMAN ALIRIO DAZA ROA⁸ (jefe inmediato del demandante para el año 2016), manifestaron que el demandante incurrió en un mal procedimiento porque tomó de manera “abusiva” unos productos de degustación de propiedad del proveedor Delipavo y se los dio sin consentimiento alguno de sus jefes a una cliente sin ningún tipo de cobro, lo cual fue informado por la mercaderista de tal marca, precisando los deponentes que para el manejo de las degustaciones hay un procedimiento señalado por la demandada y que obra a folios 157 y 158 del plenario, el cual en punto a lo sucedido no refiere nada.

No obstante, al margen de la existencia de un procedimiento para el uso de las degustaciones, lo cierto es que el hecho que motivó el despido se encuentra comprobado, esto es, la utilización sin autorización por parte del actor de las degustaciones de los proveedores de la demandada, por ende procede la Sala a verificar si ello se enmarca dentro de las justas causas reguladas por la ley, advirtiéndose como ya se indicó, al plenario se incorporó copia del “REGLAMENTO INTERNO TRABAJO DE LA EMPRESA ALMACENES ÉXITO S.A.” (Folios 116 a 137), en cuyo artículo 79 estableció (fls. 134 y 136):

⁷ Cd fl. 183, audio 1, record: 53:41

⁸ Cd fl. 183, audio 1, record: 1:24:10

“Para los efectos del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, se califican como graves las siguientes faltas, además de las que tengan ese carácter en forma general:

(...)

*42. Recibir o **disponer** sin autorización, de artículos comerciales tales como muestras, obsequios, probadores o **degustaciones** entre otros.”*

Así mismo, en el contrato de trabajo suscrito por las partes (folios 198) en su cláusula décima, quedó consignado:

*“Son justas causas para poner término a este contrato, unilateralmente (...) las consagradas en el **Reglamento Interno de Trabajo**”*

En esta dirección, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, de disponer sin autorización alguna de las degustaciones de los proveedores de su empleadora, constituye una violación a sus obligaciones, por el ende el actuar del demandante fue catalogado como falta grave, en el reglamento interno.

En ese orden, en los términos de los numerales 4 y 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del contrato de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida⁹, tal y como acaeció en autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa

⁹ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

*“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. **Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.**”*

Es importante agregar, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al “*animus nocendi*” (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposo y no necesariamente por dolo del infractor¹⁰.

Debe resaltarse que la apelante en ningún momento discute que no hubiese incurrido en la conducta que se le endilga al señor CORDOBA TORRES, solo pretende demostrar que este comportamiento por sí mismo, no era una falta de tal gravedad que debiera ser castigada con el rompimiento del vínculo contractual, empero, como se vio, la gravedad de la conducta, calificada así en el contrato de trabajo, no requería de tal condición.

Iterando, para la ruptura del nexo laboral del accionante, no se contempló por la accionada un procedimiento previo en el reglamento interno pues éste se fijó fue para la comprobación de faltas, y en todo caso encuentra la Sala que dicho trámite pese a no ser necesario, fue surtido en el caso del demandante, pues

¹⁰ Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

nótese, fue citado para descargos, con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido garantizándose además su derecho de defensa, siendo escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo al despido, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, tampoco se requería escuchar al trabajador.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa y con garantía de su derecho de defensa y en esa medida, la protección de la referida Ley 361 de 1997, esto es, la presunción de que el despido o terminación de la relación laboral surge por el estado de la salud del ex trabajador, estaría desvanecida por cuanto la demandada logró acreditar que el fenecimiento de la relación laboral **obedeció a la configuración de una causal objetiva** (numeral 6 literal a) del artículo 62 del C.S.T.), que conllevó a la violación grave de una obligación del trabajador.

De lo que sigue que no puede concluirse que el fenecimiento de la relación laboral corresponde a un acto discriminatorio por su estado de salud y **solo en gracia de la discusión** también habría que señalarse en punto a la estabilidad laboral alegada, se aportaron únicamente como pruebas documentales relevantes las siguientes:

- Autorización para consulta de primera vez por psicología y psiquiatría, sin fecha de estas (fls. 9 y 10).
- Historia Clínica de la EPS CAFAM donde se señala como fecha de diagnostico 21 de julio del 2017 “*TRANSTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN*” y como data de última incapacidad la del 1° de junio del 2016 (fls. 14 a 16).
- Historias Clínicas de la institución NUESTRA SEÑORA DE LA PAZ donde se refieren consultas por el mismo padecimiento desde el año 2007 (fls. 17 a 32).

Igualmente los testigos EDGAR MAURICIO SARMIENTO RIVEROS y GERMAN ALIRIO DAZA ROA mencionaron que para el momento en que le fue terminado el contrato de trabajo al demandante éste no se encontraba en incapacidad o con restricciones médicas, precisando que incluso se maneja un programa para personal en estado de discapacidad y del cual no era parte el accionante.

Por ende, a juicio de esta Sala, no se logra establecer que para la fecha de terminación del vínculo laboral (6 de enero del 2017 -folio 5-) el demandante se encontraba cobijado por la estabilidad laboral reforzada solicitada, pues no se logra acreditar de manera alguna que para dicha calenda se encontrara en un estado de incapacidad o disminución de sus facultades producida por padecimientos de salud y aunque no se desconoce que ha requerido tratamiento para su padecimiento de *“trastorno mixto de ansiedad y depresión”* desde el año 2007, **ello no lo ubica per sé en un estado de “discapacidad relevante”**¹¹, en tanto no se acreditó que esta patología le generara una imposibilidad o limitación para la ejecución de las actividades contratadas, pues no existen recomendaciones, restricciones o incapacidades de las que se pudiera inferir que para el demandante no era posible realizar sus actividades bajo ciertas condiciones, reiterándole a la apelante *“el fin de la estabilidad laboral reforzada es asegurar la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar de su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona”*¹²

Razón por la cual es claro, ningún medio de prueba se incorporó al plenario tendiente a acreditar que su afectación de salud, a la fecha de terminación del contrato de trabajo, le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en *“condiciones regulares”*¹³, advirtiéndose, ello no puede extractarse del interrogatorio absuelto por el demandante¹⁴ en tanto nada se dijo sobre el particular, ni de las historias clínicas allegadas al libelo y en todo caso, se tiene que la última fecha en que el actor estuvo incapacitado fue del 15 al 18 de septiembre del 2016, conforme al registro aportado por la propia accionada visible a folio 156, época distante a la calenda en que se produjo el despido -6 de enero del 2017-. Aquí se debe anotar, esta Corporación no cuenta con elementos suficientes para determinar que el promotor del juicio tenía algún grado de limitación para el instante en que finalizó su vínculo laboral y de haberse verificado ello, lo cierto es que tal determinación no resulta suficiente para concluir la presencia de una *“discapacidad relevante”* en los términos explicados por el órgano de cierre de esta jurisdicción, no siendo procedente la aplicación de mencionada Ley 361 de 1997 por lo ya dicho y además por lo expuesto en el cuerpo de éste proveído.

¹¹ SL2841 de 2020.

¹² SL 12998-2017.

¹³ Corte Constitucional T-041 de 2019.

¹⁴ Cd folio 467, récord 21:17.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez a quo, se confirmará integralmente el fallo de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

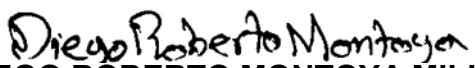
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

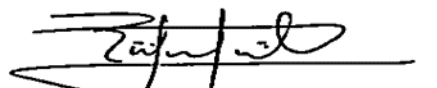
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

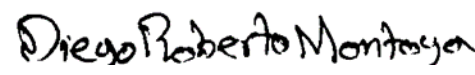
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELSIE JANETH RUBIANO RIPOLL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (RAD. 09 2019 00149 01)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (fls. 393 a 395), Porvenir (fls. 398 a 403) y Colpensiones (fls. 409 y 410), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por la Juez Novena Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 18 de marzo del 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, Cd fl. 383, récord 1:03:54, acta de audiencia folios 384 a 386), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado que realizo la demandante ELSA JANETH RUBIANO RIPOLL entre el régimen de prima media administrado por el entonces Instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 01 de junio del 2000.

SEGUNDO: CONDENAR a los fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A y Skandia a trasladar los valores generados por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros, y bonos pensionales que se encuentran abonados en la cuenta de ahorro individual de la demandante ELSA JANETH RUBIANO RIPOLL Y que llegaron a esos fondos en los periodos en que aquella estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir del fondo de pensiones y cesantías Porvenir y de Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías todos los valores que fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con las razones expuestas.

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

QUINTO: COSTAS serán a cargo de Porvenir S.A, Tásense por secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente según lo motivado.

SEXTO: REMITASE este asunto ante la sala de decisión laboral del Tribunal de Bogotá a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del Código procesal de Trabajo y de la seguridad social.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas recurrieron la decisión así:

COLPENSIONES indica no existen elementos que evidencien vicios de consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión.

Expresa que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el RPM pueda resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la demandante lo haya hecho movido por un daño o por una equivocada información por parte del fondo, pues no se logró probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máxime que si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindarle información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto en su sentir no procede la ineficacia solicitada. (Cd fl. 383, record: 1:06:07)¹

¹ “Gracias su señoría interpongo recurso de apelación ante el tribunal superior de Bogotá sala laboral. En primera medida señores magistrados no existen elementos que evidencien vicios de consentimiento o dolo en

PORVENIR manifiesta que el traslado de la demandante fue totalmente valido por cumplir los requisitos que la normatividad exigía para la fecha, por lo que no comparte la interpretación sobre el deber de información que realiza el despacho, toda vez que obligaciones como la doble asesoría, proyecciones pensionales, un comparativo entre ambos regímenes, nacieron con mucha posterioridad a la afiliación de la demandante y es claro que el deber del juez es revisar la validez del acto jurídico conforme a las normatividad dispuesta para el momento histórico.

Indica que llama la atención las calidades profesionales de la demandante - economista-, por lo que no se está frente a un afiliado lego sino claramente frente a un afiliado que tiene las calidades profesionales y académicas para determinar, conocer o entender las condiciones de financiación de uno y otro régimen, precisando que la inconformidad de la demandante tiene que ver con la mesada pensional y dicha inconformidad no es suficiente para declarar la ineficacia como quiera que pues es bien sabido que los requisitos de consolidación en uno u otro régimen son distintos.

En lo que tiene que ver con la condena de devolver gastos de administración y sumas previsionales se aparta de dicha condena como quiera que los primeros son descuentos autorizados por ley para asegurar la efectiva administración de los recursos de la demandante, administración que se vio reflejada en los rendimientos que generaron sus aportes por lo que condenar a devolver dichos rubros seria como entender que los saldos de la demandante nunca generaron rendimientos, y frente a los segundos indica que dichas sumas ya se agotaron y estaban dirigidos a asegurar la prestación que podría obtener la demandante en caso de las contingencias de invalidez y muerte, por lo que condenar a devolver

el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, además ténganse en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su reingreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, por lo que la demandante deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen en que se encuentra afiliada. Ahora bien honorables magistrados téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016 087 001 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir de que en este momento en el RPM pueda resultar superior a la que pueda recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realice el traslado la demandante lo haya hecho movido por un daño o por una equivocada información por parte del fondo, siendo realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte de los fondos, máxime que si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la demandante los fondos solo tenían la obligación de brindarle información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma continua cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decreta la ineficacia solicitada, muchas gracias.”

estas sumas seria como entender que esta nunca estuvo cobijada o asegurada para dichas contingencias (Cd fl. 383, record: 1:08:00²).

Finalmente SKANDIA señala no estar de acuerdo con la condena en gastos de administración, pues éstos tienen una fuente legal y es dable mencionar que en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993 que establece que la Tasa de cotización es 13,5 del IBC, dentro de ello en el RAIS el 10% del ingreso se destina para las cuentas individuales, 0,5% para la cotización del fondo de garantías mínimas y el 3% se destina para la financiación de los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin, las primas de seguros de invalidez y de sobrevivencia, en concordancia lo establecido con el decreto 3995 del 2008, por lo que no es posible reintegrar tales sumas descontadas por concepto de comisión y administración dado que también se destina una parte para pagar el cubrimiento de la póliza de invalidez y muerte y además para sufragar gastos de administración inherentes a la gestión efectuada por su representada, advirtiendo

² “Muchas gracias señora juez estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo de primera instancia dictado por su despacho. Manifiesto respetuosamente que mi representada se aparta de la decisión de instancia en primera medida porque considera que el traslado de la demandante fue totalmente valido por cumplir los requisitos que la normatividad exigía para la fecha, mi representada no comparte la interpretación que de la normatividad vigente para la fecha sobre el deber de información que realiza el despacho, toda vez que estuvo enfocada a evitar la coacción del régimen toda vez que obligaciones como la doble asesoría, proyecciones pensionales, un comparativo entre ambos regímenes, pues nacieron con mucha posterioridad a la afiliación de la demandante y es claro que el deber del juez es revisar la validez del acto jurídico conforme a las normatividad dispuesta para el momento histórico.

Adicional a ello mi representada llama la atención sobre las calidades profesionales de la demandante la cual manifestó dentro del interrogatorio de parte que es economista, lo cual pues a todas luces señala que no se está frente a un afiliado lego sino claramente frente a un afiliado que tiene las calidades profesionales y académicas para determinar, conocer o entender las condiciones de financiación de uno y otro régimen.

Así mismo es claro que la inconformidad de la demandante tiene que ver con la mesada pensional y pues se reitera que dicha inconformidad no es suficiente para declarar la ineficacia como quiera que pues es bien sabido que los requisitos de consolidación en uno u otro régimen son distintos, además se debe -entender que los requisitos de Colpensiones- El hecho de entender que los requisitos de Colpensiones son más claros para la consolidación y por ello es atinente la ineficacia seria considerar al RAIS como inconstitucional situación que ya ha sido zanjada por el órgano de cierre correspondiente.

Por último y en lo que tiene que ver con la condena de devolver gastos de administración y sumas previsionales mi representada se aparta de dicha condena como quiera que los primeros son descuentos autorizados por ley para asegurar la efectiva administración de los recursos de la demandante, administración que se vio reflejada en los rendimientos que generaron sus aportes por lo que condenar a devolver dichos rubros seria como entender que los saldos de la demandante nunca generaron rendimientos, lo cual es totalmente contrario a lo que se reflejaba en su momento en la cuenta de ahorro individual dentro de porvenir, por lo que es claro que dicha administración por parte de mi representada pues fue de manera juiciosa y conforme a la ley , así mismo en lo que tiene que ver con las sumas previsionales pues mi representada se aparte de dicha condena de igual manera, en la medida de como se dijo en los alegatos, dichas sumas ya se agotaron y a parte que son descuentos autorizados por ley que básicamente estaban dirigidos a asegurar la prestación que podría obtener la demandante en caso de las contingencias de invalidez y muerte, por lo que condenar a mi mandante a devolver estas sumas seria como entender que esta nunca estuvo cobijada o asegurado para dichas contingencias, es por lo anterior que solicito al honorable tribunal superior de Bogotá sea revocada la sentencia proferida por este despacho y en su lugar absuelva a mi representada de todas las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

una parte del mencionado porcentaje ya fue pagado para la asegurada para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por lo tanto no se encuentran ni siquiera en arcas de Porvenir, solicitando se absuelva de dicha condena. (Cd fl. 383, record: 1:11:44)³

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante ELSIE JANETH RUBIANO RIPOLL en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 53 y 54) las cuales encuentran fundamento en

³ “Muchas gracias señora juez en este momento me permito interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el juzgado noveno laboral del circuito de Bogotá , ante el tribunal superior de distrito judicial de Bogotá En el sentido de que no estamos de acuerdo con la condena en gastos de administración, sustento este recurso en el sentido de que estos gastos de administración tienen una fuente legal, es dable mencionar que en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993 que establece que la Tasa de cotización es 13,5 del IBC y dentro de esto en el RAIS el 10% del ingreso se destina para las cuentas individuales, 0,5% para la cotización del fondo de garantías mínimas, el 3% se destina para la financiación de los gastos de administración, la prima de seguros de Fogafin, las primas de seguros de invalidez y de sobrevivencia, en concordancia con lo anterior y con lo establecido con el decreto 3995 del 2008 señala frente a los traslados del recurso entre regímenes del sistema general de pensiones cuando se trate de una administradora del Rais debe trasladar el saldo de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados en la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía mínima multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día para las operaciones del día en que se efectúe el traslado Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, Significa esto que el despacho se desfasa en las consideraciones legales al decretar la ineficacia de la afiliación , solamente procede el traslado de la cuenta de ahorro individual , que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los recursos efectuados por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de atención mínima y sus respectivos rendimientos, de ahí que la normatividad aplicable en concreto como los conceptos emitidos por la superintendencia financiera concluye que no existe un sustento legal para trasladar al RPM el porcentaje destinado a los gastos de administración, las primas de seguros de Fogafin y las primas de seguros para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, concluyendo que no es posible reintegrar tales sumas descontadas por concepto de comisión y administración dado que también se destina una parte para pagar cubrimiento de la póliza de invalidez y muerte y además para sufragar gastos de administración inherente a la gestión efectuada por mi representada, de ahí que una parte que del mencionado porcentaje ya fue pagado para la asegurada para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por lo tanto no se encuentran ni siquiera en arcas de mi representada. Igualmente tampoco sería posible reintegrar el porcentaje de la comisión de administración teniendo en cuenta que dichos recursos fueron utilizados para la administración de cuenta de ahorro individual de la demandante, siendo ineficaz devolver los mismos, no solamente debe tenerse en cuenta los frutos y rendimientos que se surtieron dentro de la gestión de la administración efectuada por old mutual hoy en día Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías sino que también con base en estos frutos pues se tiene la generación por lo que se cobran estos gastos de administración.

Aunado a lo anterior si bien es cierto el juzgado laboral surte con facultades ultra y extra petita sea presente también tener en cuenta que dentro a lo largo del proceso no se encuentran en debate justamente estos gastos de administración ni en los hechos de la demanda ni en la contestación de la demanda y también porque los supuestos facticos no son iguales o similares al contexto de las sentencias que ordenan la devolución de los gastos de administración, entonces en ese orden de ideas revisados los hechos de la demanda con la sentencia que justamente revistan estos gastos de administración se concluye que son totalmente diferentes para las pretensiones de la demanda , en ese orden de ideas dejo sustentado el recurso de apelación por parte de Skandia”

los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 54 a 57), aspirando se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se condene a Old Mutual hoy Skandia (actual administradora), al traslado de los aportes cotizados a Colpensiones y a ésta entidad a recibir dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones,** por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a COLPATRIA hoy PORVENIR, ordenando a SKANDIA como actual administradora a la que se encuentra vinculada la demandante, devolver los valores generados por conceptos de aportes, frutos, rendimientos financieros, y bonos pensionales que se encuentran abonados en la cuenta de ahorro individual de la y que llegaron a esos fondos en los periodos en que aquella estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, Porvenir antes Colpatría no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 7 de junio de 1963

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

(folio 4), por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PORVENIR el 17 de abril del 2018 (fls. 46 a 48) y ante COLPENSIONES el 17 de abril del 2018 (fls. 49 y 50), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos había prestado sus servicios por espacio de 4 años, 4 meses y 18 días o 225,43 (*historia laboral visible a folio 109 aportada por Colpensiones*), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **1° de junio del 2000** (folios 198 y 200) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (Cd. fl. 383, record: 10:04) no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto solo refirió que el asesor de COLPATRIA hoy PORVENIR le dijo que el ISS se acabaría y que lo mejor sería que se afiliara al fondo privado.

De igual forma debe precisarse, el hecho, que el accionante fuera una persona con formación educativa profesional no implica que *per se* conociera de las ventajas o desventajas de los diferentes regímenes pensionales, y menos aún dicha circunstancia puede conllevar a que se releve a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo hace ver en la apelación PORVENIR.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (folio 200), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 234 a 236, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no suple el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (01 de junio 0 del 2000, folio 200), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de

indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

Tampoco, incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 198) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, igualmente en reciente providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 se indicó:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

*En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que **el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.***

*Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que **la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual**, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*

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

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

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

“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber

de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

[...]

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

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

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folios 128, 141 a 149), junto con sus rendimientos, gastos de administración y porcentajes correspondientes a invalidez y sobrevivientes (comisiones), así como la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, debiendo confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

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

Asimismo, advierte la Sala, en relación con los argumentos de apelación de PORVENIR y SKANDIA relacionados con los gastos de administración y el porcentaje dirigido a financiar las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, resulta que estos surgen como consecuencia de la afiliación, y en ese orden, al declararse la ineficacia del traslado resulta claro que los mismos quedan sin fundamento, pues lo que ocurre es que la situación de vinculación de la actora vuelve a su estado inicial, es decir es como si dichos gastos y seguros no se hubiesen generado, razón por la cual es procedente la remisión de la totalidad de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, a Colpensiones, incluyendo, como ya se dijo, las sumas correspondientes a los gastos de administración y seguros previsionales.

Así fue consignado en sentencia de la CSJ Sala Laboral SL 2914 del 22 de julio del 2020, en la que cita la del 8 septiembre 2008, radicado 31989, donde se dijo:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de

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

[...]

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

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

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

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

“Conforme a lo establecido en sede de casación, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido, lo cual trae como consecuencia, que la actora jamás perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, y de igual forma, que el Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, como en oportunidades anteriores lo ha dispuesto la Sala, pudiéndose traer a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJSL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989 (...).”

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de Consulta⁷ (folio 104), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL

⁷ Se tuvo por contestada la demanda por Colpensiones mediante auto del 26 de agosto del 2019 (folio 83)

1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática y en esa medida, las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos.

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

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

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

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

Conforme a lo discurrido, fuerza concluir entonces, que debe declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, debiendo retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban antes de

*ocurrir este, es decir, como si ello no se hubiera producido, (...)” (Negrillas y
subrayas fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, se agota la competencia de la Sala habiéndose surtido el grado jurisdiccional de consulta y el estudio de los puntos de apelación, razones por las cuales de acuerdo a las motivaciones que preceden, se confirmará la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

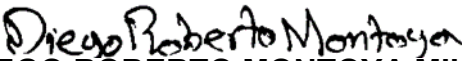
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELMEFIS DAYANA GARCES PALOMINO CONTRA LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO (RAD. 12 2018 00427 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la parte demandada (folios 150 y 151), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación promovido por la parte actora y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la demandada, de la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo del 2021 (Cd. fl. 143, Record 30:42, acta a folio 144), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre ELMEFIS DAYANA GARCES PALOMINO y la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE CAPRECOM hoy liquidada entre el 01 de abril del 2013 y hasta el 31 de diciembre del 2014.

SEGUNDO: ORDENAR a CAPRECOM E.S.E liquidada hoy Par Caprecom a pagar a favor de la demandante ELMEFIS DAYANA GARCES PALOMINO los siguientes conceptos:

- 1. Cesantías \$6.129.184,50*
- 2. \$6.071.405,60 Por concepto de prima de navidad*
- 3. \$3.064.892 por concepto de vacaciones*
- 4. Por sanción moratoria del artículo primero del decreto 797 de 1949 desde el 01 de abril del 2015 y hasta el 27 de enero del 2017 día de la liquidación*

según decreto 2192 del 18 de diciembre del año 2016 un día de salario por cada día de retardo \$77.787 452,60.

TERCERO: CONDENAR al PAR CAPRECOM liquidado al pago de la devolución de los aportes en materia de seguridad social del periodo del 01 de abril del 2013 hasta diciembre de 2014 folios 49 a 72 únicamente del 75% que corresponde al porcentaje del empleador.

CUARTO: ABSOLVER al PAR CAPRECOM liquidado cuyo vocero y representante es la FIDUCIARIA LA PREVISORA de las demás suplicas de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada, salvo lo que tiene que ver con la prescripción respecto de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 25 de mayo del año 2012.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada Par Caprecom liquidado señalando como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SEPTIMO: ORDENESE CONSULTA a favor de Par Caprecom Liquidado.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, señalando que su inconformidad radica frente a la no aplicación de la convención colectiva y por ende la absolución de la prima de junio, la prima de navidad, la prima de vacaciones, la prima de retiro y el auxilio de transporte, indicando hubo un error de interpretación que se hizo del C.S.T. en concordancia con la convención colectiva de trabajo, pue el artículo 20 del acuerdo convencional establece que la convención colectiva se suscribirá entre Caprecom empresa industrial y comercial del estado y Sintracaprecom como representante de dos terceras partes de los trabajadores oficiales de la empresa empleadora, es decir que expresamente se tiene la certeza de que la convención colectiva si agrupaba a más de dos terceras partes de la totalidad de los trabajadores y por tal motivo de acuerdo con la norma del CST su aplicación sí se extiende a la totalidad de los trabajadores, por tal motivo solicita se acceda a las pretensiones anteriormente individualizadas.

Solicita igualmente el pago de la indemnización por no consignación de las cesantías, la revisión del valor de la indemnización moratoria la cual se debe otorgar del 1° de abril del 2014 al 27 de enero del 2017 con un valor diario de \$116.750,80 multiplicado por 1196 días de mora, lo cual supera el valor de la condena impartida, como también la revisión de los valores correspondientes a cesantías, prima de navidad y vacaciones en la medida que se deben liquidar con el último salario devengado de \$3.502.734.

Finalmente, refiere se debe acceder a la indexación de la INDEMNIZACIÓN MORATORIA y a la indexación de las VACACIONES, sin que se entienda exista una doble sanción pues se trata de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda frente a cualquier suma líquida, aunado a que las vacaciones no hacen parte de las que se causan con la indemnización moratoria (Cd. fl. 143, record: 35:07)¹

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

¹“ Muy agradecido señor juez entonces la parte demandante estando dentro de la oportunidad legal que le permite el artículo 66 A del CPT Y SS se permite interponer recurso de apelación parcial en contra de la sentencia que se acaba de proferir respecto de los siguientes ítems:

El primero tiene que ver con la absolución del par Caprecom de los derechos convencionales, rogados en las pretensiones declarativas 1.4, 1.4.5, 1.4.6, 1.4.7, 1.4.8 y sus condenatorias de los numerales 2.4, 2.7, 2.5, 2.8 esto es la prima convencional de junio, la prima convencional de navidad, la prima convencional y la prima legal de vacaciones, el auxilio de, el reconocimiento del pago de la prima convencional de retiro, el auxilio convencional de transporte, bien. La argumentación y aquí entonces invocamos un error de derecho en interpretación, en hermenéutica que se hizo del CST en concordancia con la convención colectiva de trabajo. Nótese que el artículo 20 del acuerdo convencional establece que la presente convención colectiva se suscribirá entre Caprecom empresa industrial y comercial del estado y Sintra Caprecom como representante de dos terceras partes de los trabajadores oficiales de la empresa empleadora, es decir que expresamente se tiene toda la certeza de que la convención colectiva si agrupaba a más de dos terceras partes de la totalidad de los trabajadores y por tal motivo de acuerdo con la norma del CST su aplicación si se extiende a la totalidad de los trabajadores, por tal motivo rogamos al juez Ad quem que luego de valorarse este error de derecho se acceda entonces a las pretensiones anteriormente individualizadas.

El segundo punto de la apelación tiene que ver con la absolución de la prima de vacaciones en la medida en que si se tiene marco normativo, marco legal para su procedencia y que se encuentra igualmente cobijado tanto en la norma convencional, como la norma legal.

El tercer punto de nuestra apelación tiene que ver con la absolución de la indemnización por no pago y no consignación de los derechos de las cesantías en el fondo de las cesantías tal como lo ha aceptado el tribunal superior de Bogotá en el marco de la sustanciación haremos la amplitud de este punto.

Solicitamos también al juez ad quem que se revise el valor de la indemnización moratoria teniendo en cuenta que los 90 días empiezan a correr el día 01 de abril del 2014 terminan el 27 de enero del 2017, se tiene un valor diario de 116 750,80 que deben multiplicarse a 1196 días de mora y que ampliamente superan los \$77.878.000 que el despacho ha reconocido ese valor es casi del doble, solicitamos al juez ad quem se revise ese aspecto temático y como parte sustantiva también que se ordene la indexación del valor de la indemnización moratoria por cuanto si bien se ha impuesto un límite temporal y sin que se entienda que existe doble sanción sea de comprenderse lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia frente a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda de cualquier suma líquida que en este acaso se estará gestando desde el día 27 de enero del 2017 a la fecha han transcurrido más de cuatro años nos falta el tiempo que dure en el Tribunal nos resta el tiempo que dure en la Corte Suprema de Justicia de tal manera que si se ha tenido una gran pérdida de poder adquisitivo en este valor y en ese mismo lugar apelamos para que se ordene la indexación de las vacaciones por cuanto esta prestación no hace parte de las que causa indemnización moratoria.

Nuestro siguiente punto de apelación tiene que ver con la revisión de los valores correspondientes a cesantías, a primas de navidad, a prima de vacaciones derechos reconocidos en el numeral dos de la parte condenatoria literales 1, 2 y 3 en la medida que los valores han de tenerse en cuenta bajo el valor del salario final que equivale a \$3.502.734, en estos puntos señor juez entonces limitamos nuestro recurso de apelación.”

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 73 a 75, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 75 a 80, aspirando se declare la existencia de dos contratos realidad con la demandada del 8 de febrero del 2010 al 25 de mayo de 2012 y del 1° de abril del 2013 al 31 de diciembre del 2014, prestando sus servicios como trabajadora oficial, siendo beneficiaria por extensión a terceros de la convención colectiva de trabajo 1997-1998, en consecuencia solicita se condena al pago de derechos legales y convencionales tales como cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones legales, prima convencional de junio, prima convencional de navidad, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte convencional, prima convencional de retiro, indemnización por terminación unilateral del contrato, reintegro de los dineros cancelados a seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, indexación de los valores adeudados por indemnización moratoria, aportes a seguridad social y compensación de vacaciones, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto tan solo se accedió a la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo desarrollado por la demandante en calidad de trabajadora oficial del 1° de abril del 2013 al 31 de diciembre del 2014, al no probarse prestación del servicio a favor de la accionada para el periodo del 8 de febrero del 2010 al 25 de mayo del 2012, imponiendo condena únicamente por los derechos de carácter legal tales como las cesantías, prima de navidad, vacaciones, indemnización moratoria y devolución del dinero cancelado por la actora por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones en el 75%, considerando que la convención no podía ser aplicable por no ser el sindicato de Caprecom de carácter mayoritario, absolviendo de las demás pretensiones.

De tal manera, lo primero que se advierte es que el presente proceso se conoce además de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta en favor de CAPRECOM como quiera que en el caso de autos la Nación resulta garante de las obligaciones a cargo de la

demandada, de conformidad con lo establecido en el Artículo 40 del Decreto 2519 del 2015².

En esa dirección ha de recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, consignando la Sala y dada la controversia que se presenta, que no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que lo configura es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

En este orden de ideas, conviene, en primer lugar, señalar que la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE COMUNICACIONES “CAPRECOM” fue creada mediante la Ley 82 de 1912 como un Establecimiento Público, entidad transformada posteriormente en Empresa Industrial y Comercial del Estado vinculada al Ministerio de Comunicaciones y posteriormente al Ministerio de Protección Social por disposición del Decreto 205 del 2003, después Ministerio de Salud y Protección Social, hoy Ministerio del Trabajo, razón por la cual sus funcionarios eran trabajadores oficiales por regla general, como lo establece el artículo 5º inciso tercero del Decreto 3135 de 1968³, salvo las excepciones allí señaladas.

² **Artículo 40. Financiación de las acreencias laborales y de la liquidación.** El pago de las indemnizaciones, acreencias laborales y gastos propios del proceso Liquidatorio, se hará con cargo a los recursos de CAPRECOM EICE, en liquidación. En caso que los recursos de la Entidad en Liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación.

³ Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. (....)

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible mediante Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional; Ver: Artículos 1 y ss. Decreto Nacional 1848 de 1969, Artículo 2 Decreto Nacional 1950 de 1973, Radicación del Consejo de Estado 1072 de 1998, Concepto de la Secretaría General 1340 de 2000, Concepto de la Secretaría General 1540 de 1994.

Respecto del cabal entendimiento de esta norma, se pronunció la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, en sentencia 26446 del 3 de marzo de 2006, expresando:

“(…) conforme a los criterios orgánico y funcional, utilizados para clasificar a los servidores del Estado, tanto en el orden central como en el orden territorial, relacionados el primero con la naturaleza jurídica de la entidad a la que se prestó el servicio, y el funcional relativo a la actividad para la cual laboró el servidor, la regla general es que son empleados públicos las personas que laboran en el gobierno central y los entes territoriales centrales, en tanto que solamente son trabajadores oficiales los que laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas o, bien, en las empresas industriales y comerciales en los diferentes niveles.(subrayas del Despacho).

Ciertamente, conforme a los criterios referidos, en la legislación nacional se clasifican a los servidores del orden nacional y territorial, en términos equivalentes; así, el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, que rige para el nivel central, determina que las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; pero, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Así mismo, indica la norma en mención que quienes prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; (…)”.

Así las cosas, advierte la Sala la señora ELMEFIS DAYANA GARCÉS PALOMINO suscribió diferentes vinculaciones jurídicas con CAPRECOM desde abril del 2013 por medio de ORDENES DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS tal como se verifica en los contratos de folios 33 a 44 y se indica en la certificación de folios 45 y 46.

De este modo, debe recordarse en primer lugar que el artículo 2° del Decreto 165 de 1997 que modificó el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, enseña que son CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán realizarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, no generan en ningún caso, relación laboral ni prestaciones sociales y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.

Sin embargo, los textos relacionados “con que las actividades no puedan realizarse con personal de planta” y el no generar en ningún caso “relación laboral y prestaciones sociales” fueron declarados exequibles condicionalmente, siempre y cuando no se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

Señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997 que:

“En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, en punto a los contratos de prestación de servicios en el sector público, indicó:

“(…) con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 6ª de 1945. Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o a personas que hayan de ejecutarla y sin que estas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono.

De lo anterior se desprende claramente que cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario, se está en presencia de un elemento indicativo de subordinación laboral, puesto que precisamente la imposición de dicho horario por parte de quien se beneficia de la prestación del servicio implica un poder del mismo, que desconoce por su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es la característica de una prestación de servicios como la que regula la disposición en comento.

Sobre el particular, en sentencia del 11 de diciembre de 1997, con radicación 10153, dijo esta Sala de la Corte:

(…)

Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente haber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que se sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de la subordinación laboral, en cuanto implica “control especial del patrono...” (Sentencia del 17 de mayo de 2004. Rad. 22.357).

Ahora, sobre la realidad como se prestaba el servicio de la demandante a favor de CAPRECOM, se recibieron en primera instancia las declaraciones de las señoras NORMA CONSTANZA FALLA DOMINGUEZ⁴, LUZ MARINA ENRIQUEZ DE

⁴ Despacho comisorio audiencia 2 de diciembre del 2019, Cd fl. 50, cuaderno 2, record: 9:06

SAAVEDRA⁵, YANETH PATRICIA TABARES SUAREZ⁶ y LUZ MILA BARBOSA⁷, quienes prestaron sus servicios para la entidad demandada, siendo compañeras de la demandante conociendo de la labor por ella desarrollada del 2013 al 2014, señalando que la actora desarrolló funciones de líder de calidad y Jefe de las gestoras de salud, siendo la encargada de verificar que la prestación de los servicios se sujetara a los programas de calidad y se diera un buen trato a los afiliados de la EPS, como también dirigió de los programas de promoción y prevención de los pacientes de alto costo; afirmaron que la accionante recibía órdenes de los gerentes de la seccional uno de ellos la testigo Norma Falla y también nombraron a los señores David Alvarado y José Israel Galindo, manifestaron que para el cumplimiento de tales labores la actora poseía su escritorio, su computador, claves del sistema, correo institucional y demás elementos de oficina suministrados por CAPRECOM; de otro lado coincidieron las deponentes en afirmar que la accionante cumplía un horario de trabajo de 8 A.M. a 5:00 P.M. de Lunes a Viernes, señalando que su labor no era autónoma ni independiente pues debía acatar las directrices dadas por los Gerentes del área, lo cual les consta en tanto ellas como compañeras de labor de la demandante presenciaron tales circunstancias, aunado a señalar que las funciones eran realizadas por la accionante directamente en la sede de Caprecom pues allí se encontraban todas las herramientas para ello.

Así pues, las declaraciones vertidas por las testigos merecen plena credibilidad a la Sala de decisión pues obsérvese, en el caso de autos las declarantes, conocen por percepción directa los hechos discutidos -pues trabajaron con la demandante-, la realidad en la ejecución del vínculo, dando cuenta de que evidentemente la actora estaba sujeta a órdenes, así como al cumplimiento de un horario fijado por la encartada, aspectos que constituyen *“elementos indicativos de la subordinación laboral”*⁸, y que excluyen el concepto de autonomía, propio de vinculaciones jurídicas distintas al contrato de trabajo.

Igualmente queda claro con estas declaraciones que la actividad se cumplía en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ésta le suministraba, imponiéndose entonces contratar personal idóneo para el efecto, bajo las

⁵ Despacho comisorio audiencia 2 de diciembre del 2019, Cd fl. 50, cuaderno 2, record: 21:48

⁶ Despacho comisorio audiencia 2 de diciembre del 2019, Cd fl. 50, cuaderno 2, record: 40:32

⁷ Despacho comisorio audiencia 2 de diciembre del 2019, Cd fl. 50, cuaderno 2, record: 50:58

⁸ Ver radicado 22357 Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral

directrices del artículo 1° de la Ley 6 de 1945 y no conforme a contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 3 de Ley 80 de 1993, desvaneciendo de ésta forma la presunción legal que de la norma podría haberse inferido.

Así, la verdadera relación jurídica contradice lo que informan las diferentes Ordenes de Prestación de Servicios suscritos entre la demandante y Caprecom, por lo cual, estos no opacan la realidad de lo vivido entre las mismas.

En este punto, previo a continuar con el examen, debe señalarse, en lo que tiene que ver con el tema de la solución de continuidad, conviene precisar que la relación que nos ocupa esto es de **abril del 2013 a diciembre del 2014** (*pues la solicitada del 8 de febrero del 2010 al 25 de mayo del 2012 no fue tomada en cuenta por el juez de primer grado sin reproche alguno por parte del actor en la apelación*) fue de manera continua, como quiera que pese a que en la certificación obrante a folios 45 y 46, aparece una interrupción (del 1 al 6 de enero del 2014) esta tan solo es de 6 días, cuando la relación contractual se mantuvo por espacio de **1 año, 8 meses y 26 días**, por lo que contrastado el lapso de interrupción contra el término del contrato, éste fue ínfimo, aunado a que conforme la testimonial recaudada la accionante ejerció sus funciones bajo los parámetros propios de un contrato de trabajo.

Así las cosas advierte la Sala, en las ordenes de servicio suscritas por las partes en contienda se señaló que la ejecución del contrato iniciaba a partir de su perfeccionamiento (ver folio 35 clausula cuarta), por ende dado que Caprecom certifica a folio 45 que el contrato se perfeccionó el **5 de abril del 2013** será esta la fecha inicial de la relación laboral y no la del 1° de abril señalada por el Juez a quo, modificándose en este punto el fallo de primer grado, precisándose el vínculo contractual finalizó el **31 de diciembre del 2014**.

Determinada entonces la existencia de la relación laboral en los extremos anunciados (5 de abril del 2013 al 31 de diciembre del 2014), abordaremos el estudio de la procedencia de las condenas deprecadas, dilucidando previamente la procedencia de la aplicación de la convención colectiva, en atención a que en primera instancia se absolvió de las mismas y este punto fue objeto de apelación por parte de la demandante.

Al efecto, a folios 22 a 28 se halla copia de la Convención Colectiva 1996-1998, suscrita el 14 de noviembre del 1996 (fl. 22) entre Sintracaprecom y Caprecom, donde se verifica el sello de constancia de depósito oportuno del 25 de noviembre de 1996 (fl. 22), señalando desde ya esta Corporación contrario a lo considerado en primera instancia, la actora SI es beneficiaria de la convención colectiva suscrita por CAPRECOM y el sindicato SINTRACAPRECOM, pues al darse por probada la existencia de contrato realidad, la calidad de trabajadora oficial y que el sindicato firmante de la convención colectiva tiene el carácter de mayoritario, según da cuenta la misma convención (fl. 26 vto artículo 20), esta Sala, conforme a los artículos 470 y 471 del C.S.T. y la sentencia del 20 de marzo de 2013, Rad. 42605, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, referidas a la extensión de la convención colectiva a terceros cuando el sindicato tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte de los trabajadores de la empresa, se dará paso al estudio de las acreencias laborales extralegales solicitadas.

Así mismo se advierte la ausencia de la denuncia de la convención ni evidencia alguna que permita determinar que la accionante haya renunciado expresamente a los beneficios convencionales, por lo que la misma se encuentra vigente desde el 14 de noviembre de 1996 (Art. 76 Convención Colectiva fl. 22) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T., aunado a que no obra prueba en el proceso, de que la Asociación Sindical haya dejado de tener la representación mayoritaria.

Bajo las premisas anteriores a continuación se estudiarán tanto las condenas impuestas a cargo de la demandada (en virtud de la Consulta) como las solicitadas por el actor en su apelación, previo examen de la excepción de prescripción, oportunamente propuesta por la encartada (fl. 101)⁹, verificándose en ésta instancia, la reclamación administrativa con la cual se interrumpió la contabilización del término de prescripción, tuvo lugar el **15 de noviembre del 2016** (fls. 16 y 17)¹⁰, acudiendo a la jurisdicción la demandante el **24 de julio del 2018** (fl. 86) y realizando la notificación a la demandada del auto admisorio de la demanda (*notificado a la demandante por anotación en el estado del 22 de agosto del 2018 fl. 87*) el 19 de septiembre del 2018 (fl. 88), por lo que con la reclamación

⁹ Por auto del 4 de diciembre de 2018 se tuvo por contestada la demanda (fl. 106)

¹⁰ A la cual se le dio respuesta negativa el 13 de diciembre del 2016 (fls. 20 y 21)

elevada el 15 de noviembre del 2016, logró interrumpir el término de prescripción previsto en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, operando tal fenómeno respecto de los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al **15 de noviembre del 2013**, excluyéndose de tal fenómeno a las cesantías, la indemnización moratoria y la eventual devolución de los aportes a seguridad social que pudo haber cancelado la actora en un 100%, por cuanto éstas se hacen exigibles a la terminación del contrato y frente a los aportes estos resultan imprescriptibles. Se modifica en este punto la sentencia recurrida, en tanto se señaló como data de prescripción la de los derechos causados con anterioridad al 25 de mayo del 2012.

En esta dirección, se pasará al examen de las pretensiones convencionales no reconocidas (prima junio, prima de navidad, prima vacaciones, auxilio de transporte y prima convencional de retiro), como también al estudio de la petición de indemnización por no consignación de las cesantías y como ya se dijo a la revisión de las condenas impuestas en primer grado, previa determinación del salario devengado por la demandante del 2013 al 2014, para lo cual se tomaran los referidos en las ordenes de servicio No. 91-031/2013 y No. 91-017/2014 (fls. 35 y 41) de **\$3.502.734**.

La **prima de junio** está consagrada en el artículo 49 convencional (fl. 23 vto), la cual señala que se pagarán 15 días de salario por concepto de dicho rubro, en este orden de ideas y atendiendo la prescripción de los derechos causados con anterioridad al **15 de noviembre del 2013**, se ordenará únicamente el pago de la prima causada en junio del 2014.

Así las cosas el valor adeudado es de **\$1.751.367**, cifra que será adicionada en atención a que se absolvió de la misma en primera instancia.

<i>Año</i>	<i>Último Salario</i>	<i>Salario Diario</i>	<i>Días</i>	<i>Subtotal</i>
jun-13	PRESCRITO			
jun-14	\$ 3.502.734	\$ 116.758	15	\$ 1.751.367
TOTAL				\$ 1.751.367

En relación con la **prima de navidad**, se advierte el Juez *a quo* condenó por la de orden legal, precisando la Sala en punto frente a esta acreencia recientemente la Sala de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 593 del 17 de febrero del 2021, expuso que la normatividad que contempla dicha prima, esto es, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968, solo la torna excluyente cuando el beneficiario tenga derecho a primas anuales de cuantía igual o superior que sean similares, señalando de manera textual:

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

Ese supuesto no está probado en el asunto bajo escrutinio, pues la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo lo que consagró fue la prima semestral de servicios para compensar la legal que, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corte, no está prevista a favor de los trabajadores oficiales, sin que se haya demostrado, se insiste, que la demandante devengaba una prima anual extralegal que excluyera la legal de Navidad, ya que no es dable jurídicamente darles un tratamiento normativo igualitario a prestaciones de estirpe sustancialmente diferente.”

De esta manera, dentro de autos no se acreditó que la actora devengara una prima anual de cuantía igual o superior a la aquí estudiada y si bien lo solicitado por la parte actora fue la prima de navidad convencional, lo cierto es que le resulta ser más favorable la legal en tanto se liquida con 30 días de salario¹¹, mientras que la convencional se liquidada tan solo con 15¹², por ende se revisará la suma por la cual se condenó a la accionada, obteniendo como suma adeudada **\$6.090.087**, modificándose la sentencia de primera instancia, por cuanto también se solicita en la apelación por la parte actora, se revise la condena y se incremente su valor.

¹¹ ARTICULO 51. DERECHO A LA PRIMA DE NAVIDAD. 1. Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a una Prima de Navidad equivalente a **un (1) mes del salario** que corresponda al cargo desempeñado en treinta (30) de noviembre de cada año, Prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

¹² ARTICULO 50. PRIMA DE NAVIDAD. CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores **quince (15) días** adicionales a los pagados actualmente por concepto de prime de navidad, los cuales no constituirán factor salarial.

Año	Tiempo Laborado	No. Días	Último Salario	Salario Diario	Proporción	Subtotal
dic-13	5 de abril del 2013 al 31 de diciembre del 2013	266	\$ 3.502.734	\$ 116.758	22,16	\$ 2.587.353
dic-14	1° de enero al 31 de diciembre del 2014	360	\$ 3.502.734	\$ 116.758	30	\$ 3.502.734
TOTAL						\$ 6.090.087

Ahora en cuanto al **auxilio de transporte**, tal como lo refiere la parte actora en la alzada este beneficio de acuerdo al artículo 47 convencional (fl. 23 vto) se concede a todos los servidores de Caprecom; el cual en el presente asunto se reconocerá a partir de noviembre del 2013, atendiendo la data desde la cual se declaró probada parcialmente la prescripción (15/11/2013), teniendo en cuenta el valor legalmente establecido por el gobierno nacional todo ello de conformidad con el Decreto 1258 de 1959, en este sentido el auxilio de transporte debido asciende a **\$1.005.000**, por lo que se adiciona la sentencia de primera instancia en este punto.

Año	No. Meses	Valor Auxilio	Subtotal
Noviembre a dic 2013	2	\$ 70.500	\$ 141.000
Enero a dic 2014	12	\$ 72.000	\$ 864.000
Total			\$ 1.005.000

En cuanto a la **prima de retiro** del artículo 58 Convencional (fl. 23), no se accederá a la misma como quiera que la Sala desconoce los motivos que fundaron la terminación del contrato laboral sostenido por la actora con Caprecom.

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

No obstante lo anterior, atendiendo lo establecido en el artículo 52 de la Convención Colectiva de Trabajo (fl. 23), que dispone que “CAPRECOM reconocerá como prima de vacaciones a sus trabajadores oficiales conforme a lo establecido en la Ley”,

estima la Sala reconocer ésta prestación, por cuanto, de un nuevo estudio frente a este tema, se considera que para que la disposición convencional no constituya una norma en blanco y en aras de darle un efecto útil, se acuda en virtud de dicho texto convencional, al artículo 25 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Por ende como quiera que tal normativa establece que “*será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio*”, le corresponde a la demandante la suma de **\$1.751.367** solo por el año 2014, pues no se contempla la liquidación proporcional por el tiempo servido. Se adiciona la condena a la demandada.

Fecha Inicial	Fecha Final	Último Salario	Salario Diario	Días	Subtotal
1/01/2014	31/12/2014	\$ 3.502.734	\$ 116.758	15	\$ 1.751.367
TOTAL					\$ 1.751.367

Frente a la **compensación en dinero de las vacaciones**, lo primero que debe advertirse es que no obra prueba de su pago ni del disfrute, razón por la cual frente a este aspecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981-2019, Radicación no. 74084 del 20 de febrero de 201, ha señalado que para los trabajadores oficiales de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, el termino para su contabilización es de 4 años y un mes, así:

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

(iii) A su turno, y luego de transcurrido el año de gracia con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas» (art. 46 D. 1848 de 1969), el cual es de 3 años (art. 10 D.L. 3135/1968).

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

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

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

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

Postura que también se ha acogido en las sentencias SL-885 de 2020, Radicación No. 64397 del 10 de marzo de 2020 y SL989-2021, Radicación No. 78535 del 8 de marzo de 2021.

Por tal razón, al haber sido la demandante trabajadora de CAPRECOM -Empresa Industrial y Comercial del Estado-, y no encontrarse afectado su derecho por el fenómeno prescriptivo, pues el contrato tuvo vigencia del 5 de abril del 2013 al 31 de diciembre del 2014, esto es, 1 año 8 meses y 26 días, se procederá a revisar la condena impuesta por el *a quo*, en los términos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 artículo 43¹³, en tanto el artículo 54 convencional señala que se deben reconocer conforme a lo establecido en la Ley (fl. 23).

De este modo se obtiene una suma de \$3.045.017, monto inferior al que se fijó en la condena de primera instancia **-\$3.064.892-**, el cual NO se modificará pese a la consulta en favor de Caprecom como quiera que el presente punto fue objeto de

¹³ Artículo 43°. - Derecho a vacaciones:

1. Tanto los empleados públicos como los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios.
2. El personal científico que trabaje al servicio de campañas antituberculosas, así como los que laboren en el manejo y aplicación de rayos X y sus ayudantes, tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada seis meses de servicios.
3. Los trabajadores oficiales ocupados en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, tienen derecho a vacaciones proporcionales por las fracciones de año, cuando no alcancen a completar un año de servicios

apelación por la demandante, en aras de revisar su valor, sin que se le pueda desmejorar la situación al único apelante.

Fecha Inicial	Fecha Final	Último Salario	Salario Diario	Días	Subtotal
5/04/2013	31/12/2013	\$ 3.502.704	\$ 116.757	11,08	\$ 1.293.665
1/01/2014	31/12/2014	\$ 3.502.704	\$ 116.757	15	\$ 1.751.352
TOTAL					\$ 3.045.017

Respecto de la condena por **cesantías**, la Sala procederá a liquidar esta prestación siguiendo lineamientos de la CSJ Sala de Casación Laboral (Sentencia SL1012 Radicación No 44651 del 28 de enero del 2015¹⁴), estudio que se realiza con fundamento en la Ley 6 de 1945 art. 17, Decreto 1160 de 1947 artículo 6, Decreto 3118 de 1968 art 27 y Ley 344 de 1996. Así las cosas, de las operaciones realizadas teniendo en cuenta los salarios anunciados en líneas precedentes, el valor por concepto de cesantías obtenido es de \$6.090.865 inferior a la otorgada por el Juez *a quo* **-\$6.129.184,50-**, por lo que se confirmará esta condena, en virtud de apelación de la demandante, pues como ya se dijo no se puede desmejorar su situación.

Año	Días	Salario	Cesantía
2013	266	\$ 3.502.734	\$ 2.588.131
2014	360	\$ 3.502.734	\$ 3.502.734
Total			\$ 6.090.865

En lo que tiene que ver, con la condena por la **indemnización por no consignación de cesantías**, es importante señalar si bien se venía sosteniendo el criterio de su improcedencia, conforme a las sentencias con raditaciones Nos. 42772 del 15 de febrero del 2011, 43833 del 2 de octubre del 2013 y 45390 del 8 de febrero del 2017, lo cierto es que el Máximo órgano de la Jurisdicción ordinaria laboral en providencias SL 582 Rad. 83289 del 10 de febrero del 2021¹⁵ y en la SL

¹⁴ “Auxilio de Cesantía: Esta prestación se liquida conforme a los art. 27 del D. 3118/1968, 6° del D. 1160/1947, 13 de la L. 344/1996 y el 17, lit. a) de la L. 6ª/1945 que la estableció. En atención a los extremos señalados en precedencia, el último salario devengado y la posición de la Sala en punto a que la prescripción de las cesantías sólo comienza contarse a partir de la fecha en que se da por terminado el vínculo laboral, se tiene que el valor por el cual será condenado el demandado asciende a la suma de \$1.998.745.”

¹⁵ “A.-La sanción del numeral 3, del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Estimó el Tribunal que la sanción por no consignación de las cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cubija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales; por el contrario, considera la censura que la sanción para los trabajadores oficiales del nivel territorial la establece el

1413 Rad. 86028 del 12 de abril del 2021¹⁶, estimo que resulta “aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa

artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.

En tal sentido, resulta pertinente observar que el artículo 13° de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, los servidores públicos del nivel territorial, vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías.”

¹⁶ “En torno a la temática que plantea la censura, advierte la Sala que en las sentencias CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 30086; CSJ SL2051-2017; CSJ SL705-2013 y CSJ SL981-2019, había adocrinado, que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sobre la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo administrador de estas, no resultaba aplicable a trabajadores oficiales, por ser un precepto del derecho sustantivo laboral particular.

Sin embargo, en la decisión CSJ SL582-2021, del 10 de febrero del corriente año, en perspectiva de la Ley 344 de 1996, que establece el régimen de liquidación anual de las cesantías, para quienes que «se vinculen con el Estado» y de la remisión expresa del artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 a la Ley 50 de 1990, sobre la forma de liquidación y pago de aquel crédito, razonó:

[...] el artículo 13° de la **Ley 344 de 1996** estableció el régimen de liquidación anual de cesantías para las personas que se vinculen con el Estado; por su parte el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998 estableció que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los **servidores públicos del nivel territorial**, sería el establecido por los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990.

Por tanto, los servidores públicos del **nivel territorial**, vinculados a partir del **31 de diciembre de 1996**, que se afilien a los fondos privados de cesantías en virtud del Decreto 1582 de 1998, **quedan sometidos al régimen de liquidación y pago de cesantías consagrado en la Ley 50 de 1990**, del cual hace parte integral la sanción moratoria establecida por la no consignación de las cesantías.

[...]

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral (Negrillas propias del texto).

Por consiguiente, teniendo en cuenta dicho precedente, así como también, que el artículo 1° del Decreto 1252 de 2000 «Por el cual se establecen normas sobre el régimen prestacional de los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública», remite a igual compendio normativo, en todo lo relacionado con el pago de las cesantías de los trabajadores oficiales, sin distinguir la categoría de la entidad pública, al disponer:

Artículo 1°. Los empleados públicos, los trabajadores oficiales y los miembros de la fuerza pública, que se vinculen al servicio del Estado a partir de la vigencia del presente decreto, tendrán derecho al pago de cesantías en los términos establecidos en las Leyes 50 de 1990, 344 de 1996 o 432 de 1998, según el caso. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará aun en el evento en que en la entidad u organismo a los cuales ingrese el servidor público, exista un régimen especial que regule las cesantías.

Concluye la Sala, como lo había esbozado en una oportunidad en sede de instancia, en la sentencia CSJ SL1139-2019, que a partir de la vigencia de esa disposición, esto es, del 30 de junio de 2000, es aplicable la sanción por la no consignación de las cesantías de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los trabajadores oficiales, por remisión expresa de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996.”

de la norma especial, en relación con el régimen anualizado de las cesantías de que trata la Ley 344 de 1996”, razón por la cual esta Sala de decisión acoge dicha tesis y ordenara su pago en suma de **\$36.778.707**. Se adiciona la sentencia de primera instancia.

Cesantias	Fecha Inicio	Fecha Final	No. Dias	Salario Diario	Total
2013	16/02/2014	31/12/2014	315	\$ 116.758	\$ 36.778.707
2014	NO SE CAUSARON CONTRATO TERMINÓ EN EL 2014				

Ahora, respecto de la **devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a favor de la demandante**, de conformidad con lo concluido en el fallo, se encontró acreditada la existencia de una relación laboral, dentro de la cual era responsabilidad del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social, sobre el salario que debía devengar la demandante, por tratarse de una trabajadora vinculada a través de un contrato de trabajo, precisando que los pagos efectuados por la accionante al sistema de seguridad social en pensiones se encuentran acreditados a folios 49 a 72 y en esa medida resulta procedente la condena en la forma solicitada desde la demanda y tal como lo dispuso el Juez *a quo*, esto es, solo la devolución el 75% del valor cancelado conforme lo señala el artículo 20 de la Ley 100 de 1993¹⁷ (fl. 75 pretensión No. 2.11), sin que el fenómeno prescriptivo se haga presente¹⁸, advirtiendo el *a quo* únicamente condenó por devolución del dinero pagado por cotización a pensión sin que ello fuera objeto de reproche por la parte actora.

Respecto de la **indemnización moratoria**, recurrida en la alzada por la parte demandante, se ha de recordar esta se encuentra establecida en el Decreto 797 de 1949 y procede cuando el empleador no satisface en oportunidad los salarios y

¹⁷ Art. 20 MONTO DE LAS COTIZACIONES: (...) Los empleadores pagarán el 75% de la cotización total y los trabajadores el 25% restante.

¹⁸ Sentencia SL807, Radicación No. 39010 proferida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral el 13 de noviembre de 2013 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, al resolver el recurso extraordinario de casación en un caso de similares connotaciones donde se concluye la devolución del porcentaje de cotización al trabajador que le correspondía efectuar al empleador no se afecta por el fenómeno de la prescripción:

“...Por tanto, se fulminará condena en contra del Instituto en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador, es decir, el 75% con arreglo al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, equivalente a la suma de \$847.872,00, durante el tiempo que le prestó servicios y que fueron probadas, por cuanto esta obligación por ser atinente a derechos pensionales, **no está afectada por el fenómeno de la prescripción...**” (negrillas fuera de texto)

prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo, correspondiéndole en consecuencia al Juzgador analizar el material probatorio obrante en el proceso, para así determinar si existen razones atendibles frente a los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea que revelen buena fe en su comportamiento, precisándose ésta no procede de manera automática, pues como ya se mencionó que ha de analizarse el elemento buena o mala fe, incluso para cuando se trate de trabajadores oficiales, conforme lo cita la Sala de Casación Laboral en la extinguida Sección Segunda, Sentencia Nov. 20 de 1990¹⁹.

Bajo la premisa anterior a juicio de la Sala la conducta de CAPRECOM, durante la ejecución del contrato de trabajo, no puede considerarse como demostrativa de buena fe, pues abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo que mantuvo por más de 1 año, por lo que no se puede entender que la accionada actuó de buena fe.

De esta manera, habrá de confirmarse la condena al pago de la indemnización moratoria, la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, empezaría a causarse 90 días después de la terminación del contrato de trabajo que a través de este proceso se declaró, advirtiendo en este punto la Corporación conforme lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencias SL 981-2019, Rad. 74084 del 20/02/2019 y SL2584-2019, Rad.74357²⁰ del 03/07/2019, este lapso se debe contar en días **calendario** y no hábiles, expresándose en la primera de las providencia referidas: *“(…) en el Derecho del Trabajo existe la particularidad de que el contrato de*

¹⁹“(…) será el patrono oficial quien deba demostrar así mismo su buena fe para liberarse de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 cuando deje de pagar, dentro del plazo fijado en la norma, los salarios, prestaciones e indemnizaciones que haya quedado debiendo al trabajador a la finalización del contrato. Precizando el punto para el sector oficial la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral en sentencia de 23 de Septiembre de 1982 se pronunció así:

“Tiene razón el censor, en principio, puesto que el tribunal hizo al parecer una aplicación automática de la norma sancionatoria (Decreto 797 de 1949), ya que no se detuvo a examinar la conducta de la demandada, como era de rigor dentro de un recto entendimiento de la ley (...). Mas no puede olvidarse que de acuerdo con esa misma jurisprudencia, la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento o la mora” (G.J. No. 2410, pág. 953)”.

²⁰ “Así, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo terminó el 30 de junio de 2012, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente, día a día, (CSJSL981-2019) término que se cumplió el 28 de septiembre de la misma anualidad. Por lo anterior, y sobre un último salario de \$1.842.345 (f.º 71), se condenará al Instituto a pagar \$61.411.5 diarios, a partir del 29 de septiembre de 2012.”

trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales.”

En este orden de ideas, como el contrato de trabajo de la promotora del litigio finalizó el 31 de diciembre del 2014, el plazo de gracia de 90 días comienza a contarse a partir del día siguiente (01/01/2015), día a día. Razón por la cual se ha de condenar al pago de \$116.757 diarios (\$3.502.704 último salario mensual fl. 41) a partir del **1° de abril del 2015**, indemnización que únicamente se otorgará hasta el **27 de enero del 2017** (fecha en que se suscribió el acta final del proceso liquidatorio de CAPRECOM), en atención a lo dispuesto por la nueva postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia SL194 del 23 de enero del 2019 Radicación No. 71154, relacionada con las entidades liquidadas así:

“La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Comoquiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015”

Conforme a lo anterior es claro que la omisión de pago a partir de la fecha de expedición del acta final en comento, no derivó de una o buena o mala fe, sino de la imposibilidad de disposición de recursos, pues quien fungió como liquidador por virtud legal, estaba sujeto al cumplimiento de las normas de ese proceso liquidatorio, situaciones constitutivas de fuerza mayor que impidieron satisfacer las obligaciones de la demandante, por lo que a juicio de esta Sala, a partir de la

expedición de dicha acta de liquidación sí surgió una justificación legal que impidió el pago de las prestaciones sociales de la accionante, por lo que se prohijara la decisión de primera instancia en lo que respecta a la limitación de la indemnización moratoria hasta el 27 de enero del 2017.

Así las cosas, la deuda por indemnización moratoria corresponde a **\$76.709.875**, no obstante en la sentencia de primer grado, se dispuso como condena la suma de \$77.787.452,60, esto es, un valor superior, por lo que no se modificará en virtud de la apelación de la accionante.

<i>Fecha Inicial despues de 90 días calendario</i>	<i>Fecha Final</i>	<i>No días</i>	<i>Último Salario</i>	<i>Salario Diario</i>	<i>Subtotal</i>
1/01/2015	27/01/2017	657	\$ 3.502.734	\$ 116.758	\$ 76.709.875
TOTAL					\$ 76.709.875

En relación con la **indexación** si bien al otorgarse la indemnización moratoria la cual es justamente de carácter indemnizatorio, la indexación o actualización de las sumas adeudadas pierde su objetivo, cual es, el de prevenir la devaluación de la moneda, concretamente, en relación a las sumas objeto de condena, por ello y como quiera que la **compensación de las vacaciones** no acarrea la referida indemnización, se condenará a la indexación únicamente de la suma debida por tal concepto, adicionándose e en este punto el fallo de primer grado.

Precisándose la **indexación de la suma por concepto de indemnización moratoria**, resulta igualmente viable pues la referida sanción moratoria se limitó hasta el 27 de enero de 2017 y en esa medida todas las sumas objeto de condena a partir de ese momento y hasta la fecha de su pago sufrirán un envilecimiento, razón por la cual resulta procedente esta condena.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los argumentos expuestos por los recurrentes en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada, procediendo a la modificación y adición de la sentencia de primer grado conforme a las consideraciones atrás expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** del fallo de primer grado en cuanto a que se DECLARA la existencia del contrato del trabajo entre ELMEFIS DAYANA GARCES PALOMINO y CAPRECOM del **5 de abril del 2013** al 31 de diciembre del 2014.

SEGUNDO: ADICIONAR y MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la decisión de primera instancia, con el fin de indicar que la encartada debe cancelar a la señora ELMEFIS DAYANA GARCES PALOMINO los siguientes conceptos y valores:

- A. \$6.090.087 por PRIMA DE NAVIDAD.
- B. \$1.751.367 por PRIMA DE JUNIO CONVENCIONAL
- C. \$1.005.000 por AUXILIO DE TRANSPORTE CONVENCIONAL
- D. \$1.751.367 por PRIMA DE VACACIONES CONVENCIONAL
- E. \$36.778.707 por SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS.
- F. Se CONDENA a la INDEXACIÓN de la suma adeudada por COMPENSACIÓN DE VACACIONES y por INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

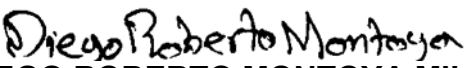
Se CONFIRMA la condena por CESANTIAS, COMPENSACIÓN DE VACACIONES e INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal **QUINTO** de la sentencia de primera instancia, en cuanto a que la excepción de prescripción procede respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 15 de noviembre del 2013.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GERMAN TRIVIÑO VALENZUELA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA (RAD. 12 2019 00547 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folio 284 vto).



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Porvenir (fls. 270 a 272), Colpensiones (fls. 281 a 284) y el demandante (fl. 298) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 26 de marzo del

2021 (Cd folio 262, audio 2, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 25:55, acta de audiencia folios 263 y 264), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual hoy Skandia de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor German Triviño Valenzuela de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de la relación jurídica de afiliación conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS en la instancia.

CUARTO: De caso de no ser apelado el presente fallo, SURTASE grado jurisdiccional de CONSULTA para que se resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.”

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación aduciendo no encontrarse de acuerdo con la postura asumida por el juzgador de primer grado, precisando en cuanto a la ratificación del acto, que no se puede hablar del mismo basado precisamente en las sentencias de la corte donde se considera que NO procede la ratificación, sin que tampoco sea viable aplicar la teoría del Código de Comercio, pues allí se hace referencia a que se ratifica un acto cuando éstos son claros y concretos de la voluntad de dar cumplimiento al acto por el cual se dan las ratificaciones, lo cual no sucedió en autos y en ese sentido asegura la ineficacia se encuentra presente.

Aduce que la voluntad inexorable no está ligada a la ratificación del acto sino como a casos como el estudiado en la sentencia SL 373 que se trató de un pensionado por el fondo privado, donde se demostró la voluntad inexorable de permanecer en el régimen porque solicitó la pensión con el contrato que firmó. Indica que el traslado entre fondos no es realmente una ratificación del acto del traslado inicial de cambio de régimen porque no hay realmente una diferencia, no hay una información sobre cómo sería uno y otro de los regímenes por lo tanto aduce la teoría si se enfoca a la voluntad inexorable pero cuando nos encontramos frente a un pensionado.

Por ende considera, se debe dar lugar a las pretensiones de la demanda en la medida que las administradoras de fondos de pensiones no lograron demostrar que realmente los actos de relacionamiento fueron efectivos, además de eso el con el primer traslado quedó demostrado que no se cumplió con el deber de información y que en este caso el actor no se encuentra pensionado, por lo que se debe aplicar la doctrina probable de la Corte establecida en cuanto el deber de información en los diferentes periodos de la existencia de este régimen de ahorro individual, sumado a ello manifiesta que con el interrogatorio de parte no se puede considerar que se cumplió con la explicación de las características, beneficios, requisitos, diferencias entre los dos sistemas pensionales ni las ventajas y desventajas del mismo, solicitando se acceda a las pretensiones.¹ (Cd

¹ “Su señoría respetuosamente dentro del término procesal correspondiente interpongo recurso de apelación contra la sentencia emitida por el despacho para que sea tramitada ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá. La presente apelación va contra específicamente dos puntos fuertes de la sentencia que negaron las pretensiones de la demanda y consisten en la ratificación del acto y en la voluntad inexorable de permanecer en el régimen que finalmente considero respetuosamente que una vez escuchada la sentencia creo que son los dos fundamentos fuertes para negar las pretensiones de la demanda, además de eso voy a presentar los argumentos que considero fortalecen la posición de la demanda en cuanto al reconocimiento de esta nulidad o ineficacia.

Para lo mismo considero su señoría que en cuanto a la ratificación del acto, considero que no podemos hablar de ratificación del acto como su señoría lo dijo basado precisamente en las sentencias de la corte donde se considera que NO procede la ratificación esto lo dijo, como digo su señoría la sentencia de radicación 31389 y 31314 que dijo claramente como lo dijo su señoría, aunque creo que la interpretación que le dio cuando la leyó no es el correcto *“Cabe señalar que toda actuación viciada de traslado de régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva a modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”* pues su señoría resalto que dice que una y otra y no entre una y otras pero el parágrafo es muy clara que se refiere a varias, no se convalida por el traslado entre administradoras (plural) dentro del mismo régimen y ciertamente escoger entre una y otra está refiriendo que puede suceder varias veces que una y otra, pero no que se entienda que el cambio de una o dos pues cuando se pasa a dos estamos hablando ya en plural, entonces creo que la interpretación de esa sentencia en cuanto a ese punto de la ratificación pues no procedería aplicar la teoría del código de comercio que establece pues la ratificación del acto.

Ahora evidentemente cuando se ratifica un acto si no estoy mal por un tema de que trabaje en alguna época pues se hacen actos claros y concretos de voluntad, de dar cumplimiento al acto por el cual se da la ratificaciones por decir en el caso se firma un contrato por un auxiliar de la persona no a nombre propio sin embargo la persona luego lo ratifica porque asume las obligaciones del contrato, ejecuta el contrato, complementa el contrato, termina el contrato lo lleva adelante por lo tanto se entiende que no firmó el contrato primigenio si ratifico con la ejecución de ese contrato. Ahora aquí el contrato viciado inicialmente por la ineficacia tal como lo dijo su señoría de manera correcta en ese sentido de que es una interpretación errada del código civil como lo han venido aplicando algunas salas del tribunal al considerar que aquí simplemente es un vicio de derecho y que el vicio del derecho no vicia el consentimiento si es claro de alguna manera la teoría que viene de la ineficacia plena o que no se cumplió con el deber de información afectando el nacimiento mismo del acto por omisión de uno de los requisitos esenciales del mismo que es la libertad informada o el consentimiento informado o cumplimiento del deber de información propias de estas entidades, usted mismo lo dijo basado en el decreto 1063 de 1993 y la ley 100 de 1993 artículo 271, pues si en ese sentido la ineficacia se encuentra presente y creo que su señoría en ningún momento la descarto, el fallo está más enfocado a decir bueno aquí hubo una ratificación y hay una voluntad inexorable de permanecer, creo que la voluntad inexorable esta no ligada a la ratificación del acto sino a los casos que como vimos en la sentencia SL 373 que observamos el caso de un pensionado por el fondo privado allí el procede inmediatamente a mostrar su voluntad inexorable de permanecer en el régimen porque solicita la pensión que finalmente es el contrato que se firma, entonces si el firma su contrato para estar en el fondo y

folio 262, audio 2, audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 27:08).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante GERMAN TRIVIÑO VALENZUELA en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 1vto y 2) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 2 vto a 4), aspirando se declare no haber firmado el formulario de afiliación de traslado de régimen con Horizonte hoy Porvenir o en subsidio se declare la existencia de un vicio del consentimiento y en consecuencia la nulidad o ineficacia del acta o formulario de afiliación, declarándose que continua afiliado al régimen de prima media con

finalmente acepta la pensión que pues le da ese contrato y la cobra además (sic) pues en este caso podemos observar que hay una voluntad inexorable de permanecer ahí. El traslado entre fondos pues no es realmente una ratificación del acto de traslado inicial de cambio de régimen porque no hay realmente una diferencia, no hay una información sobre cómo sería uno y otro de los regímenes por lo tanto creo que la teoría si se enfoca a la voluntad inexorable pero cuando nos encontramos frete a un pensionado, en cuanto lo digo su señoría que no cree que en este caso se aplique la sentencia SL 3752 del 2020 no aplica su fundamento fáctico porque no nos encontramos en la misma situación fáctica pero que si hay una ratificación NO , reitero estoy de acuerdo que en este caso no nos encontramos en la situación fáctica de la SL 3752 del 2020 porque en esa por ejemplo el pensionado, el asegurado vuelve a su ultima administradora viene a ser la final, la final en la cual se encuentra, entonces se ve como que arranca con una y vuelve a la misma con la que arranca el traslado de régimen, entonces en ese caso se dice que de alguna manera que ese acto de relacionamiento con la entidad inicial y terminando con la misma al final aunque sea por transformación, pues se ve que el finalmente le ratifica a ella misma y además de eso hay relacionamiento frente a estos actos de traslados horizontales, entonces en ese sentido su señoría respetuosamente creo que se debe dar lugar a las pretensiones de la demanda en la medida que las administradoras de fondos de pensiones no lograron demostrar que realmente los actos de relacionamiento fueron efectivos como lo dijo su señoría, no fueron efectivos además de eso el primer traslado quedo demostrado que no se cumplió con el deber de información también lo reconoce su señoría y que en este caso pues él no se encuentra pensionado que sería la voluntad inexorable de permanecer en el régimen, entonces se debe aplicar la doctrina probable de la corte, pues en ese sentido la doctrina probable ya está claramente establecida en cuanto el deber de información en los diferentes periodos de la existencia de este régimen de ahorro individual de buen consejo, de doble asesoría, pero además que me encantan los salvamentos de voto me parecen excelentes pero sabemos que los salvamentos de voto lo que hacen es un camino dentro de los órganos colegiados para que la jurisprudencia un día cambie y por lo tanto la doctrina probable varié , en este caso pues los salvamentos de voto pues no son la doctrina probable actual de pronto pueden hacer carrera pero en este momento no es así, la doctrina probable que tenemos el precedente vertical pues en este sentido se lo presente a la apelación correspondiente en esta relación. De todas maneras considero que en el interrogatorio de parte no se puede considerar de que se le cumplieron con la explicación de las características, beneficios, requisitos, diferencias entre los dos sistemas pensionales ni las ventajas y desventajas del mismo por lo tanto considero que la doctrina probable de precedente vertical de acuerdo con las sentencias de casación donde se estableció que se violó la ley sustancial de manera directa por interpretación indebida, también por aplicación errónea de los artículos del código civil, código de comercio, ley 100, etc.. Donde se demostraron que hay una abierta y contradictoria desconocimiento de precedente vertical de la corporación pues es el que se debe aplicar en este caso. Entonces su señoría respetuosamente le solicito que se tramite este recurso ante el tribunal, muchas gracias.”

prestación definida, en consecuencia se condene a Old Mutual (actual administradora) realizar la devolución de los aportes hechos y a Colpensiones a recibirlo como afiliado, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus pretensiones**, por cuanto se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra por el actor, por cuanto en criterio del juez, aunque pudo predicarse falta de información en el traslado de la demandante, el acto de afiliación quedó ratificado o convalidado con los traslados realizados dentro del régimen de ahorro individual, por lo tanto, su afiliación al RAIS gozaba de eficacia, aunado a que no es beneficiario del régimen de transición ni se demostró vicio del consentimiento en su afiliación.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002².

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía del demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 9 de septiembre de 1958 (folio 13), por lo que la edad de 62 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado, inicialmente, mediante peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 7 de marzo del 2019 (folios 23 y 24), PROTECCIÓN el 18 de marzo del 2019 (folios 31 a 33), OLD MUTUAL el 18 de marzo del 2019 (fls. 39 y 40) y ante PORVENIR el 9 de abril del 2019 (folios 43 a 45), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional, y de otra parte, no contaba con 15

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

años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 495,43 semanas de servicio público (historia laboral aportada por Colpensiones Cd fl. 97) equivalentes a 9 años, 7 meses y 18 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de octubre de 1997 (folios 130 y 222) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (en la contestación acepta la afiliación fl. 197) y en el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

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

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

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011³, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

³ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

Al punto sea del caso precisar, al absolver el interrogatorio de parte⁴ el demandante refirió que no recuerda haber recibido asesoría de Colpatria (hoy Porvenir) ni el traslado que efectuó a ese fondo, por lo que de sus manifestaciones no se podría extraer confesión alguna.

Conforme a lo anterior, el demandante nunca contó con una ilustración suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las implicaciones de su traslado, pues si bien recibió información sobre situaciones específicas, particulares y propias del régimen de ahorro individual, lo hizo con otras AFP y no con la que inicialmente efectuó el traslado de régimen, fondos de pensiones que ni tan siquiera acreditaron haberle puesto de presente aspectos tan importantes como el requisito para acceder al derecho pensional en ese régimen, las modalidades de pensión y los factores a tener en cuenta para calcular el monto de la mesada pensional, los que de conocerlos, pudieron haber incidido en la decisión tomada por el actor, específicamente dada que su motivación para trasladarse fue siempre mejorar el monto de su mesada pensional, que aseguraron, sería superior a la que le reconocería el ISS.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR (folio 222), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye

⁴ Cd folio 262, récord 10:44.

un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa visto a folios 142 y 143, es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PORVENIR, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de octubre de 1997, folio 130), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

Tampoco, y contrario a lo asentado por el juez de primer grado, incide el hecho que la demandante hubiese efectuado varios traslados entre AFP (folio 130) en tanto ello no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual, según se observa en el historial de vinculación. Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, igualmente

en reciente providencia SL1004-2021 Rad. 72930 del 1° de marzo del 2021 se indicó:

iii.ii ¿El traslado horizontal dentro del régimen se entiende como una ratificación del deseo de permanecer en él?

*En cuanto al cambio de administradora, esta Corte ha establecido que **el cambio no tiene como fin ratificar o darle validez al traslado de régimen que el afiliado realizó sin contar con la información veraz y suficiente que debió proporcionar la administradora de pensiones en su debido momento.***

*Al efecto se recuerda, que la Sala en diferentes pronunciamientos ha señalado que **la falta de información no se subsana con los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en ahorro individual**, tal como se aprecia en las sentencias CSJ SL, 9 septiembre de 2008, radicación 31989; reiterada en la sentencia del 22 noviembre de 2011, radicación 33083, cuyo texto señala lo siguiente:*

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

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

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

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

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

[...]

“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que

“se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

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

Con base en lo anterior, se equivocó el Tribunal al afirmar que, con el traslado de Protección S.A. a Colfondos S.A., era claro el deseo del señor Beltrán Giraldo de seguir en el Régimen de Ahorro Individual, pues conforme a la jurisprudencia anteriormente citada, en manera alguna puede aceptarse que el cambio de entidad subsane la nulidad del traslado, producto de la falta de información veraz y suficiente por parte de Protección S.A.

Si bien esta Sala ha sostenido en otras oportunidades que, con base en los actos de relacionamiento no se decreta la nulidad de traslado de régimen cuando se evidencian diversos cambios horizontales de administradora no sobra recordar que también se ha advertido que estas discusiones tienen un componente casuístico tanto de los elementos particulares de la situación en discusión como de los fundamentos de los jueces de instancia (CSJ SL4934-2020 y SL3752-2020).”

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliado el actor (folios 171 a 174), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se revocará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

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

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁵ (folios 84, 85, 124, 125, 157 y 220), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los puntos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se revocará la decisión de primer grado para en su lugar declarar la Ineficacia del traslado de régimen pensional de la accionante, ordenando a la demandada SKANDIA, efectuar el traslado del saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro del demandante, para que Colpensiones reciba dichas sumas y lo tenga como afiliado.

SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR.

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

R E S U E L V E

REVOCAR la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional efectuado por GERMAN TRIVIÑO VALENZUELA el 16 de octubre de 1997 al Régimen de Ahorro Individual y en consecuencia para todos los efectos se tendrá que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de Prima Media con Prestación definida, administrado por COLPENSIONES.

⁵ Se tuvo por contestada la demanda mediante auto del 23 de septiembre del 2020 (fl. 235)

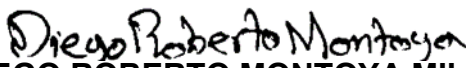
SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN,
conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **SKANDIA S.A.**, como actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, a trasladar a **COLPENSIONES** el saldo que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del actor con sus respectivos rendimientos y sumas descontadas por concepto de cuotas de administración.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los saldos trasladados de la **AFP SKANDIA**, a favor del accionante, teniéndolo válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primer grado se revocan y quedan a cargo de la demandada AFP PORVENIR.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESÚS ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE CONTRA EL FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (RAD. 15 2019 00644 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (folios 185 a 186), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada, artículos 77 y 80 del C.P.T., récord 41:08, CD folio 178, acta folios 179 y 180), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: ABSOLVER** de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor JESUS ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA en estos términos **DECLARAR** demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, conforme se expuso en la parte motiva.*

***SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** al señor demandante, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente con un salario mínimo legal vigente para el año 2021.*

***TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada entonces se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA** dado el resultado desfavorable para el señor demandante”*

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JESÚS ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (folio 35), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en la demanda (folios 35 a 36), peticionando se ordene a la demandada reliquidarla pensión de vejez que le fuera reconocida mediante Resolución 1284 del 16 de noviembre 1981 *“bajo los parámetros de la ley 33 de 1985 y la ley 62 de 1985”*, es decir, *“el 75% de base durante el último año de servicios teniendo en cuenta todos los factores salariales obtenidos”*, conminándola además para que efectúe el pago de las diferencias a partir del 1 de enero de 1982, fecha en la cual le fue otorgada su pensión, debidamente indexadas al momento del pago efectivo. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra a la accionada, al considerar el Juez de primera instancia que no es posible reliquidar la prestación reconocida al actor por cuanto la misma fue otorgada en 1982, esto es, en anualidad incluso anterior a la entrada en vigencia de la Ley 33 de 1985, advirtiendo, la pensión se reconoció con una tasa de reemplazo del 80% que es incluso superior a la peticionada en el libelo. De igual manera, discurrió, en los términos del artículo 4 de la Ley 53 de 1945 con base en la cual se efectuó el reconocimiento pensional, la pensión se liquida de acuerdo al último sueldo o jornal, y hechas las operaciones, la mesada otorgada era incluso más favorable. También anotó, si se hiciera la liquidación con el promedio de lo devengado en el último año, la prestación sería mucho más baja.

Previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de discusión en esta instancia que FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció a JESÚS ANTONIO JIMENEZ AGUIRRE pensión de vejez mediante Resolución No. 1284 de 16 de noviembre de 1981 por encontrar acreditados los requisitos previstos en la Ley 53 de 1945¹, efectiva a partir de su retiro definitivo del servicio de la empresa

¹ “Por la cual se adicionan y reforman las Leyes 1ª de 1932, 206 de 1938, 63 de 1940, 49 de 1943 y 6ª de 1945, sobre prestaciones sociales a los trabajadores de los ferrocarriles y salinas de la Nación”

(páginas 38 y 39, expediente administrativo, CD folio 115), la cual, conforme las documentales aportadas fue liquidada en cuantía de \$25.999,54 para el 27 de noviembre de 1982 (página 37, ibid.)

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar, en el escrito introductor refiere el demandante que mediante el acto administrativo antes anotado la demandada le reconoció una pensión de jubilación *“bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 sin dar aplicación a la totalidad de los factores salariales del último año de prestación del servicio”* sobre una base del 75% de la asignación básica salarial percibida, sin tener en cuenta otros factores como la prima de antigüedad, la bonificación por servicios, la bonificación por convención, el auxilio de alimentación, las vacaciones en tiempo, la prima de vacaciones, la prima de servicio, la prima de navidad, la prima extraordinaria, la bonificación por recreación y el estímulo a la recreación (folios 35 y 36). No obstante, como se anotó, el fundamento legal que dio lugar al reconocimiento de la pensión a favor del actor fue en realidad la Ley 53 de 1945, advirtiendo, tal como lo indicó el juzgador de primer grado, la resolución por la cual se otorga la prestación data de 1981, esto es, antes de la entrada en vigor de la Ley 33 de 1985.

En este punto resalta la Sala, no resulta procedente la aplicación retrospectiva de dicha disposición para regular una situación jurídica que se consolidó antes de su vigencia, en virtud del principio de irretroactividad de la Ley el cual establece que una norma nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia, ello, conforme lo previsto en el artículo 16 del C.S.T., el cual dispone:

“ARTICULO 16. EFECTO. 1. Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores.”

Además de ello, en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 se excluyó de la regla general para el reconocimiento de la pensión de jubilación a *“los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”*, y en el párrafo tercero ejusdem previó expresamente que *“En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se*

continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley” (subrayas de la Sala), y esto último es lo que aquí ocurre.

En ese sentido, la prestación otorgada al ahora demandante, al haberse causado con anterioridad a la Ley 33 de 1985, no puede ser liquidada bajo los parámetros normativos de esa disposición, a lo que se suma que la misma ni siquiera le es más favorable pues esta se calcula teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 75% mientras que la reconocida lo fue sobre el 80% del último sueldo.

Y es que no entiende en realidad la Sala cuál fue el propósito del actor con la demanda, pues en los fundamentos de derecho del libelo ningún soporte jurídico evoca para respaldar sus aspiraciones, y en la reclamación administrativa, las consideraciones refieren a que su prestación se liquidó con base en el promedio de lo devengado en los últimos 10 años porque era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (folios 28 a 39) por lo que pidió a la entidad la aplicación de la jurisprudencia que en torno a la transición del ingreso base de liquidación había dejado sentada el Consejo de Estado, situaciones estas que no guardan correspondencia alguna con las condiciones del reconocimiento pensional del demandante y que por la forma en que fueron descritas ni siquiera pueden ser entendidas como un *lapsus calami*.

De esta suerte, resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión, en los términos peticionados en la demanda.

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

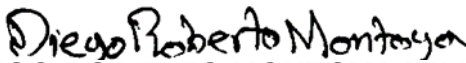
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

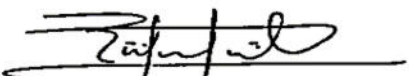
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO EDWIN TORRES LIZARAZO
CONTRA LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P. (RAD. 15 2019 00794 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folios 152 a 157) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de marzo de los corrientes (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Lifesize, récord 1:27:46, CD folio 146, acta folios 147 y 148), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ y el señor EDWIN TORRES LIZARAZO existieron dos contratos a término fijo por los siguientes periodos: del 02 de enero del 2013 hasta el 30 de noviembre de 2015 y un segundo contrato del 02 de diciembre del 2015 que se mantuvo hasta el 30 de noviembre del año 2019, conforme lo que se expuso en la parte motiva de la presente providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ al reconocimiento y pago a favor del demandante señor EDWIN TORRES LIZARAZO de la suma de \$12.332.460 por concepto de bonificación al quinquenio al que se considera tiene derecho, este valor se ordena pagar debidamente indexado desde el día 4 de enero del año 2018 y hasta el*

momento efectivo de pago, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, en este caso específico frente a los intereses moratorios y la indemnización moratoria, en estos términos **DECLARAR** las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido conforme se expuso en la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondientes a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes para el año 2021.

QUINTO: Si la presente providencia no fuere impugnada dada la naturaleza jurídica de la entidad demandada, se remitirán las diligencias al superior para que la revise en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**. ”

Inconforme con la decisión las partes la apelaron. Inicialmente el demandante se refirió a la absolución de la condena al pago de la sanción moratoria pues, en su sentir, las normas tenían establecido muy claro el derecho del trabajador, no siendo dable para la empresa darle una interpretación en su propio favor con el ánimo de negarle el pago del quinquenio, ni exigir para su reconocimiento que su vinculación debía ser mediante contrato a término indefinido, con lo cual, dice, se acredita su mala fe.

Desde su punto de vista, a los trabajadores que ingresaron el 2 de enero de 2013 se le vulneraron muchos derechos, en razón a que se le sometían a prorrogas y se les hizo firmar un nuevo contrato con el fin de interrumpir la relación, “jugadas” que, en su criterio, realizaba la encartada con el fin de desconocer las prerrogativas de quienes tenían un tiempo de servicio importante¹ (Audiencia

¹ “Gracias señor juez, voy a apelar o impugnar la decisión del señor juez relativa a absolver a la empresa demandada de la indemnización moratoria pedida en la demanda, el recurso de apelación que interpongo lo sustento en los siguientes términos: Definitivamente las normas, como el señor juez lo observó, se tomó el trabajo de leerlas detalladamente, las normas tienen establecido muy claro el derecho del trabajador, no había discusión, la empresa, no podía que el señor juez así lo dejó sentado de interpretar las normas a favor de ella misma, con el ánimo de negarle el pago al trabajador de su quinquenio, esa omisión de la empresa como lo plantea el apoderado de la misma en base en unos argumentos que realmente yo considero con todo respeto al doctor Lesmes no tienen asidero probatorio y digámoslo así jurídico, en cuanto que al trabajador oficial no tenía el derecho que tenía que tener un contrato a término indefinido, esas solamente posiciones de la empresa a través del tiempo con esos trabajadores que ingresaron el 02 de enero de 2013 porque con esos trabajadores se vulneraron y vuelvo e insisto y esa es la convicción mía, se le vulneraron muchos derechos son trabajadores que conocían de cesantías y sin embargo se les sometía a prorrogas y prorrogas y hacerles un nuevo contrato con el fin de interrumpir una relación laboral, todas esas son jugadas, perdónenme la expresión , jugadas encaminadas a vulnerar los derechos de los trabajadores con una experiencia y un tiempo de servicio muy digámoslo basto o relativamente para tener derecho a estar vinculado a una empresa, entonces ¿Qué pasa? En esa parte se daría para mí, yo considero que hace lo tendría el superior lo tenga en cuenta, ahí es donde se encuentra la mala fe de la empresa en retener, no pagarle al trabajador, un emolumento que en el caso dado se le ha retenido, sustentado su negativa en unos argumentos y en unas posiciones digámosla “no jurídicas” y con interpretaciones amañadas de la convención colectiva, esto en si genera la mala fe y en consecuencia considero yo que el superior estaría llamado con todo respeto con los

virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Lifesize, récord 1:30:33, CD folio 146, acta folios 147 y 148).

A su turno la demandada solicita se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se le absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Así, refirió, en primer lugar, a las consideraciones expuestas por el demandante en la alzada insistiendo en que tiene en su haber argumentos válidos para considerar que el actor no es beneficiario del quinquenio y no ha hecho ninguna “maña” para vulnerar los derechos de los trabajadores, especialmente porque aquí se trata de dos plantas de personal, una transicional y otra definitiva, por ende, dice, no hay mala fe.

Con relación a la condena al pago del quinquenio, indica, en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019 suscrita por la empresa con SINTRAEMSDDES se dejó claramente establecido que los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrían los mismos derechos convencionales establecidos por el periodo de transición, aclarando que dicha norma se refiere a “la anterior planta de transición y no a la definitiva” por lo que vencido ese régimen transitorio, esto es, según su entender, en noviembre de 2015, los trabajadores podían seguirse beneficiando de la Convención Colectiva en los términos anteriores, exceptuando, dice, los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio, y no como lo entendió el juzgador.

En ese mismo sentido, señala, el quinquenio es una prestación extralegal pactada en la convención, exclusiva para los trabajadores oficiales vinculados con contrato a término indefinido, enfatizando, no puede pretenderse que se aplique a otras modalidades contractuales porque “desdibujarían” estas formas de vinculación que se caracterizan por tener un tiempo determinado o una actividad específica²

señores magistrados a considerar esa situación y revocar la decisión del señor juez en base a esa indemnización moratoria que estoy pidiendo, muchas gracias señor juez.”

² “En atención a que se me da traslado para presentar en esta situación recurso de apelación lo interpongo ante el honorable Tribunal Superior con el fin de que absuelva a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de todas las pretensiones del demandante, revocando la totalidad de la sentencia en su resuelve y manifestando que en ningún momento la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá vuelvo y le manifiesto a los honorables magistrados ha vulnerado ningún derecho de los trabajadores, al contrario y a pesar de la situación de que manifiesta el señor Cerquera apoderado del demandante no es verdad que el acueducto y alcantarillado de Bogotá haya hecho ninguna maña, ni ningún momento para llevar a vulnerar ningún derecho del trabajador, como bien se manifestó ya manifestando en el recurso aquí se trata

(Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Lifesize, récord 1:33:26, CD folio 146, acta folios 147 y 148).

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

CONSIDERACIONES

de dos plantas, una planta transicional que estableció para los trabajadores y los vinculo en la planta transicional de la empresa con el fin vuelvo y le manifiesto ya que en la planta definitiva pudieran también vincularse a los trabajadores, entonces no hay aquí ninguna mala fe por parte de la empresa, al contrario lo que hizo la empresa fue vincular a los trabajadores que venían de otra empresa transicionalmente para que posteriormente se asistió como le manifiesto los vínculos en la planta definitiva con el fin de que siguieran laborando, por esta razón pues no se entiende pues la razón que se manifieste la mala fe de esta empresa en esta situación, inclusive que se le dio la oportunidad a todos los trabajadores para concursar para los nuevos cargos de esta planta de la empresa

Ya llegando a la condena por parte del quinquenio pues le manifiesto que los contratos a término fijo claramente están contemplados en el artículo 50 de la convención colectiva del trabajo 2015-2019 suscrita por el sindicato SINTRAEMSDES subdirectiva de Bogotá manifiesto que a la letra señala “Artículo 50 derechos de los trabajadores vinculados mediante contrato a término fijo y labor contratada: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá -fueron los que los pactaron vuelvo y lo manifiesto entre los trabajadores representados por SINTRAEMSDES- acuerdan que a partir de la firma de la presente convención colectiva trabajo de los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos por el periodo de transición”, estamos hablando de la anterior planta de transición y no la definitiva, “vencido este régimen de transición - o sea la que terminó en el 2015 en noviembre-, los trabajadores con contratos a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la convención colectiva de trabajo en los términos anteriores que conlleva a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio”, es a partir de esa fecha en el cual por decisión del empleador y de los trabajadores representados por SINTRAEMSDES es que excluyeron estos beneficios, como se pudo observar es claro que el parágrafo del artículo 50 de la Convención Colectiva del trabajo 2015-2019 suscrita por SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá en la que se soporta la demanda excluye el beneficio de quinquenio para todos los trabajadores vinculados por contrato a término fijo o labor contratada, por lo que a razón de esto el demandante en vigencia de la presente convención 2015-2019 no tiene derecho al quinquenio, una equivocación o una interpretación diferente que hizo el despacho, con base en lo expuesto no son de recibo ninguno de los numerales de los acápites de declaraciones y condenas de la demanda y lo que también el despacho condeno a la demandada, se pretenden generar conclusiones sobre el quinquenio como beneficio extralegal pactado en la convención colectiva sin tener en cuenta la forma de vinculación del demandante y el parágrafo cincuenta del artículo de la misma convención que es claro al determinar la excepción del quinquenio para las personas vinculadas mediante las modalidades de contrato de trabajo a término fijo y por obra o labor determinada, esto adonado a que en el primer contrato de trabajo del señor Edwin termino el 30 de noviembre del 2015 y el actual que suscribió el 02 de noviembre de 2015 que no le dan derecho al quinquenio.

Igualmente tener en cuenta como lo manifiesto que la planta transicional de la primera vinculación se terminó, ahí se terminó y se creó la planta definitiva a partir del 02 de diciembre del 2015 con la convención de 2015-2019 con tal razón no le da derecho al quinquenio, el quinquenio es una prestación extralegal pactada en la convención de trabajo 2015-2019 exclusiva para los trabajadores oficiales vinculados con contrato a término indefinido y no puede pretenderse que se aplique los contratos de trabajo a término fijo o labor determinada por cuanto se desdibujaría como lo manifiesto esta forma de vinculación que son por un tiempo determinado para una labor específica, claramente le manifiesto y le reitero al honorable tribunal que esta convención está vigente 2015-2019, claramente no fue establecida para esta clase de los trabajadores de contrato a término fijo en el caso del demandante, por tal razón le solicito que se revoque todas y cada una de las condenas a la cual hubo la condena a la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá, la empresa de acueducto y alcantarillado no ha vulnerado ningún derecho del trabajador, siempre ha cumplido con todos y cada uno de las acreencias laborales a que tenga el derecho el trabajador, por tal razón vuelvo y lo manifiesto no es dable y no son de recibo las condenas del señor juez en esta oportunidad, gracias señor juez.”

Constituyeron los anhelos del demandante EDWIN TORRES LIZARAZO en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda (folios 2 y 3), las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 3 y 4), solicitando se declare que entre las partes existe un vínculo laboral desde el 2 de enero de 2013, el cual se encuentra vigente y no ha presentado solución de continuidad; que por haber laborado más de 5 años continuos causó el derecho al pago del quinquenio extralegal convencional que no ha sido cancelado por la demandada de manera injustificada. En consecuencia, se condene a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ, a pagar a su favor el quinquenio establecido en el artículo 189 incisos 2 y 3 y 102, inciso 3, de las Convenciones Colectivas de Trabajo vigentes para 2012-2014 y 2015 a 2019, equivalente a 3 salarios básicos, debidamente indexados junto con los intereses moratorios y la sanción moratoria. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término fijo así: del 2 de enero de 2013 al 30 de noviembre de 2015, y del 2 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2019, y no un único vínculo laboral como se persiguió en la demanda.

Con relación al quinquenio cuyo pago ordenó a favor del actor, consideró, en los artículos 99 y siguientes de la Convención Colectiva 2015-2019, no se previó en manera alguna que los cinco años de servicios a la empresa deban ser continuos o discontinuos, por lo que, al no haberse hecho dicha precisión, dijo, no le era dable al juez efectuar distinción alguna y por tanto debía entenderse que bien podían ser acumulados de ambas formas, ello aunado a que, en su sentir, de la interpretación del artículo 101 convencional era posible colegir que el pago del quinquenio procedía aun cuando había ocurrido una interrupción por cualquier causa, hasta de 60 días. Bajo tal entendido, estimó, como entre uno y otro contrato solo ocurrió una interrupción de un día, los 5 años los completó el 2 de enero de 2018, causando en esa fecha la prestación extralegal reclamada.

Igualmente puntualizó solo a partir del 31 de diciembre de 2020 cuando finaliza el régimen de transición previsto en la convención es que se deja de aplicar el quinquenio, por lo que, como este se causó en 2018 si era procedente su pago.

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

En el presente asunto no es objeto de discusión que entre las partes existieron dos contratos de trabajo, los cuales se ejecutaron bajo la modalidad a término fijo, así: del 2 de enero de 2013 al 30 de noviembre de 2015 y del 2 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2019, conclusión a la que arribó el juez de primer grado respecto de la cual no se formuló reparo alguno por ninguna de las partes.

Tampoco se discute la afiliación realizada por el actor al sindicato SINTRAEMSDDES pues, aunque al plenario no se arrió constancia alguna de esta situación, de los desprendibles de nómina aportados a los autos (folios 32 a 52) se advierte el descuento efectuado al trabajador con destino a dicha organización sindical.

En tal sentido, como el demandante fundamentó todos sus pedimentos en la existencia de un solo contrato de trabajo, se tendrá en cuenta únicamente la última relación que unió a las partes (del 2 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2019).

Al respecto, se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 19 de octubre de 2006 radicación 27371, reiterada en la SL 2708 de 2019, en la que determinó que al aparecer acreditadas varias vinculaciones laborales, cuando en la demanda se partió del hecho de la ocurrencia de un solo contrato de trabajo, se debe analizar entonces la última de ellas. Así razonó la alta Corporación:

“En cuanto a la existencia de solución de continuidad entre los diversos contratos, se observa que, de acuerdo con la certificación aportada a folios 131 y 225, de los contratos suscritos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, apenas si se presentaron algunas interrupciones entre uno y otro contrato, siendo la mayor apenas de una semana, entre el 28 de febrero y el 8 de marzo de 1999, por lo que no aparece que se hubiere dado una solución de continuidad de la relación laboral, toda vez que, a pesar de ser numerosos los contratos celebrados por unos términos establecidos, la verdad que aflora es que la demandante siempre cumplió las mismas funciones para el demandado, por lo que la suscripción de un nuevo contrato, cada

vez que se vencía el anterior, apenas era una mera formalidad y no obedecía a la intención de desvincular a la trabajadora.

Cosa diferente ocurre con el contrato celebrado a partir del 1 de agosto de 1993, que venció el 30 de enero de 1994, pues el siguiente se celebró un mes después, el 1 de marzo de 1994, de donde, por lo prolongado de la interrupción del servicio, no es posible inferir que la intención de las partes era continuar con una misma relación de trabajo y que apenas se trataba de una mera formalidad.

Como quiera que las pretensiones de la demanda inicial están cimentadas sobre la base de una sola relación de trabajo, se tendrán en cuenta para reexaminar las condenas de primera instancia, los extremos comprendidos entre el 1 de marzo de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, que corresponden a la última relación laboral continua sostenida por las partes.

En este orden de ideas, procede el estudio de la prestación extralegal pretendido por el actor pero como ya se dijo únicamente frente al contrato desarrollado del 2 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2019.

Precisado lo anterior, se tiene que la demandante pretende se reconozca y pague a su favor el quinquenio previsto en la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES, contenido específicamente en los artículos 101 de dicho instrumento.

Así, y de manera preliminar, como quiera que el fundamento jurídico de las pretensiones del demandante lo es una norma de carácter convencional (ver fls. 4 y 5), advierte la Sala, al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB - ESP y el SINDICATO DE TRABAJADORES Y EMPLEADOS DE SERVICIOS PÚBLICOS CORPORACIONES AUTÓNOMAS, INSTITUTOS DESCENTRALIZADOS Y TERRITORIALES DE COLOMBIA SINTRAMESDES Subdirectiva Bogotá, (folios 70 a 85) suscrita el 24 de noviembre de 2015, la cual cuenta con constancia de depósito³ (folio 70, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que esta se encuentra vigente desde el 1 de enero de 2015 (Artículo 223, folio 81) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

³ Del 24 de noviembre de 2015, por lo que, encontrándose depositada en los términos previstos en el artículo 469 del C.S.T., dicho instrumento produce todos los efectos.

Pues bien, para resolver es importante acudir al contenido de la disposición enunciada. Así, el artículo 101 (Capítulo VIII Salarios y Compensaciones) de la Convención Colectiva 2015- 2019 suscrita entre la empresa llamada a juicio y el sindicato SINTRAEMSDES el 24 de noviembre de 2015 (folio 76), en su tenor literal preceptúa:

“ARTÍCULO 101. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO AL QUINQUENIO: A la presente bonificación tendrán derecho los trabajadores oficiales de la EAB-ESP incluyendo aquellos que hubiesen interrumpido sus servicios hasta por trescientos (330) días en caso de enfermedad profesional o accidente de trabajo; hasta por ciento ochenta (180) días en caso de enfermedad no profesional y hasta por sesenta (60) días por causas diferentes a las citadas anteriormente. (Artículo 188 – Convención Colectiva 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 104 y CCT 2008-2011 art. 166)”

Por su parte, el artículo 102 de ese mismo cuerpo normativo (folio 76) dispone:

“ARTÍCULO 102. LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL DEL QUINQUENIO: Esta prestación, se liquidará proporcionalmente al tiempo de servicio, después de cuatro (4) años de trabajo dentro de cada quinquenio. Exceptuándose de lo anterior aquellos trabajadores cuya vinculación a la Empresa termina por causas diferentes a la muerte, declaratoria de insubsistencia, retiro voluntario o eventos pensionales.

Para los nuevos trabajadores que ingresen a la empresa, a partir del 3 de agosto de 2004 con contrato de trabajo, el quinquenio tendrá las siguientes condiciones:

Quinquenios: Tendrán derecho a quinquenios sin incidencia salarial pagaderos de la siguiente forma: a los cinco años de servicio tres (3) salarios básicos; a los diez años de servicio, cuatro (4) salarios básicos; a los quince años de servicio, cuatro (4) salarios básicos, a los veinte años de servicio, cuatro (4) salarios básicos, y de los veinticinco años de servicio en adelante, cuatro (4) salarios básicos.

Parágrafo: El pago del segundo quinquenio se destinará en su totalidad a amortizar el préstamo de vivienda como abono extraordinario a capital de los trabajadores que se hayan beneficiado del mismo, y en caso de no tener préstamo de vivienda, este será de libre disposición del trabajador. (Artículo 189 – Convención Colectiva 2012-2014) (Acordado CCT 2004-2007 art. 105 y CCT 2008-2011 art. 167)”

Bajo tal entendido, y al tenor de las disposiciones convencionales, el quinquenio se paga al trabajador cada que completa cinco años de servicio a la empresa. Contrario a lo que alega la demandada en la alzada, dichas normas no distinguen la modalidad contractual por la que se haya vinculado al empleado, esto es, si se trata o no de un contrato a término indefinido, pues se refiere de manera genérica a los trabajadores oficiales (art. 101).

Así mismo, la convención permite el pago de dicho beneficio extralegal a pesar de que se hayan presentado interrupciones en la prestación del servicio a causa de enfermedades o accidentes de origen laboral o común u otras razones distintas a las anotadas.

Ahora, debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

En ese sentido, no puede perderse de vista que la norma convencional aportada al proceso contempla en sus artículos 49 y s.s. (folios 78 vto.), un régimen de transición en el que se reguló de manera temporal y provisional algunos aspectos atinentes a la contratación del personal de la Empresa de Acueducto y la aplicación excepcional de algunos beneficios convencionales a los trabajadores, y que en sentir de la encartada, excluye al demandante como acreedor del quinquenio reclamado. En lo que al asunto interesa, se destacan los siguientes apartes:

“(…)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: *La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020, para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP. Durante el término del Régimen de Transición se hará aplicación diferenciada de los derechos respecto al régimen (3) de la actual convención colectiva de trabajo en: salud, préstamo de vivienda, prima de antigüedad y Colegio Ramón B. Jimeno. A partir del primer día del sexto año de vinculación a la Empresa, tendrán todos los derechos que otorga al trabajador el régimen tres (3) de la presente convención colectiva de trabajo.*

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015).

ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EAB-ESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)

ARTICULO 52. BENEFICIOS CONVENCIONALES DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: Durante el Régimen de Transición, que rige desde el primero de diciembre del año 2015 y hasta el treinta (30) de noviembre del año 2020, los trabajadores ingresados a la EAB-ESP tendrán los derechos convencionales del Régimen 3, diferenciando los siguientes beneficios: Salud, Préstamo de Vivienda, Prima de Productividad y Colegio Ramón B. Jimeno, así:

- **SERVICIO DE SALUD DURANTE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** Los trabajadores ingresados a la EAB-ESP durante el Régimen de Transición tendrán derecho al servicio de salud del sistema general de la seguridad social y adicionalmente al Plan Complementario Especial que ofrece y tiene registrado la entidad que presta los servicios de salud a los trabajadores oficiales de la EAB-ESP. Todos los trabajadores del Régimen de Transición quedan excepcionados del pago de copagos. La EAB-ESP se asegurará de contratar el Plan Complementario que cumpla con las condiciones aquí estipuladas o equivalentes si se contrata una entidad diferente a la que presta el servicio de salud hoy a la EAB-ESP, procurando mantener la misma red médica, hospitalaria y odontológica que atiende el Plan Adicional de Salud.

- **PRÉSTAMOS DE VIVIENDA DURANTE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** Los préstamos de vivienda durante el régimen de transición se otorgarán de la siguiente manera:
 - A) Los trabajadores ingresados a la EAB-ESP a término indefinido, durante el Régimen de Transición, tendrán derecho a presentar la solicitud del primer préstamo de vivienda en los términos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo y el Reglamento de Vivienda.
 - B) Solo se dará inicio a la adjudicación de dichas solicitudes a partir del primero de enero del año 2021 dentro de los términos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo
 - C) Las partes acuerdan que la EAB-ESP inyectará al Fondo de Vivienda anualmente, a partir del año 2018 durante el primer trimestre de cada año, la suma de siete mil millones de pesos (\$7.000.000.000) hasta un valor total de veintiún mil millones de pesos (\$21.000.000.000) cuya destinación será para cubrir el primer préstamo de vivienda conforme con los términos del numeral anterior.
 - D) El fondeo de recursos a que hace referencia el literal C se administrará en una cuenta de ahorros exclusiva en favor del Fondo Especial para Préstamos de Vivienda, Recursos que se trasladarán a la cuenta ordinaria del Fondo de Vivienda el primero de enero de 2021, para satisfacer la demanda de solicitudes en préstamos de vivienda por primera vez.
- **PRIMA DE PRODUCTIVIDAD DURANTE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** Los trabajadores ingresados a la EAB-ESP durante el Régimen de Transición tendrán derecho a la prima de productividad si la evaluación para la Eficiencia es satisfactoria. Vencido este término los trabajadores se beneficiarán de la prima de productividad en la Convención Colectiva de Trabajo Régimen 3.
- **COLEGIO RAMÓN B. JIMENO DURANTE EL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN:** Los trabajadores que ingresen a la EAB-ESP durante el Régimen de Transición tendrán derecho a que sus hijos aspiren a los cupos que tenga disponible el colegio Ramón B. Jimeno mediante examen de ingreso y convivencia. La EAB-ESP se compromete a partir del año 2016, a ampliar la capacidad instalada del colegio en dos (2) aulas.
(...)”

Conforme al clausulado ampliamente transcrito y armonizando tales disposiciones, se advierte, aquellos trabajadores que se vincularan a la empresa a partir de la firma de la convención y durante el régimen de transición, esto es, entre el 1 de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2020 -como es el caso del demandante-, tendrían las condiciones establecidas en este último es decir, con aplicación diferenciada en los derechos en salud, préstamo de vivienda, prima de productividad y Colegio Ramón B. Jimeno, vencido lo cual gozarán de todas las

prerrogativas de la Convención Colectiva. Ello, al tenor del artículo 50, aplica igualmente para los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada, precisándose en el párrafo de esa norma que, vencido tal régimen de transición, es decir, después del 30 de noviembre de 2020, estos empleados se beneficiarían de la convención en los términos anteriores que los exceptúan de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio.

A tono con dichas normas entonces, con independencia de la modalidad bajo la que se suscriba el contrato de trabajo (indefinido, fijo, obra o labor), si ello ocurre en vigencia del régimen de transición previsto en la convención colectiva (entre el 1 de diciembre de 2015 y el 30 de noviembre de 2020), los trabajadores disfrutaran de todas las prerrogativas previstas en esa Convención Colectiva, solo diferenciándose frente al servicio de salud, el préstamo de vivienda, la prima de productividad y el colegio (art. 52) y en el caso de trabajadores vinculados a término fijo o por labor contratada, estos se excluyen de algunos beneficios, entre ellos el quinquenio pero una vez vencido el régimen de transición (párrafo art. 50).

En esos términos, para la Sala, confunde el apoderado de la encartada lo relativo a la planta de persona (transitoria y definitiva) con el régimen de transición que incorpora la Convención Colectiva 2015-2019, siendo claro para esta Corporación que el clausulado que se transcribió hace referencia a lo último y no como se sugiere en la alzada.

Todo ello en punto a concluir que, aunque el demandante hace parte de ese régimen de transición por haberse vinculado nuevamente a la empresa el 2 de diciembre de 2015 a través de contrato de trabajo a término fijo, es beneficiario de todas las prerrogativas consagradas en la Convención, incluyendo el quinquenio, respecto del cual no se estableció aplicación diferencial alguna en ninguno de los apartes de tal instrumento.

Memórese, al Juzgador no le está dado efectuar interpretaciones cuando la norma deviene clara en su tenor literal, y ello es lo que aquí ocurre, menos aun cuando

las mismas, se itera, son producto del acuerdo voluntades con los cuales no se estima vulneración de los derechos del trabajador.

No obstante determinarse que el demandante puede ser beneficiario del quinquenio, para la Sala no se dan las condiciones para su causación como quiera que en vigencia del último contrato de trabajo el actor no acreditó cinco años de servicio, si se tiene en cuenta que el vínculo inició el 2 de diciembre de 2015 y culminó el 30 de noviembre de 2019.

Al punto, se precisa, contrario a lo discurrido por el *a quo*, a juicio de esta Corporación, si bien la norma convencional no hace específica mención a que los 5 años de servicio deben ser continuos, tampoco se habilita la posibilidad de tener en cuenta, para efectos de acreditar la antigüedad requerida, el tiempo acumulado en vigencia de un contrato anterior que ya se liquidó, pues no se trata simplemente de una interrupción de la prestación del servicio que sobrevino estando en vigor el contrato que da origen al reclamo de las prestaciones y acreencias laborales, como ocurre *verbi gratia* con las incapacidades y licencias, sino de la extinción de un vínculo jurídico que tuvo sus propias condiciones y cuyos derechos derivados del mismo, legales o extralegales, debieron ser liquidados al momento de su fenecimiento.

Y es que la “*antigüedad*” según el concepto dado por la Real Academia Española, corresponde al “*tiempo que ha transcurrido desde que una cosa empezó a existir*” y en este caso, solo puede decirse que el contrato empezó a existir desde su suscripción, esto es, desde el 2 de diciembre de 2015, por lo que es desde ese extremo que nacen los efectos jurídicos del mismo y las obligaciones recíprocas de empleador y trabajador; a partir de ese momento es que empiezan a contarse los términos para la causación de las diferentes prestaciones o indemnizaciones bien sea legales o extralegales a las que pueda tener derecho el trabajador.

Para la Sala, habiéndose suscrito un nuevo contrato no es posible sumar el tiempo acumulado en vigencia de otro vínculo, porque cualquier derecho laboral que hubiera adquirido en virtud del mismo debió ser reconocido, liquidado y pagado mientras estuvo en vigor, anotando, cuando la Convención Colectiva en su artículo 101 alude que tendrán derecho al quinquenio los trabajadores oficiales de la

empresa, incluyendo aquellos que hubiesen interrumpido sus servicios, debe entenderse que tal interrupción debió ocurrir en vigencia del contrato de trabajo, porque es en ese periodo -mientras está vigente el contrato- es que se causan los derechos derivados de tal relación laboral.

Para que ello fuera así, esto es, para que se tuviera en cuenta el inicio del primer contrato, era necesario que se estableciera, como se pretendió por el demandante inicialmente, que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo o que existió unidad contractual, pero, a pesar de no definirse ello así, dicha circunstancia no fue objeto de reparo por la parte actora en esta instancia.

Tratándose de una acreencia de carácter extralegal que encuentra su causa en el contrato de trabajo que lo vincula con la demandada, esta debe liquidarse teniendo en cuenta su vigencia, la cual no superó los 5 años.

Lo expuesto resulta suficiente para revocar la sentencia de primer grado en este aspecto, relevándose la Sala, por sustracción de materia, de analizar el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

De esta manera, sin que haya lugar a mayores consideraciones, procede la revocatoria de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por las razones aquí expuestas.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte actora.

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

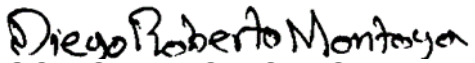
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar, **ABSOLVER** a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y

ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de las pretensiones incoadas en su
contra por EDWIN TORRES LIZARAZO.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán
a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE JULIAN GARCÍA
TORRES CONTRA JARDIN SÉSAMO KIDS S.A.S (RAD. 16 2018 00502 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandada (folios 237 a 240), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada JARDIN SÉSAMO KIDS S.A.S, contra la sentencia proferida por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de febrero de 2021 (Cd. folio 229, récord 51:07, acta a folio 230 a 232), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre JOSÉ JULIAN GARCIA TORRES identificado con cédula de ciudadanía No. 80.406.652 en calidad de trabajador y el JARDIN SESAMO KIDS S.A.S en condición de empleadora y que rigió entre el 26 de julio del 2013 y el 28 de septiembre de 2016 que tuvo su fin por renuncia que presentara el trabajador.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada JARDIN SESAMO KIDS S.A.S a reconocer y pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos:*

- a. Por auxilio de cesantías \$7.261.496,89*
- b. Intereses a las cesantías del año 2015 \$363.074,84 y del año 2016 \$655.755,22*
- c. Prima de servicios del año 2015 \$838.515,63*
 - Prima de servicios del año 2016 \$1.696.435,91*
- e. Por vacaciones del año 2014 \$419.257,81, del año 2015 \$1.006.218,75 pesos y del año 2016 \$848.217,97.*

Sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

***TERCERO: CONDENAR** a la demandada JARDIN SESAMO KIDS S.A.S a pagar al señor demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST que*

corresponde \$75.063 pesos diarios y que para el periodo comprendido de los primeros 24 meses de mora que se establecen desde 29 de septiembre del 2016 hasta el 28 de septiembre del 2018 corresponden al monto de \$54.085.632 pesos y deberá pagar a partir del mes 25, esto es, a partir del 29 de septiembre del 2018 los intereses moratorios establecidos en el artículo 65 mencionado sobre el valor de las prestaciones sociales condenadas en este providencia y hasta el momento que se efectuó el pago total de las mismas.

CUARTO: SE CONDENA a la demandada a que, ante el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante, solicite la liquidación durante los periodos en que el actor cotizó como independiente del 26 de julio del 2013 hasta el 28 de septiembre del 2016 y pague el excedente que corresponda, para que se tenga en cuenta los ingresos base de cotización para los años 2013, 2014 y 2015 por valor de \$2.012.437,50 pesos y para el año 2016 por monto de \$2.253.568,83 pesos que deberán ser pagados por la demandada.

QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción en los términos de la parte motiva y no probadas las restantes excepciones que fueron propuestas.

SEXTO: SE CONDENA en COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de \$3.000.000 pesos m/cte. como valor de las agencias en derecho.

SÉPTIMO: Se decreta **ABSOLUCIÓN** frente a la demandada en relación de las pretensiones de la demanda que no fueron acogidas en este asunto”

Inconforme con la decisión, la demandada la apeló, solicitando su revocatoria.

Con ese propósito indica, contrario a lo asentado por el juzgador de primer grado, a su juicio, si logró desvirtuar la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T. Ello, dice, en razón a que el actor no cumplió a cabalidad con la carga procesal impuesta por el artículo 167 del C.G.P. de probar las afirmaciones relacionadas en el escrito introductorio, como si lo hizo la demandada respecto de lo aducido en la contestación de la demanda, especialmente, frente a la ausencia de subordinación como elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios con uno laboral, lo cual asegura, se verifica de la ausencia de pruebas de llamados de atención, imposición de horarios, entre otros.

Al punto, resalta la contradicción entre lo ilustrado por el demandante en su interrogatorio y lo aducido por la testigo ALESANDRA FELSMAN con relación a la hora de ingreso y salida del actor, así como a los correos electrónicos incorporados por el demandante de los cuales, asegura, no se evidencia una instrucción u orden específica al actor. En todo caso, argumenta, en vigencia de un contrato de prestación de servicios es factible que se den directrices al contratista y se efectúe una vigilancia administrativa, sin que con ello se entienda la existencia del elemento subordinación.

Por otro lado, señala, no se tuvo en cuenta que el demandante era un tallerista que programaba sus horarios de acuerdo a su disponibilidad, toda vez que él realizaba otras actividades y tenía su propio domo o centro, que sus honorarios fluctuaban según el número de horas que dictaba, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por el juzgador de primer grado que denotaban la calidad de contratista independiente, autónomo y autogestionario del actor en la ejecución de las tareas contratadas como instructor de karate.

Con relación a las condenas, aduce no estar conforme con el salario tomado en cuenta por el juez para los años 2013, 2014, 2015 y 2016, pues de acuerdo a los comprobantes de egreso y los bancarios allegados por el mismo demandante el promedio mensual para 2016 no era \$2.200.00 sino de \$1.679.000, para 2015 tampoco correspondía a \$2.012.400 sino a \$1.300.000 y los de 2014 y 2013 no eran iguales a 2015, anotando, ni siquiera se hizo una operación aritmética para obtener los valores realmente recibidos por el convocante en esas anualidades.

En lo que toca a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. refiere encontrarse acreditada la buena de esa parte porque incluso el demandante era consciente de la forma de contratación que había suscrito con el Jardín, pasó cuentas de cobro y pagó sus aportes a seguridad social en calidad de trabajador independiente, además de no haber recibido nunca por parte de quien convoca la litis, reclamación alguna aduciendo inconformidad frente a la modalidad de vinculación. Así mismo, apunta, siempre actuó bajo la convicción que la relación entre las partes respondía a una de naturaleza civil amparada por la ley y sin el ánimo de disfrazar o desnaturalizar una relación de trabajo.

Finalmente pide se revise la declaración de ALEXANDRA FELSMANN ya que, en su sentir, está acreditada su falta de credibilidad e imparcialidad por los diferentes conflictos que tuvo con la señora MARCELA VIDALES, representante legal de la sociedad demandada¹ (Cd. folio 229, récord 56:09, acta a folio 230 a 232).

¹ “Gracias señor juez siendo la oportunidad procesal correspondiente y de la manera más respetuosa me permito interponer recurso de apelación para que este sea conocido y analizado por el Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y esté actuando en sede de instancia sirva a revocarlo en todas sus partes teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

En efecto no compartimos con las consideraciones y las condenas formuladas por este despacho, apartándonos de manera respetuosa, dado que en efecto en el presente caso mi representada si logro desvirtuar la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST ¿y Por qué decimos que si se logró desvirtuar dicha presunción? Porque primero que todo en el proceso la parte demandante no cumplió a cabalidad con su carga procesal establecida en el artículo 167 del CGP de probar todas las afirmaciones que

relacionó en su escrito introductorio, y así mismo mi representada si logró demostrar todo lo aducido en la contestación de la demanda y en especial que en el presente caso no existió la subordinación como el elemento determinante que diferencia un contrato de prestación de servicios con uno laboral ¿y por qué se logró demostrar que no existía la famosa subordinación laboral? Porque en efecto en el presente caso no existieron pruebas de llamados de atención, de imposición de horarios, el juzgado paso por alto que tanto en el interrogatorio de parte practicado al señor Julián García como la prueba testimonial de la señora Alexandra Felsmann no se logró coincidir los horarios que estas dos personas mencionaban, en tanto en el interrogatorio de parte este confeso que su horario era de 7:30 a 12:30 del mediodía y en la prueba testimonial la señora Alexandra Felsmann confirmó que el horario era de 9 de la mañana a 1 de la tarde, es decir no existió certeza del horario que tenía el señor Julián García como determinante de la subordinación laboral.

Así mismo se hace referencia por parte del despacho de los correos electrónicos que se cruzaban entre las partes. Cuando verificamos esos correos electrónicos allegados al expediente, en primer lugar el dominio que se le dio al señor Julián García es un dominio general que puede tener cualquier ciudadano dado que es dominio del correo Gmail y que no es expresamente del colegio Sésamo Kids, adicionalmente al verificar el contenido de dichos correos solo se menciona información general que era para toda la comunidad y para todos los talleristas que podían prestar sus servicios en el jardín, en dichos correos no se les da de forma clara instrucciones, ordenes o mandatos al señor Julián García para la ejecución de sus labores ¿sí? Adicionalmente dichos correos no eran remitidos únicamente al señor Julián García, sino se insiste eran remitidos a toda la comunidad educativa, dígame padres de familia, dígame talleristas e inclusive docentes y profesores, entonces de esos correos electrónicos sobre el cual el juzgado edificó su fallo no puede de verdad demostrarse la subordinación laboral. Ahora bien, en los contratos de prestación de servicios es factible y así lo ha indicado la Honorable CSJ que se le den unas directrices y una vigilancia administrativa al contratista dado que él está sometido a unas obligaciones contractuales sin que tales condiciones sean consideradas como elemento de subordinación, una cosa es la subordinación administrativa que se puede ventilar en un contrato de prestación de servicios o la vigilancia administrativa y otra cosa es la propiamente dicha la subordinación laboral que insisto en el presente caso no se dio.

Así mismo no se tuvo en cuenta en el presente caso que el señor Julián García era un tallerista y que programa sus horarios de acuerdo a la disponibilidad que él tenía, el en ningún momento fue profesor o docente como equivocadamente lo señalo el juzgado y tanto así que el realizaba su disponibilidad, programaba sus horarios que el propio despacho confirmó que el salario era variable conforme a las horas que el dictaba, es decir o nos podemos hacer una pregunta ¿Por qué el salario era variable si eventualmente el señor cumplía un horario específico? Honorables magistrados del tribunal la simple y sencilla respuesta es que en efecto no tenía una jornada establecida, no laboraba todas las mañanas como equivocadamente lo encontró el juez a quo sino que sus honorarios dependían de las horas que esporádicamente y de acuerdo a su disponibilidad realizaba el señor Julián García, igualmente el despacho no tuvo en cuenta la situación que se reiteró en el interrogatorio de parte, en la contestación de la demanda y en los testimonios de la señora Alexandra Felsmann y de la señora Gladys Bobadilla en los que se ratificó que el señor Julián García acomodaba sus horarios por cuanto él tenía otras actividades personales que debía tener en toda la semana bien sea en la mañana o en la tarde y en los fines de semana y que propiamente en el interrogatorio de parte el manifestó que tenía su domo personal o su centro de instalación de carácter personal, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por el señor a quo y que denotan la calidad de contratista independiente autónomo y autogestionario del señor Julián García en la ejecución de las actividades, es decir que en el presente caso no existió una subordinación laboral conforme a toda la prueba recaudada.

Ahora bien ya respecto a las condenas impartidas por el despacho, no compartimos el salario que arrojo el juez en especial para el año 2016 dado que si tomamos en cuenta los comprobantes de egreso que fueron debidamente aportados en el expediente con los extractos bancarios que el propio demandante allego al plenario, se evidencia que el promedio salarial para el año 2016 no era de \$2.200.000 como lo encontró el juez Ad quo sino que era de \$1.679.000 pesos en gracia de discusión, así mismo para el año 2015 tampoco arroja un promedio de \$2.012.400 pesos dado que si hacemos el promedio de los honorarios que por disponibilidad recibió el aquí demandante nos arroja un promedio de \$1.300.000 para el año 2015, y de igual forma no entendemos la circunstancia de porque no se arrojó por parte del Ad quo teniendo el material probatorio como son los extractos bancarios los salarios para el año 2014 y 2013 sino que se condenó al pago de la seguridad social con el salario de estos años, con el salario del 2015 que fue el de \$2 012 400 pesos es decir se debía hacer realmente la ecuación aritmética para arrojar el promedio de los salarios en teoría recibidos en el año 2013 y en el año 2014 del señor Julián García, situación que paso por alto el despacho.

Así mismo en cuanto a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, contrario lo afirmado por el despacho que no se demostró la buena fe en el plenario, si se logró demostrar la buena fe porque en primer lugar se le pregunto en el interrogatorio de parte al señor Julián García si él era consciente de la forma de contratación que había suscrito con el Jardín Sésamo Kids a lo cual el confesó que sí y que él había suscrito los contratos de prestación de servicios donde él había pasado cuentas de cobro y había pagado sus aportes a seguridad social como independiente, así mismo quedó ratificado que mediante la existencia de la relación contractual el señor Julián García nunca presentó una reclamación o manifestó alguna inconformidad en la forma de contratación, contrario sensu el re confirmó en su interrogatorio de parte que él tenía otras

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSE JULIAN GARCIA TORRES en este ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 104 a 106, las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados a folios 102 a 104, aspirando se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 12 agosto de 2003 y el 27 de septiembre de 2016, el cual no terminó por renuncia voluntaria del trabajador. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes a seguridad social causados entre 2013 y 2016, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, la sanción por despido sin justa causa y la indexación. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones,** por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con la demandada, pero solo entre el 26 de julio de 2013 -fecha de constitución de la sociedad- y el 28 de

actividades y que esa forma de contratación le daba la posibilidad de atender sus situaciones personales o sus compromisos personales. Tercero ante la forma de prestación del servicio y de la metodología como se estaba llevando a cabo el taller de karate por parte del señor Julián García mi representada actuó de buena fe, en tanto señor juez en convicción tenía la creencia puntual de lo que estaba firmando era el contrato de prestación de servicios y que tal relación contractual estaba cobijada desde el punto de vista legal, nunca hubo un afán, nunca estuvo la intención de disfrazar una relación laboral o de desnaturalizar una relación laboral o esconder una relación laboral, tanto así que al se le entregaron sus certificaciones como el propio juez las enunció en el fallo correspondiente en las cuales se le manifestaba que el estaba con un contrato de prestación de servicios ante lo cual el señor Julián García nunca formuló objeción o una reclamación en ese sentido; estas circunstancias señor juez denotan que mi representada si actuó de buena fe y es importante manifestar que para la condena efectiva de la indemnización moratoria del artículo 65 debe estar plenamente demostrado el carácter subjetivo, es decir que la indemnización no es de manera automática e inexorable sino que se tiene que demostrar la mala fe y en el presente caso no hubo una mala fe en cuanto a mi representada pues tenía la convicción y la creencia de que estaba amparada por la legislación al suscribir esos contratos de prestación de servicios en donde dicho sea de paso los mismos fueron llevados a cabo de manera autónoma, independiente y auto gestionada.

Entonces en ese orden de ideas le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se sirvan revocar en todas sus partes las condenas aquí impuestas, se sirvan revocar la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo porque insisto en el presente caso se logró desvirtuar esa presunción legal en tanto no se comprobó por parte del demandante la mentada subordinación laboral y contrario sensu por la demandada se logró demostrar que las actividades elaboradas por el señor Julián García en su calidad de experto especializado en karate donde no era docente y el prestaba sus servicios en otras instituciones se llevó a cabo de manera independiente, autónoma y auto gestionada, razón por la cual no existe fundamento para condenar ni al pago de cesantías, ni primas de servicios, ni intereses a las cesantías y mucho menos a la indemnización moratoria como bien se enunció ni al pago del cálculo actuarial por la diferencia en aportes a pensión, así mismo solicito a los honorables magistrados del tribunal que se sirvan verificar la declaración de la señora Alexandra Felsmann ya que se demostró en la instancia judicial que la señora no tenía la credibilidad y la imparcialidad para emitir ese testimonio que rindió debido a los diferentes conflictos que se ratificaron al momento de ejercer la tacha con la señora Marcel Vidales representante legal del Jardín Sésamo Kids, entonces en esos términos dejo presentado mi recurso de apelación, solicitándole al honorable juez se sirva aceptarlo”.

septiembre de 2016 -calenda de renuncia del trabajador- y se condenó a esta última a pagar al demandante las acreencias laborales causadas a su favor que no se encontraban afectadas por el fenómeno prescriptivo. Además, la condenó al pago de la sanción moratoria y la diferencia por aportes a la seguridad social; absolviéndola de la sanción por no consignación de las cesantías y la indemnización por despido sin justa causa. Lo anterior, tras considerar que se encontraba probada la prestación personal del servicio del actor a favor de la convocada a juicio, por lo que en aplicación de la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., la que no encontró desvirtuada, concluyó que la relación que ató a las partes tenía carácter laboral.

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

En los juicios del trabajo es primordial para el Juez establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, la existencia o no de un contrato de trabajo resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de varios contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a

juicio desvirtuar su existencia (Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701²)

Así, se advierte, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor de la demandada por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda (folios 132 a 152) y se constata con los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes (folios 153 a 157), por lo que el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, le correspondía a la demandada desvanecer la presunción en comento.

Sin embargo, analizado en su integridad el acervo probatorio acopiado en autos, contrario a lo argüido por la recurrente en la alzada, no encuentra la Sala elementos que, en suma, conlleven a desvirtuar dicha presunción, particularmente, factores que permitan concluir que la actividad realizada por el demandante era autónoma y autogestionaria como se alegó por la demandada.

Así, se tiene que al expediente se allegó como prueba documental copia de las certificaciones expedidas por SESAMO KIDS el 3 de octubre de 2015 (folio 2) y 4 de agosto de 2015 (folio 3) en los que consta que el demandante se desempeñaba en esa institución como “*tallerista de movimiento y karate*”, y su vinculación era por prestación de servicios; estos elementos, a la postre, solo dan cuenta de la prestación personal del servicio.

Igualmente, fueron incorporadas copias de los extractos bancarios de 2009 a 2016 de la cuenta de ahorros No. 345-128042-94 de la cual es titular el demandante (folios 4 a 66), mismos que resultan inocuos en el asunto a efectos de que se desvanezca la subordinación que se predica de la actividad que realizó para la demandada, en tanto ni siquiera puede determinarse con certeza quién realiza los depósitos a dicha cuenta y porqué conceptos.

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

También se observan algunas impresiones de correos electrónicos (folios 67 a 79), empero, por la forma en que fueron imprimidos se desconoce la dirección electrónica de la cual se extrajo la información o, incluso, unos cuantos, del remitente (folios 77, 78), adicionalmente, no es posible leer, en todos, el contenido completo como ocurre con los que militan a folios 67, 68, 69, 77 y 79; los de folios 71, 74 y 75 fueron enviados en 2011 y 2012 esto es, por fuera de los extremos que refirió el juez existió la relación laboral -que en esta instancia no son motivo de discusión-.

En esas circunstancias, solo pueden ser valorados los mensajes que reposan a folios 72, 73 y 76. En los dos primeros, remitidos el 19 de agosto de 2016 desde el correo electrónico sesamokids@yahoo.com a varias personas, entre ellas el demandante, se dan agradecimientos al “*equipo Sesamo*” por el trabajo realizado en la semana, se recomienda el cargue a la plataforma de los nombres de los estudiantes y se adjunta el cronograma de los meses de agosto de septiembre.

El último, se envió con el asunto “*Reunión Inicio Escolar padres de familia*” enviado desde el e-mail teremar2002@hotmail.com, quien suscribe como Coordinadora de Talleristas, el 20 de agosto de 2013, y estaba dirigido, entre otros al accionante, con el siguiente texto (folio 76):

*“Buenas tardes a todos:
Escribo éste mensaje con el fin de avisarle a todos los talleristas **que mañana miércoles 21 de Agosto la entrada al colegio será a las 6:30 a.m.**
Los esperamos puntuales (...)”*

Ninguno de los anteriores legajos, en criterio de esta Corporación, dan cuenta de la autonomía e independencia del actor en la labor contratada por la encartada, por el contrario, se verifica la entrega de tareas y la imposición de órdenes.

Tampoco resultan suficientes para derruir la presunción que recae sobre el vínculo que ató a las partes, los cronogramas de actividades que se encuentran a folios 80 a 83, pues están dirigidos a “*todo el personal*” y no específicamente al demandante y, en todo caso, allí se imponía a los talleristas, que era la actividad desarrollada por el señor GARCÍA TORRES en virtud de los contratos suscritos entre ellas, la entrega de la planeación de actividades, de informes, entre otros, y se asignaban las siguientes obligaciones (folio 81):

“(…)

- *Todo el personal de Sésamo deberá tener disposición los dos días anteriores a LA CLAUSURA para quedarse en el colegio hasta tarde. Y con un mes de anterioridad se conformarán grupos para trabajar los jueves y viernes en la finalización de la escenografía.*
- *El día de la CLAUSURA se deberá disponer de tiempo el viernes 6 hasta tarde y el sábado se debe llegar al trabajo a las 7 de la mañana hasta las 2:30 de la tarde.*
- *El día de la CLAUSURA se deberá venir completamente de negro y baletas negras (no botas, ni gorros, ni bufandas, ni esqueletos, ni ombligueras, ni escotes, etc…)*

“(…)

- *El último día de trabajo será el viernes 13 de junio y la jornada terminará para el personal a las 4:30 p.m. sin excepción.*
- *TODO el personal reanuda labores el día 1 de Agosto a las 7:00 a.m. PUNTUALES.*
- *El día de informes todo el personal deberá llegar a las 6:45 am PUNTUALES.*
- *Las profesoras deberán reunirse sin excepción a las 7:30 a.m. con sus respectivas auxiliares durante 10 minutos y luego estar en la oficina de Alexandra a las 7:40 am no debe ser necesario llamarlas esto también es para talleristas.*
- *Es de manera obligatoria que el motivo de ausencia de los niños sea anotada en el cuaderno asignado para esto. NO HAY EXCUSA.”*

Lo anterior, en lugar de demostrar autogestión, denota el deber de los colaboradores, entre ellos los talleristas, de someterse a los reglamentos y tiempos de la institución y el ejercicio del poder subordinante que ejercía demandada como contratante.

Del mismo modo, como pruebas documentales se allegaron copias de los certificados de aportes al sistema de protección social efectuados por JOSE JULIAN GARCIA TORRES como cotizante independiente (folios 159 a 167) y de comprobantes internos de contabilidad – Jardín Sésamo Kids S.A.S (folios 168 a 189) que dan cuenta de los pagos realizados por esa sociedad al demandante entre agosto de 2015 y octubre de 2016. Estos instrumentos en manera alguna permiten entender, como lo aspira la apelante, que la labor realizada por GARCIA TORRES no era subordinada, en tanto solo dan cuenta del cumplimiento de algunas de las obligaciones recíprocas adquiridas en virtud del vínculo que formalmente suscribieron.

Tampoco deviene desvanecido el elemento constitutivo de contrato de trabajo con los testimonios de BÁRBARA ALEXANDRA FELSMANN HOLLMAN³ y GLADYS BOBADILLA OSORIO⁴. Ello en razón a que, de una parte, la declaración de esta última fue respecto de un interregno que quedó excluido de la relación laboral - sobre el cual no se presentó reparo alguno en la alzada-, además de no constarle directamente las circunstancias en que se desarrolló el vínculo entre las partes pues en realidad, solo fungió como contadora de la señora MARCELA VIDALES como persona natural y sirvió como apoyo contable al jardín mientras era un establecimiento de comercio, esto es, antes de que se convirtiera en una sociedad comercial; y de otra, la primera antes refirió a elementos que fortalecen la presencia de subordinación en la relación que sostuvieron las partes, por cuanto indicó que fue la Directora del Jardín Sesamo Kids y jefe directa del demandante entre 2009 y julio de 2015, y en esa calidad, le impartía órdenes al demandante, le otorgaba permisos cuando los requería porque las actividades del jardín era en horario fijo y JULIAN GARCIA trabajaba de lunes a jueves en la mañana y todos los martes en la tarde, recibía los informes que este elaboraba. Incluso, refirió sobre actividades que eran de obligatorio cumplimiento por parte del actor como la asistencia a los eventos programados por el jardín -clausura, Halloween, navidad, entre otros- y la participación en los montajes de las escenografías. También refirió que no era posible agendar las clases de acuerdo a la disponibilidad del actor porque el horario del jardín estaba establecido, por el contrario, él tenía que ajustar sus compromisos a los tiempos de la institución, por lo que al único acuerdo que llegaron fue respecto de los viernes, en los que el demandante no asistía.

Sobre este medio de prueba, y particularmente respecto al testimonio de la señora FELSMANN HOLLMAN, aunque la encartada solicitó su exclusión del elenco probatorio, lo cierto es que para la Sala el mismo goza de credibilidad, pues si bien se acreditó que la deponente tuvo conflictos jurídicos con la representante legal de la sociedad convocada a juicio, esa sola circunstancia no conlleva implícitamente su imparcialidad, a lo que se suma que su declaración se mostró espontánea, dando cuenta únicamente de los hechos que le constaron directamente.

³ Audiencia del 10 de febrero de 2021, récord 1:36:49, CD folio 223, acta folios 224 a 228.

⁴ Audiencia del 10 de febrero de 2021, récord 2:38:51, CD folio 223, acta folios 224 a 228.

Y finalmente, no se advierte del interrogatorio de parte que absolvió el actor⁵, confesión alguna de la que se infiera independencia, autonomía y autogestión en el cumplimiento de las obligaciones como tallerista del Jardín Sésamo Kids, precisándose, aunque reconoció que prestaba sus servicios como profesor de Karate en el Colegio Campo Alegre y daba clases en un dojo de su propiedad, esto no conlleva necesariamente a desvirtuar la verdadera relación que unió a los contendientes en el presente juicio, por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente posible la coexistencia de contratos (art. 26 del C.S.T).

Con todo entonces, como quiera que no se aportó ningún elemento de prueba tendiente a desvirtuar la subordinación, es claro que el verdadero vínculo jurídico contradice lo que informan los contratos de prestación de servicios formalmente suscritos entre las partes, los cuales por sí mismos no tienen la entidad suficiente para opacar la realidad de lo vivido entre las mismas, de allí que no pueda colegirse cosa distinta a que entre el actor y la llamada a juicio existió una verdadera relación de trabajo, y bajo ese entendido, habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en este aspecto, precisándose, la Sala se abstiene de analizar lo atinente a los extremos laborales por no haber sido tal asunto objeto de apelación.

Evacuado lo anterior, y en lo que incumbe a los salarios percibidos por el trabajador para las anualidades 2013 a 2016, se encuentra lo siguiente:

Para el año 2013, la demandada certificó que el promedio devengado por JOSE JULIAN GARCÍA TORRES correspondía a \$2.300.000 (folio 2) debiendo atenderse dicha afirmación como un hecho cierto a tono con el criterio que sobre esa clase de documentos ha dejado sentada la jurisprudencia laboral, suma que es incluso superior a la tomada por el *a quo* -\$2.012.437,50- y que impide por tanto que se modifique dicho monto por ser más gravoso para el apelante único.

Ahora, con relación al salario del año 2014, aunque como se anotó al inicio, al expediente se aportaron los extractos de la cuenta de ahorros de BANCOLOMBIA, de la cual es titular el demandante (folios 4 a 66), lo cierto es que no es posible determinar que los depósitos o consignaciones recibidas bajo la denominación “pagos interbancarios” fueron efectuados por la sociedad llamada a la litis y el concepto al que correspondían, pues se desconoce su origen; además, ninguno

⁵ Audiencia del 10 de febrero de 2021, récord 55:45, CD folio 223, acta folios 224 a 228.

de los comprobantes de contabilidad traídos por la demandada (folios 168 a 189) corresponde al 2014, no encontrándose dentro del expediente medio de persuasión alguno del que se pueda establecer el valor de la retribución cancelada al trabajador, y dicha deficiencia probatoria impone que deba entenderse que el salario de esa anualidad correspondía al mínimo legal mensual vigente -\$616.000- y no a \$2.012.437,50 como lo concluyó el juez de primer grado.

Con relación al año 2015, los comprobantes de contabilidad que militan a folios 179 a 188 dan cuenta que el valor pagado al demandante no era fijo, sino variable, y superaba los dos millones de pesos al mes; sin embargo, no reposa el pago realizado todos los meses, sino solo aquellos efectuados a partir de agosto de ese año. No obstante, para esa anualidad la demandada certificó que el ingreso promedio mensual del demandante era de \$2.860.000 (folio 3), cifra superior a la obtenida por el *a quo* -\$2.012.437,50-, y en ese entendido no se modificará.

Por último, en lo que toca al 2016, solo hay elementos que dan cuenta de lo percibido por el actor entre marzo y septiembre, no así en enero y febrero, por lo que atendiendo que no hay certeza de que su remuneración fuera fija, sino que por el contrario las pruebas dan cuenta que su retribución era variable, se tomarán para estos dos últimos meses el salario mínimo legal de ese año -\$689.500- a efectos de obtener el promedio de ese año. Así, con las precisiones anotadas y según los desprendibles de pago incorporados a los autos (folios 168 a 178), se obtiene un promedio salarial mensual de \$1.740.489⁶ para tal anualidad. Por ser dicha suma inferior a la calculada por el juzgador de primer grado, se ajustará la misma.

Atendiendo los cambios introducidos a los salarios, en los términos considerados, habrá de efectuarse nuevamente el cálculo de las acreencias cuyo pago se dispuso en la sentencia apelada, así:

sept	\$ 2.882.027
agos	\$ 2.325.636
jun	\$ 571.500
may	\$ 2.757.000
abri	\$ 2.592.000
mar	\$ 1.416.750
feb	\$ 689.500
ene	\$ 689.500
⁶ PROM	\$ 1.740.489

- Auxilio de cesantías **2013 a 2016:** \$4.857.766⁷
- Intereses a las cesantías **2016:** \$114.887⁸
- Vacaciones **2014:** \$308.000 y **2016:** \$645.431⁹
- Prima de servicios **2016:** \$1.290.863¹⁰

Del mismo modo, se aclarará que para efectos de los pagos a seguridad social ordenados, deberá tenerse en cuenta el salario aquí acreditado.

En lo que corresponde a la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia que dicha sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador¹¹, examinando la

Año	Salario Base	Días laborados	Cesantías
2013	\$ 2.012.438	155	\$ 866.466
2014	\$ 688.000	360	\$ 688.000
2015	\$ 2.012.438	360	\$ 2.012.438
2016	\$ 1.740.489	267	\$ 1.290.863
TOTAL			\$ 4.857.766

Año	Salario	Días laborados	Intereses a las Cesantías
2013	\$ 2.012.438	155	PRESCRITO
2014	\$ 616.000	360	PRESCRITO
2015	\$ 2.012.438	360	NO CAMBIA
2016	\$ 1.740.489	267	\$ 114.887

Año	Salario	Días laborados	Vacaciones
2013	\$ 2.012.438	155	PRESCRITO
2014	\$ 616.000	360	\$ 308.000
2015	\$ 2.012.438	360	NO CAMBIA
2016	\$ 1.740.489	267	\$ 645.431

Año	Salario	Días laborados	Prima de servicios
2013	\$ 2.012.438	155	PRESCRITO
2014	\$ 616.000	360	PRESCRITO
2015	\$ 2.012.438	360	NO CAMBIA
2016	\$ 1.740.489	267	\$ 1.290.863

¹¹ "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

situación específica del mismo en cada caso, para determinar los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea.

En el presente asunto, advierte la Sala, el argumento de defensa de la traída a juicio durante todo el proceso fue la afirmación de que lo que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios, lo cual fundamentó la recurrente en la alzada, en las pruebas documentales obrantes en el proceso, afirmando que la demandada, durante la vigencia del vínculo actuó bajo el pleno convencimiento de encontrarse en el desarrollo de un contrato de prestación de servicios y no de uno laboral, pues durante dicho interregno nunca hubo reparos por parte del demandante sobre el tipo de contratación o el pago de prestaciones sociales, siendo siempre partidaria de que lo devengado por el actor no correspondía estrictamente al concepto de salario, situación que, en su momento consideró, la exoneraba del pago de prestaciones sociales derivadas de un contrato de trabajo.

Al respecto estima la Sala, no es desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar prestaciones sociales, pues como se dejó evidenciado, tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, no compartidos por esta Corporación a la luz de las leyes del trabajo, aspecto que apenas se vino a dilucidar a través del presente litigio, pero atendibles por cuanto ubican a la encartada en el terreno de la buena fe, dado que las razones expuestas, se itera, aunque no compartidas, sí justifican la omisión del pago de prestaciones sociales

En esas circunstancias, habrá de revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia en tanto condenó a la encartada a pagar la sanción moratoria a favor del actor, para en su lugar, absolverla de la misma. En su lugar, se dispondrá el pago debidamente indexado de las condenas impuestas a cargo de la pasiva, en tanto la indexación no implica el incremento del valor de los créditos laborales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo, y su imposición procede de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, pues lo que se busca garantizar es el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.

Así lo adocrinó recientemente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL359 de 2021, reiterada en la SL859 de 2021 -en la que se abordó un asunto de similares contornos fácticos-. En la primera providencia anotada, el órgano de cierre de esta jurisdicción consideró:

“Es cierto que dicho ajuste no hizo parte de las pretensiones de la demanda, pero también lo es que, pese a ello, su imposición oficiosa es perfectamente viable porque la indexación no comporta una condena adicional a la solicitada.

En efecto, la indexación se erige como una garantía constitucional (art. 53 CP), que se materializa en el mantenimiento del poder adquisitivo constante de las pensiones, en relación con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. A su vez, el artículo 1626 del Código Civil preceptúa que «el pago efectivo es la prestación de lo que se debe», esto es, que la deuda debe cancelarse de manera total e íntegra a la luz de lo previsto en el artículo 1646 ibídem. De ahí que, si la AFP no paga oportunamente la prestación causada en favor del afiliado, pensionado o beneficiario, tiene la obligación de indexarla como único conducto para cumplir con los mencionados estándares de totalidad e integralidad del pago. Por tal motivo, es incompleto el pago realizado sin el referido ajuste cuando el transcurso del tiempo devaluó el valor del crédito.

Ahora, la indexación no implica el incremento del valor de los créditos pensionales, ya que su función consiste únicamente en evitar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y la consecuente reducción del patrimonio de quien accede a la administración de justicia, causada por el transcurso del tiempo. Tampoco puede verse como parte de la mesada, puesto que no satisface necesidades sociales del pensionado, y menos como una sanción, ya que lejos de castigar al deudor, garantiza que los créditos pensionales no pierdan su valor real.” (Negrillas de la Sala).

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la modificación del numeral SEGUNDO frente a los valores ordenados por acreencias laborales, la revocatoria del numeral TERCERO para absolver a la demandada de la sanción moratoria y en su lugar imponer el pago de la indexación, y la modificación del numeral CUARTO frente a los salarios base para el pago de los aportes a seguridad social, conforme a lo motivado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los literales a), b), d) y e) del numeral SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, con relación al valor de los conceptos a pagar por la demandada a favor del demandante, así:

- a. Auxilio de Cesantías causadas en vigencia de la relación laboral:
\$4.785.766
- b. Intereses a las cesantías del año 2016: \$ 114.887
- d. Prima de servicios 2016: \$1.290.863
- e. Vacaciones 2014 \$308.000 y 2016: \$645.431

PARÁGRAFO: Los demás valores contenidos en este numeral de la providencia de primer grado no son objeto de modificación, en los términos analizados precedentemente.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en tanto se condenó a la demandada del pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T. y, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada SESAMO KIDS S.A.S a pagar los valores objeto de condena debidamente indexados a la fecha en que se produzca su pago, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

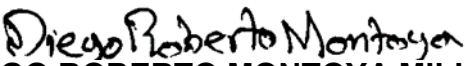
TERCERO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada, únicamente en lo atinente al salario que debe ser tenido en cuenta para el pago de los aportes a seguridad social, así:

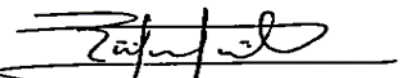
2013	\$ 2.012.438
2014	\$ 616.000
2015	\$ 2.012.438
2016	\$ 1.740.489

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE DANIEL ZULETA CARDONA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, GRUPO ENERGIA BOGOTA S.A. ESP – GEB S.A.S ESP y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 16 2019 00071 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA en su calidad de representante legal de la sociedad ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S, apoderada principal (folio 254 vto).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante (fls. 247 a 250), Colpensiones (fls. 253 y 254), Grupo de Energía de Bogotá S.A. ESP (fls. 268 a 270) y Protección (fl. 273), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, Grupo de Energía

de Bogotá y Colpensiones, como también el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta, de la sentencia proferida por la Juez Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de marzo de 2021 (Cd. fl. 235, record 1:50:25, acta a folios 236 a 239), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que incluya en la historia laboral de Cotizaciones del demandante JORGE DANIEL ZULETA CARDONA identificado con cedula de ciudadanía No: 396.700 las siguientes semanas de cotización:

1. Por el periodo comprendido entre el 06 de enero de 1974 hasta el 29 de mayo del mismo año respecto del empleador CREACIONES ANDINA LTDA
2. Respecto del periodo comprendido entre el 01 de agosto de 1994 a diciembre del mismo año en relación con el empleador ZULETA & COMPAÑÍA LTDA
3. Y en lo que se refiere al periodo comprendido desde el 02 de noviembre de 1985 hasta el 13 de febrero de 1986 en lo que hace referencia a la extinta empresa ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA cuyo Causahabiente actual es el GRUPO ENERGIA BOGOTA S.A E.S.P.

Periodos todos ellos respecto de las tres entidades mencionadas que deberán ser incluidos a título de mora del empleador en las cotizaciones a la seguridad social en pensiones.

SEGUNDO: CONDENAR al GRUPO ENERGIA BOGOTA S.A E.S.P a pagar ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones con fundamento en la liquidación que tal administradora efectuó con base en la presente sentencia y a título de mora en aportes a pensión por los periodos de cotizaciones correspondientes o que corresponden desde el 02 de noviembre de 1985 hasta el 13 de febrero de 1986, teniendo en cuenta como Ingresos Base de Cotización los reportados ante el Instituto de los Seguros Sociales, en lo que hace referencia al año de 1985 en observancia al último salario reportado cuando se efectuó el retiro de 01 de noviembre de 1985 y en lo que se refiere a los salarios de 1986 se tendrá en cuenta el salario reportado cuando se constató el ingreso que efectuó tal empleador a partir del 14 de febrero de 1986, para que conforme a tal liquidación sea efectuado el pago correspondiente ante la mencionada administradora.

TERCERO: ABSOLVER a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A de las pretensiones que fueron incoadas en su contra, principalmente en lo que tiene que ver con la petición de qué se condenara al traslado del Régimen Pensional del demandante.

CUARTO: SE DECLARA probada la excepción de inexistencia de la obligación alegada por Protección S.A., por el resultado de la Litis se abstiene el despacho al pronunciamiento sobre las demás excepciones que impetro y **SE DECLARAN** no probadas las excepciones que alegaron Colpensiones y Grupo Energía Bogotá S.A. E.S.P.

QUINTO: SE CONDENA en **COSTAS** de la instancia a Colpensiones y al Grupo Energía Bogotá S.A E.S.P y a favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por secretaria, incluyendo el monto de Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a cargo de cada una de las mencionadas demandadas. Y

SE CONDENA en COSTAS a la parte actora y en favor de Protección S.A. incluyendo el monto de \$300.000 M/cte como valor de las agencias en derecho.”

Inconforme con la decisión las partes interpusieron recurso de apelación así:

- GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, indicó que no hay prueba en el expediente que demuestre que el 1° de noviembre de 1985 se retiró al actor del sistema de pensiones y que se realizó una nueva afiliación en 1986, razón por la cual asegura no se puede presumir una desafiliación y por ende asegura no se le puede declarar una mora (Cd fl. 235, record: 1:56:28)¹.
- COLPENSIONES manifestó que para que proceda esa validación de los tiempos en mora, debe probarse con exactitud la relación laboral del demandante con dicho empleador, precisando que en el presente proceso se está condenando a validar unos tiempos que aparecen de creaciones Andinas, sin embargo en la historia laboral aportada pese a que aparece esa afiliación del 16 de enero de 1974 al 29 de mayo de 1974, durante todo el periodo en que estuvo afiliado no se presentó ningún tipo de cotización, por lo que en su sentir no se puede tener en cuenta unos periodos que si bien aparecen en mora, no hay certeza de que efectivamente durante estos periodos el trabajador haya prestado su servicio a dicha empresa.

¹ “Si su señoría me permite manifestar que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir en lo desfavorable al Grupo de Energía de Bogotá y sin perjuicio de los argumentos que expondré en el trámite de la segunda instancia sucintamente me refiero o sustento el recurso en el siguiente hecho: Sabido es que las decisiones judiciales deben tenerse, adoptarse conforme a la prueba legal y oportunamente aportadas al proceso, aquí están partiendo sobre un supuesto y no sobre supuestos, aquí parte del supuesto que el primero de noviembre de 1985 la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá retiro al actor del Seguro Social , no hay ninguna prueba en el expediente que demuestre esto, si bien la parte demandante aportó una nueva filiación al seguro social de fecha de 14 de febrero de 1986, eso ya es diferente, pero digo no hay ninguna prueba del retiro y vuelta a afiliarse puede que haya la afiliación en 1982, está la afiliación en 1986 pero el interregno no hay ninguna desafiliación, entonces si no hay ninguna afiliación, no hay prueba fehaciente de la desafiliación ¿cómo puede afirmar que fue desafiliado? Están presumiendo y están presumiendo algo que paso hace más de treinta años, Porque no hay prueba objetiva.

En cuanto a la certificación es que una cosa son los documentos contables referente a las cotizaciones y otra cosa muy diferente es la obligación legal de todo empleador que cuando se retira el trabajador expedir una certificación de trabajo, es que es una obligación legal, y por eso se expidió la certificación de trabajo y esa certificación de trabajo ¿Dónde está? En la carpeta que contiene los antecedentes administrativos de la persona, no está en contabilidad, pero todas las pruebas de contabilidad inclusive los pagos por salario no están en la carpeta del trabajador, los pagos por salarios están en la contabilidad de la empresa y la empresa no está obligada a entregar documentos que llevan más de diez años de archivo por efectos de la contabilidad, además si la empresa de energía eléctrica de Bogotá desapareció en el año de 1996 cuando se extinguió y se convirtió en tres empresas diferentes y no entrego ningún documento ¿Cómo pueden exigirle hoy al Grupo de Energía de Bogotá entrega de unos documentos que no están a su favor? Lo lógico y lo legal ¿Cuál es? Que si señor el aporte en el tiempo, pero como no hay plena prueba de que no cotizo, no pueden declararle mora, ese es el fundamento de la apelación gracias.”

Respecto del empleador Zuleta & Cia Ltda., señala que solo se presentaron cotizaciones hasta julio de 1994 y si bien aparece en mora desde agosto de 1994 hasta diciembre de 1994 no existe una sola novedad de retiro, novedad que no puede ser atribuible a Colpensiones, toda vez que esta novedad la debe realizar es el empleador quien es el que contribuye de manera primigenia a que la información sea confiable, veraz y de calidad en la historia laboral del afiliado, precisando no hay prueba real de que para el periodo de agosto de 1994 a diciembre de 1994 el señor Jorge Daniel Zuleta hubiese prestado sus servicios a dicho empleador, por lo que tampoco puede imputársele a su representada que tenga en cuenta el y que asuma estos periodos en mora que probablemente no pagaron los empleadores o que muy probablemente el demandante no presento sus servicios, solicitando se revoque la condena impuesta (Cd fl. 235, record: 1:59:24)²

² “Si señor juez siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en atención a lo siguiente:

Se está condenando a Colpensiones a que valide unos periodos en mora que aparecen en la historia laboral del señor Jorge Daniel Zuleta, sin embargo esta omitiendo el despacho que para que proceda esta validación de estos tiempos en mora, debe probarse con exactitud la relación laboral del demandante con dicho empleador, en el presente proceso se nos está condenando a validar unos tiempos que aparecen de creaciones Andinas, sin embargo téngase en cuenta que en la historia laboral aportada al despacho de fecha de 09 de septiembre de 2019, si bien aparece esta afiliación del 16 de enero de 1974 al 29 de mayo de 1974, durante todo el periodo en que estuvo afiliado no se presentó ningún tipo de cotización, ante esto quiero resaltar de que si no se presentaron cotizaciones, no tenemos prueba de la relación laboral ¿Bajo qué sustento le lleva al despacho a de que efectivamente está probada la prestación del servicio del señor Jorge Daniel Zuleta con la empresa Creaciones Andina? En virtud de ello es evidente que no se puede tener en cuenta unos periodos que, si bien aparecen en mora, no se pueden tener en cuenta porque no hay certeza de que efectivamente durante estos periodos el trabajador haya prestado su servicio a dicha empresa.

También se solicita por el despacho que se validen unos periodos que aparecen en mora del empleador Zuleta& Cia Ltda., sin embargo téngase en cuenta que el mismo presento cotizaciones hasta julio de 1994 y si bien aparece en mora desde agosto de 1994 hasta diciembre de 1994 y como el mismo juez lo manifestó no existe una sola novedad de retiro, en ese sentido es de resaltar que si bien no hay esa novedad de retiro esta situación no es atribuible a Colpensiones, toda vez que esta novedad la debe realizar es el empleador quien es el que contribuye de manera primigenia a que la información sea confiable, veraz y de calidad de la historia laboral del afiliado, en este sentido son quienes participan de la relación de empleador-trabajador quienes están en la obligación de registrar una novedad de retiro y en este caso vuelve y aplica la misma situación de Creaciones Andinas, no tenemos prueba real de que para el periodo de agosto de 1994 a diciembre de 1994 el señor Jorge Daniel Zuleta hubiese prestado sus servicios a dicho empleador , en este sentido tampoco puede imputársele a mi representada que tenga en cuenta el y que asuma estos periodos en mora que probablemente no pagaron los empleadores o que muy probablemente el demandante no presento sus servicios, esto teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 273 del 2020 en la que refirió “ *Esta sala de Casación ha establecido que se deben contabilizar las semanas reportadas en mora de un empleador cuando la entidad de seguridad social no ejerce las acciones de cobro, es preciso señalar que para que ello tenga lugar es necesario acreditar que en este lapso existió un contrato de trabajo en otros términos en que aquel está obligado a efectuar cotizaciones porque el trabajador presto servicios durante el mismo*” es evidente que mi representada no debe asumir ningún tipo de acción ni debe proceder a algún tipo de corrección en la historia laboral del señor Jorge Daniel Zuleta, simplemente y llanamente porque el demandante no probó prestar el servicio para dichos empleadores, ni con creaciones andinas, ni con Zuleta & Cia Ltda., en virtud de ellos solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados del tribunal Superior de Bogotá que

- EL DEMANDANTE a través de su apoderada expresó que en relación con CREACIONES ANDINA LTDA. frente a los aportes de septiembre de 1972 al mes de agosto de 1975 dicha empresa ya se encuentra liquidada y no se puede obtener ninguna otra prueba distinta a la que ya existe en el registro de la historia laboral de Colpensiones en relación con la vinculación que hubo con esta entidad, en el periodo señalado, por lo que no se encuentra de acuerdo con lo señalado por el Juez *a quo* en cuanto a que era el actor quien debía aportar la prueba de la relación laboral tanto con esta empresa como con ZULETA & CIA, advirtiendo no es admisible que esas entidades trasladen a sus afiliados pues hay unos periodos que efectivamente no fueron pagados en su momento por parte de estas dos empresas y en esa medida se debe condenar a Colpensiones y a Protección a que se reflejen como cotizados en la historia laboral esos aportes dejados de cobrar de septiembre de 1972 al mes de agosto de 1975 y de agosto de 1991 al mes de agosto de 1994.

Por otro lado, expresa se debe autorizar el traslado al RPM pues las semanas que hacen falta son parte del derecho fundamental del habeas data y son las que no se están teniendo en cuenta por las administradoras de pensiones, advirtiendo el despacho desconoció las 111 semanas cotizadas por el trabajador con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado del 3 de septiembre de 1979 al 30 de octubre de 1981 con lo cual se obtendrían 778 días trabajados. (Cd. fl. 235, record: 2:04:43)³

revoque la condena impuesta a mi representada y absuelva de las pretensiones a la misma, muchas gracias.”

³ “Interpongo recurso contra la totalidad de la providencia, en este punto me refiere a manifestar en relación con la condena que solicitamos contra Colpensiones y Protección frente a los rubros que se dejaron de pagar y que no se reflejan en la historia laboral en relación con creaciones andina Ltda. desde septiembre de 1972 hasta agosto de 1975 es importante anotar señor que esta empresa ya se encuentra liquidada y no se puede obtener ninguna otra prueba distinta a la que ya existe en el registro de la historia laboral de Colpensiones y de la misma protección en relación con la vinculación que hubo con esta entidad, en el periodo señalado, en esa medida estamos en completo desacuerdo con la parte resolutive de esta providencia en donde se manifiesta que era el señor Zuleta quien debía aportar la prueba de la relación laboral con Creaciones Andina Ltda. y con Zuleta & Cia, esto porque finalmente quien tiene el deber de protección y diligencia de todos los datos, de que los datos sean completos, sean veraces y de que reflejen la historia verdadera de cotizaciones del trabajador, esta como lo ha dicho la corte constitucional en reciente jurisprudencia, específicamente voy a mencionar la sentencia de la corte constitucional T-470 del 2019 que prevé o establece que no es admisible que esas entidades trasladen a sus afiliados las consecuencias negativas del deficiente manejo de la información como se puede observar en los expedientes administrativos que fueron allegados al despacho con la contestación de la demanda y con las mismas solicitudes que hicimos anterior a presentar esta demanda a Colpensiones y a Protección de corrección de la Historia Laboral hay unos periodos que efectivamente no fueron pagados en su momento por parte de estas dos empresas y otro de los fundamentos de esto obra a folio 73 del expediente en donde Colpensiones reconoce que efectivamente no hay el pago de estas cotizaciones, pero en ningún momento

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JORGE DANIEL ZULETA CARDONA, las pretensiones relacionadas a folios 83 y 84, las cuales encuentran sustento en los hechos relatados a folios 80 a 82; solicitando se declare que Colpensiones y Protección omitieron adelantar las acciones de cobro pertinentes por los periodos laborados y cotizados por el demandante

desconoce la filiación del trabajador con estas empresas, en esa medida el recurso de apelación es para que se condene a la administradora Colpensiones y a protección a que se refleje como pagados en esa historia laboral estos aportes dejados de cobrar a creaciones andina Ltda. y a Zuleta Compañía Ltda. por los periodos de septiembre de 1972 hasta agosto de 1975 y de agosto de 1991 hasta agosto de 1994 respectivamente.

Para nosotros es importante también aquí hacer énfasis en que este recurso se interpone precisamente en todo lo que es desfavorable al trabajador porque desconoce los derechos mínimos e irrenunciables que establece la carta política en el artículo 53, esto también como soporte del recurso de apelación que estamos incoando.

Otro de los puntos que queremos que se tenga en cuenta al momento de estudiar el recurso de apelación tiene que ver con los periodos que no se han tomado en cuenta para efectos en la condena que solicitamos que se ordene a la AFP protección a autorizar el traslado del Señor Jorge Daniel Zuleta Cardona del RPM al traslado de los recursos de su cuenta individual para Colpensiones y admitir el traslado porque consideramos que las semanas que hacen falta de reflejar en su historia laboral que hacen parte del derecho fundamental del Habeas Data que tienen también el trabajador, no están siendo tenidas en cuenta por las administradoras, ni son tomados en cuenta los documentos que aportamos en la demanda y el mismo expediente administrativo que presentaron las administradoras, en ese sentido advertimos también que en el folio 53 del expediente se puede evidenciar que el despacho desconoció tener en cuenta 111 semanas cotizadas por el trabajador en relación con la empresa de acueducto y alcantarillado por el periodo del 03 de septiembre de 1979 al 30 de octubre de 1981, con lo cual se sumarian 778 días trabajados.

Es importante tener en cuenta que no se tuvo en cuenta para el fallo la certificación que se emitió con relación del bono pensional que desconoce precisamente estos días trabajados con la empresa de acueducto y alcantarillado y en todo caso se estas trasladando una carga al trabajador para que se pruebe, corrija y organice una historia laboral que a todas luces está mal administrada por las entidades, tanto Colpensiones como el fondo privado quienes no han realizado acciones pertinentes que conduzcan a la corrección de la información errónea que se ha plasmado en el fallo.

En ese sentido estamos en desacuerdo por supuesto con el numeral tercero del fallo emitido, El numeral cuarto, el numeral quinto con relación a la declaración de la inexistencia de la obligación y en relación con las costas que se están imponiendo al demandante, esto porque finalmente se puede observar que la historia laboral ha sido mal manejada por la AFP tanto Colpensiones como Protección, se está desconociendo de que en el expediente, se pasó al despacho, hay unos periodos que Colpensiones tiene pendiente por cobrar, lo reconoce a lo largo de las solicitudes que se han hecho por parte del demandante mediante de derechos de petición anteriores a esta demanda y pues finalmente no se puede como ya lo indicamos trasladar esta carga al trabajador, no podemos desconocer derechos fundamentales que están relacionados con la seguridad social con el habeas data, con el debido proceso, con el derecho de petición, con la garantía de una salud y una vida digna y en esa medida el recurso frente a la sentencia se torna necesario.

Importante resaltar que después de más de 40 años de trabajo con distintas empresas solicitar tipos de certificados al trabajador devienen una carga adicional que no está en condición, la cual no debería asumir el, entonces por eso estamos en completo desacuerdo con esta sentencia, gracias su señoría.”

como trabajador dependiente de CREACIONES ANDINAS LTDA de septiembre de 1972 al mes de agosto de 1975 y con ZULETA Y COMPAÑÍA LTDA entre agosto de 1991 a diciembre de 1994, igualmente se declare que la EMPRESA DE ENERGÍA ELECTRICA DE BOGOTÁ hoy GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP omitió efectuar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones de noviembre a diciembre de 1985, enero y 13 días de febrero de 1986, en consecuencia se declare que contaba con más de 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones y se ordene autorizar el traslado al régimen de prima media con prestación definida, derechos *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto si bien se condenó a Colpensiones a incluir en la historia laboral las semanas del 16 de enero al 29 de mayo de mayo de 1974 con Creaciones Andina Ltda., del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1994 con Zuleta y Compañía Ltda. y del 2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986 con la Empresa de Energía Eléctrica de Bogo, se absolvió del traslado de régimen tras considerar que dichas semanas apenas sumaban 56.74 que se imputan al total de las cotizadas por el actor alcanzando apenas 594.25 semanas o 11,8 años de servicios al 1° de abril de 1994 insuficientes para acreditar los requisitos del traslado de régimen anhelado.

Establecido lo anterior, se tiene, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si el demandante es beneficiario del régimen de transición, y si en ocasión de ello hay lugar a ordenar el traslado de régimen pretendido, desde luego verificando las semanas en mora que se aduce en la demanda y en su apelación no fueron tenidas en cuenta por Colpensiones ni por la AFP Protección, como también estudiar si el GRUPO DE ENERGÍA DE BOGOTÁ debe o no cancelar los aportes a los cuales fue condenado.

De tal manera, se debe precisar, en relación con el Régimen de Transición, de conformidad con el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, este no es aplicable cuando las personas beneficiarias del mismo, voluntariamente se acogen al régimen de ahorro individual con solidaridad, y tampoco para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, no obstante, a través de

sentencia C-789 de 2002⁴, se determinó la posibilidad de conservar el régimen de transición referido, para los hombres y mujeres que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 habían acumulado por lo menos 15 años de servicios.

⁴ “Como se desprende de la lectura del inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4°, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4°, ni el inciso 5° se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1° de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4°, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5°.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1°), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1° de 1994),[20] terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión.

En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.

Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.

Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.

Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”

En esta dirección, como quiera que la apoderada de la parte actora insiste en la procedencia del traslado de régimen, procede la Sala a verificar si el actor cumple con las condiciones reseñadas, advirtiendo, conforme la copia del documento de identidad el demandante nació el 9 de abril de 1957 (fl. 48), por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 37 años cumplidos, es decir, que por edad no se sería en principio beneficiario del régimen de transición, siendo en consecuencia procedente para establecer si puede trasladarse de régimen, verificar si cuenta con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, señala el accionante existen errores en la contabilización de las semanas, en tanto ni COLPENSIONES ni la AFP PROTECCIÓN tuvieron en cuenta los siguientes periodos laborados:

- Con el empleador CREACIONES ANDINAS LTDA de septiembre de 1972 al mes de agosto de 1975 (hecho 4 fl. 80).
- Con el empleador ZULETA Y CIA LTDA. de agosto de 1991 a diciembre de 1994 (hecho 5 fl. 80).
- Con la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTÁ noviembre y diciembre de 1985, enero y 13 días de febrero de 1986 (hecho 7 fl. 81).

Frente a este aspecto fue aportada por COLPENSIONES en medio magnético (fl. 186) la HISTORIA LABORAL TRADICIONAL del actor donde se puede evidenciar que con el empleador CREACIONES ANDINA LTDA. existe una novedad de afiliación del **16 de enero de 1974 y una novedad de retiro del 29 de mayo de 1974** con el número de aportante 01002405338 y afiliación 011269130, señalándose en dicho reporte para ese periodo una deuda, por ende para esta Sala de decisión frente a tal lapso es evidente que Colpensiones tenía la obligación de realizar las correspondientes acciones de cobro, pues fue la misma entidad la que advirtió la mora sin adelantar gestión alguna al respecto, por ende resulta acertada la orden de incluir 134 días de aportes o **19 semanas cotizadas**.

Nótese, que las cotizaciones se causaron y el empleador era quien debía realizarlas, sin que el trabajador pueda ver truncado su derecho pensional por el

hecho de la mora en el pago de las mismas, ello por cuanto tal situación en manera alguna puede acarrear consecuencias negativas para el afiliado, debiendo contabilizarse dichas semanas en la sumatoria total, a efecto de corroborar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder al traslado de régimen aquí pretendido.

Lo anterior en tanto, la mora en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, no resta validez a las semanas a contabilizar para efecto de acreditar el cumplimiento del tiempo exigido para efectos del reconocimiento pensional, cuando además de la mora, se presenta también una actitud omisiva de la entidad de seguridad social en adelantar las respectivas gestiones de cobro, como quiera que no podrían atribuirse consecuencias negativas al afiliado ante la omisión de la entidad en tal sentido, e imponerse además, la carga de cobro al mismo, pues es a las entidades y no a los trabajadores a quienes, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 *“Corresponde adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador”*. Al respecto puede consultarse la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia condensada en las sentencias con radicación 34202, 34270 de 2008, así como 31307 y 35477 de 2009 y en sentencia proferida dentro de la radicación No. 43781⁵ del 14 de agosto de 2013 SL-552.

⁵ *“El censor controvierte el cómputo de las semanas realizado por el Tribunal y se centra en los siguientes puntos: i) que en el folio 8 están acreditadas 4,285 semanas que no fueron tenidas en cuenta; ii) que antes de 1994 y dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, se reportaron 86,857 semanas, con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., que tampoco fueron contabilizadas; iii) y que el examen correcto de los listados de periodos cotizados en el régimen subsidiado, determina un total de 411,428 semanas, “(...) pues ha de tenerse en cuenta que las fechas que se repiten son las del recaudo más no hace referencia a los meses cotizados, como en forma errada lo hizo el sentenciador de segunda instancia.”*

Planteada la acusación en los referidos términos, la Sala observa, en primer lugar, que en el documento de folio 11 se encuentra reflejado un periodo de afiliación del actor con el empleador Justo Jaramillo e Hijos Ltda., entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994, que, efectivamente, no se replica en el resumen de periodos pagados del folio 13, y que determinaría un total de 608 días, como lo alega el censor.

Es cierto también que dicho periodo no fue asumido por el Tribunal en su cómputo y debió serlo, pues está incluido dentro de los 20 años anteriores a la fecha en la que el actor cumplió la edad de 60 años, esto es, en el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1986 y el 4 de enero de 2006. Por otra parte, ni el Instituto de Seguros Sociales ni el Tribunal opusieron alguna razón jurídica válida para restarle efectividad a ese ciclo. Y aunque en el documento de folio 11 se registra la anotación de deuda, ello no impide que se tenga en cuenta como tiempo valido de cotización.

Esta Sala de la Corte ha sostenido al respecto que las entidades de seguridad social tienen el deber de perseguir, a través de los mecanismos legales pertinentes, el pago de las cotizaciones de sus afiliados, so

Ello por cuanto, además de la jurisprudencia citada en precedencia, en el evento de no realizar las gestiones de cobro respectivas por parte de la administradora de pensiones a los empleadores morosos, es a dicha entidad a quien corresponde asumir las prestaciones, de ésta manera lo dejó sentado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida dentro de la Radicación No. 35777 del 25 de mayo de 2009 al indicar que, *“Las cotizaciones causadas, consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente”*.

Ahora respecto de los periodos de septiembre de 1972 al 15 de enero de 1974 (día anterior a la fecha de ingreso reportada en la historia laboral) y del 30 de mayo de 1974 (día siguiente a la novedad de retiro reportada en la historia laboral) al mes de agosto de 1975, solicitados por el actor en su demanda como faltantes en su historia laboral con este mismo empleador (Ver hecho segundo fl. 80), resulta que contrario a lo expuesto en la apelación por la apoderada del demandante, Sí era deber del señor ZULETA CARDONA probar siquiera de manera sumaria que hubo una prestación del servicio a favor de esta sociedad en tales periodos que diera lugar a imputar la mora alegada, sin que se le puede achacar algún tipo de culpa a Colpensiones pues la entidad no podía imputar deuda o mora por periodos respecto de los cuales se desconoce la existencia de una relación laboral que diera origen a las cotizaciones, confirmándose en este aspecto la decisión del juez de primer grado.

En lo que tiene que ver con ZULETA Y CIA LTDA., se tiene en la historia laboral ya citada obra una novedad de ingreso solo hasta el 12 de noviembre de 1991 y

pena de que asuman la responsabilidad por el pago de las prestaciones, y que, “(...) para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobrazas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.” Sentencia del 22 de julio de 2008, Rad. 34270, reiterada en la del 21 de marzo de 2012, Rad. 38756. En ese sentido, el Tribunal incurrió en el error de hecho denunciado por la censura, de no dar por demostrado, estándolo, que el actor cotizó como trabajador dependiente 608 días, entre el 1 de diciembre de 1992 y el 8 de agosto de 1994”.

cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994, de esta forma advierte esta Corporación que contrario a lo sostenido tanto por el Juez de primera instancia como por lo apoderada del demandante en su apelación, conforme se consideró en líneas anteriores (*respecto de los aportes faltantes de Creaciones Andina Ltda.*), era deber del accionante acreditar la relación contractual con dicha sociedad desde el mes de agosto y hasta diciembre de 1994 pues como ya se dijo del reporte citado lo único que se puede evidenciar es que el vínculo laboral se dio solo del 12 de noviembre de 1991 al 31 de julio de 1994, por ende la inclusión de los periodos echados de menos por la parte actora frente a este empleador en su libelo y tenidos en cuenta por el *a quo* en su providencia deberá ser revocada, ante la orfandad probatoria relacionada con una real y efectiva prestación del servicio del actor a favor de la ZULETA Y CITA LTDA, que diera origen al pago de aportes en los periodos alegados.

En lo que tiene que ver con la apelación de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA S.A. ESP se tiene que si bien certifica y acepta en la contestación de la demanda que el señor JORGE DANIEL ZULETA CARDONA fue su empleado de manera continua desde el 6 de diciembre de 1982 al 17 de diciembre de 1989 (ver fls. 117 y 118 constancia laboral), revisada la historia laboral aportada por Colpensiones se advierte que dicha sociedad reportó una novedad de retiro para el 1° de noviembre de 1985 y una nueva novedad de ingreso del 14 de febrero de 1986, por ende esta Sala de decisión atendiendo a que ésta demandada acepta tanto en la contestación de la demanda como en la misiva atrás citada una continuidad en el servicio del actor sin ningún tipo de interrupción, es claro que del **2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986** tal empresa no realizó las cotizaciones a pensiones pese a que el demandante prestó los servicios a su favor y en esa medida dicho periodo en efecto falta por contabilizar, el cual corresponde a 102 días o **14 semanas**, no resultando por ende válidos los argumentos de apelación de ésta sociedad pues se encuentra acreditado dentro del plenario que en efecto dejó de cotizar esos 102 días.

Ahora encuentra esta Corporación que el señor JORGE DANIEL ZULETA CARDONA si bien trabajó de manera continua a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, como ya se indicó obran novedades de retiro y de ingreso por parte

de este empleador, por ende y teniendo en cuenta que desde el libelo introductor se pretende el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones (pretensión 3 fl. 84), ha de recordarse que los **periodos en que no hubo afiliación NO** pueden ser asimilados a aquellos en que, si hay afiliación, pero existe mora o pago tardío de los aportes, pues se tratan de situaciones jurídicas diferentes, que por ello conllevan también consecuencias disímiles para el empleador y para la entidad de pensiones.

En los segundos, esto es, en los que se presenta mora patronal, se tiene establecido que es obligación de la administradora tenerlos en cuenta si no ejerció las correspondientes acciones de cobro (artículos 23 y 24 Ley 100 de 1993), pero, en el primero, cuando no hubo afiliación, caso que se presenta en autos, la entidad solamente puede tener en cuenta el tiempo siempre y cuando el empleador traslade el valor del cálculo actuarial a satisfacción, (literal d, párrafo 1º, artículo 33 de la Ley 100 de 1993). Al tema, puede consultarse la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL 14388 del 20 de octubre de 2015, Rad. 43182⁶.

Por tales razones y atendiendo las consecuencias de ley derivadas de la desafiliación del accionante por parte de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ, habrá de modificarse la sentencia de primer grado con relación a la condena impuesta a ésta demandada, para establecer que deberá pagar no los aportes en mora con el interés respectivo sino el **cálculo actuarial** que para el efecto elabore COLPENSIONES, el cual deberá ser recibido a entera

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

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

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

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

satisfacción por esta última, atendiendo que durante el lapso atrás citado del 2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986 NO EXISTIÓ AFILIACIÓN.

Dilucidado lo anterior, procede la Sala a verificar si se cumplen los requisitos para el traslado de régimen solicitado al 1° de abril de 1994, advirtiendo de los periodos alegados en mora por la parte actora solo hay lugar a incluir **19 semanas** del 16 de enero de 1974 y una novedad de retiro del 29 de mayo de 1974 con CREACIONES ANDINA LTDA y **14 semanas** del 2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986 con la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTA, por ende atendiendo los periodos que no se encuentran en discusión y que se reportan tanto en la Historia Laboral de Colpensiones como en la de la AFP Protección (ver fls. 155 vto, 156 y 184) se tienen los siguientes:

- Del 16 de enero de 1974 al 29 de mayo de 1974 con CREACIONES ANDINA LTDA. = 19 semanas.
- Del 3 de septiembre de 1979 al 30 de octubre de 1981 con la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. ESP = 111 semanas.
- Del 2 de agosto de 1982 al 5 de diciembre de 1982 con HIDROESTUDIOS S.A. = 18 semanas.
- Con la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ: del 6 de diciembre de 1982 al 1° de noviembre de 1985 = 151,71 semanas; del 2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986 = 14 semanas y del 14 de febrero de 1986 al 18 de enero de 1990 = 205 semanas.
- Del 21 de diciembre de 1989 al 16 de octubre de 1990 con MANOS DE BOGOTA LTDA. = 38.71 semanas.
- Del 12 de noviembre de 1991 al **1° de abril de 1994** con ZULETA Y CIA LTDA. = 122 semanas.

Conforme a lo anterior el promotor del litigio acreditó **679,42 semanas** de cotización al 1° de abril de 1994, equivalentes a **13 años, 2 meses y 16 días de servicios prestados**, en consecuencia, resulta el incumplimiento de los requisitos para obtener el traslado de régimen, consistente en 15 años de cotización a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, tal y como se señaló por el fallador de primera instancia.

Advirtiéndose solo en gracia de la discusión de aceptarse como válida la vinculación laboral del demandante con ZULETA Y CIA LTDA del 1° de agosto de 1991 al 11 de noviembre de ese año y del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1994, que son los periodos en que no obran cotizaciones, resulta que tampoco acredita los 15 años de servicios, pues de sumarse esos 251 días faltantes, correspondientes a 35 semanas, tan solo alcanzaría 714.42 semanas cotizadas, esto es, 13 años 10 meses y 21 días.

Así las cosas, iterando resulta acertada la conclusión arribada por el fallador de primera instancia, en cuanto a que el señor ZULETA CARDONA no alcanza las semanas para el traslado de régimen, es clara la improcedencia de las pretensiones.

De ésta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación y conforme las motivaciones precedentes, se revocará parcialmente y se modificará la sentencia de primera instancia, en los puntos antes mencionados.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral PRIMERO del fallo de primer grado, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de incluir en la historia

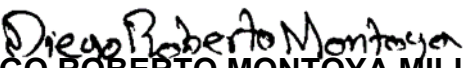
laboral del demandante el periodo comprendido del 1° de agosto al 31 de diciembre de 1994 con el empleador ZULETA Y CIA LTDA.

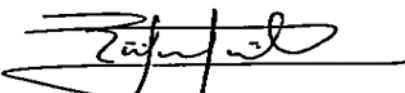
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito, en el sentido de condenar al demandado GRUPO DE ENERGIA DE BOGOTA S.A. ESPS a realizar el pago de los aportes a pensión a favor de JORGE DANIEL ZULETA CARDONA por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 1985 al 13 de febrero de 1986 previo **cálculo actuarial** que para el efecto elabore COLPENSIONES, el cual deberá ser recibido a entera satisfacción por esta última.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juez 16 laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentes.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

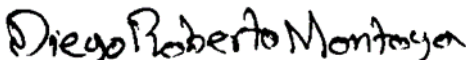
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSWALDO FABIO CASTAÑEDA GOMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y como vinculada CRISTALERIA PELDAR S.A. (RAD. 20 2019 00326 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería adjetiva para actuar a la abogada SHARON CATALINA CASAS BUCAR, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA, como representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. (folio 442).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la parte del demandante y Colpensiones (fls. 439, 440, 443 y 444), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 27 de noviembre del 2020 (Audiencia virtual, record 50:36), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la SOCIEDAD DE CRISTALERÍA PEDRAL S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor OSWALDO FABIO CASTAÑEDA GOMEZ identificado con cedula de ciudadanía No. 1.638.914 conforme a las consideraciones de la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandante a favor de las demandadas tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho la equivalente a medio salarios mínimo legal mensual vigente, que se pagara a prorrata.

TERCERO: De no ser apelada la presente decisión remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad en grado jurisdiccional de CONSULTA, Como quiera que la misma fue totalmente adversa a los intereses del trabajador demandante”

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de la parte demandante recurre la decisión señalando que si bien la mesada pensional que el actor devenga actualmente es superior a la de alto riesgo, no es menos cierto que se debía reconocer intereses de mora al pensionado a partir del momento en el cual radicó la solicitud pensional a la administradora colombiana de pensiones por la actividad de alto riesgo, es decir desde el 21 de febrero del 2018 y contando tres años atrás, esto es, desde el 21 de febrero del año 2015 Colpensiones tendría la obligación de reconocerle y pagar a favor del señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez los intereses de mora teniendo en cuenta que negó injustificadamente el reconocimiento pensional de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no argumentado que ya tenía una mesada pensional superior sino argumentando que el señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez no acreditaba los requisitos para acceder a dicha pretensión.

Expresa se debe tener en cuenta que cristalería Peldar no hizo los aportes adicionales del 6 y 10 por ciento pese a los varios recursos presentados por la parte demandante, pues ya se clarifico que Cristalería Pedral no tenía la carga de realizar esos aportes adicionales pues bien como lo dijo el despacho hasta con el decreto 1281 de 1994 nació a la vida jurídica dicha obligación de realizar los aportes adicionales.

Teniendo en cuenta lo anterior y que el mismo juzgado aduce que el demandante si logró acreditar la exposición constante y permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas específicamente el asbesto, solicita se sirva revocar la sentencia proferida por el Juzgado 20 laboral del Circuito de Bogotá para su lugar condenar en la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por actividad de

alto riesgo y exposición de sustancias comprobadamente cancerígenas en la mesada que actualmente está devengando el afiliado y teniendo en cuenta que no se puede desmejorar la condición que tiene el actor se ordene reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del mes de febrero del año 2015, fecha en la cual ya no cursaba el fenómeno prescriptivo. (Audiencia virtual realizada el 27 de noviembre del 2020, record: 52:26)¹

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

¹ “Muchas gracias su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo respetuosamente recurso de apelación el cual estará sustentado de la siguiente manera: Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, interpongo recurso de apelación contra de la decisión proferida el día de hoy por el juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá en el sentido de absolver a la demandada administradora Colombiana de Pensiones al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo- exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas, si bien se aclara de manera anticipada que se está de acuerdo con las consideraciones emitidas por el fallo en cuanto a que se determina que el señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez si ejerció actividades de alto riesgo y que directamente estuvo expuesto a asbesto con la manipulación directa que tuvo al mismo según lo llevo a colegir las pruebas allegas por la parte demandante y el testimonio directamente dado por el señor Amadeo, no se está de acuerdo que absuelva a la demandada argumentando la prescripción y que la mesada pensional da por debajo a la ya reconocida al demandante, pues si bien traigo a colación los procesos proferidos por el Honorable Tribunal Superior de Distrito judicial de Bogotá Sala Laboral específicamente los proferidos al señor Carlos Alberto Cárdenas Martínez que curso ante el juzgado 35 laboral del circuito de Bogotá situación exactamente similar a la del demandante en la cual el tribunal adujo que no se podía dar igual trato a la prescripción porque es evidente incluso en el presente caso que el señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez adquirió un cáncer producto de la exposición al asbesto que estuvo en la Cristalería Peldar, razón por la cual su expectativa de vida ha disminuido y disminuirá por la exposición a dicho material particulado y material cancerígeno para la salud, en ese sentido en los fallos también dados al señor Luis Severo Salas que curso ante el juzgado 33 laboral del circuito de Bogotá los tribunales fueron contundentes al aducir que si bien al mesada pensional de la pensión de alto riesgo daba por la mesada pensional que el afiliado devengaba actualmente no era menos cierto que se debía reconocer intereses de mora al pensionado a partir del momento en el cual radico la solicitud pensional a la administradora colombiana de pensiones por la actividad de alto riesgo, es decir desde el 21 de febrero del 2018 , tres años atrás, estamos hablando de 21 de febrero del año 2015 Colpensiones tendría la obligación de reconocerle y pagar a favor del señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez los intereses de mora teniendo en cuenta que negó injustificadamente el reconocimiento pensional de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo, no argumentado que ya tenía una mesada pensional superior sino argumentando que el señor Oswaldo Fabio Castañeda Gómez no acreditaba los requisitos para acceder a dicha pretensión.

Igualmente argumento que cristalería Peldar no hizo los aportes adicionales del 6 y 10 por ciento pese a los varios recursos presentados por la parte demandante se esclareció, se clarifico que Cristalería Pedral no tenía la carga de realizar esos aportes adicionales pues bien como lo dijo el despacho hasta con el decreto 1281 de 1994 nacido a la vida jurídica dicha obligación de realizar los aportes adicionales. Teniendo en cuenta lo anterior y teniendo en cuenta que el mismo juzgado aduce que el demandante Oswaldo Fabio Castañeda Gómez si logro acreditar la exposición constante y permanente a sustancias comprobadamente cancerígenas específicamente el asbesto, solicito al Honorable Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral se sirva a revocar la sentencia proferida por el juzgado 20 laboral del circuito de Bogotá para su lugar condenar en la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo y exposición de sustancias comprobadamente cancerígenas en la mesada que actualmente está devengando el afiliado, teniendo en cuenta que no puede desmejorar dicha expectativa o dicha condición laboral que tiene el afiliado, igualmente solicito al Honorable Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral revoque la sentencia en el sentido de condenar a la administradora Colombiana de pensiones a reconocer y pagar los intereses de mora a partir del mes de febrero del año 2015 fecha en la cual ya no estaba o no cursaba el fenómeno prescriptivo, en los anteriores términos dejo sustentado mi apelación, muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

Constituyen los anhelos del demandante en el presente proceso, las pretensiones relacionadas a folio 1, las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos relacionados en el respectivo acápite a folios 2 y 3, solicitando principalmente se declare es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ende le es aplicable el artículo 15 del Decreto 758 de 1990, en consecuencia solicita se condene al pago de la pensión especial de vejez por actividad de alto riesgo (exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas) a partir del cumplimiento de los 40 años de edad, esto es, el 4 de julio de 1982, junto con las mesadas de junio y diciembre, los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas *ultra y extra petita* y costas. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones** pues si bien se indicó que el actor tenía derecho al reconocimiento de la pensión de vejez por alto riesgo por haber estado expuesto a sustancias altamente cancerígenas, en atención a que a través de la inhalación se expuso al asbesto, material particulado que se encontraba en el aire de la planta donde el actor desarrolló sus labores, realizando las operaciones matemáticas se obtuvo una mesada inferior a la que fue reconocida por Colpensiones por pensión de vejez.

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

De este modo se tiene entonces no es objeto de discusión que el demandante se desempeñó en actividades de alto riesgo cuando prestó sus servicios a Cristalería Peldar S.A., pues así fue reconocido por el juez de primera instancia, señalando tal como se anotó que en efecto el señor CASTAÑEDA GOMEZ tenía derecho a la Pensión Especial de Vejez por Alto Riesgo, sin que fuera objeto de reproche por las demandadas, razón por la cual solo ésta en discusión en esta instancia lo atinente al reconocimiento de los intereses moratorios.

En este orden de ideas, y aunque no fue objeto de impugnación debe en este punto la Sala de decisión advertir al señor OSWALDO FABIO CASTAÑEDA

GOMEZ Colpensiones le reconoció una pensión de vejez mediante Resolución No. 004678 del 27 de marzo del 2003, aplicando el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición, a partir del 4 de julio del 2002 en cuantía inicial de \$1.638.914 (ver fl. 55), prestación que posteriormente fue reliquidada por acto administrativo SUB 109284 del 24 de abril del 2018, a partir del 21 de febrero del 2015 en suma de \$2.917.806 (ver fls. 57 a 64).

Así las cosas, atendiendo a que el actor igualmente es beneficiario de la pensión de alto riesgo y dentro de este litigio se definió desde la primera instancia el derecho a partir del 21 de febrero del 2015, se tiene que en efecto, al realizar las operaciones matemáticas correspondientes con apoyo del el grupo liquidador creado para tal fin, las cuales se incorporan al presente proveído, sobre el cálculo que le resultare más favorable al demandante (toda la vida o 10 últimos años), que para el caso se tomará el de los 10 últimos años el cual arroja una mesada pensional para Julio del 2002 (data última cotización) de **\$1.607.916,48²**, incrementando dicha mesada hasta la fecha en que se reconocerían las mesadas pensionales por alto riesgo, esto es, al 21 de febrero del 2015, por efectos de la prescripción, pues como se dijo por el *a quo* desde la exigibilidad del derecho (Julio del 2002 retiro del sistema) hasta su reclamó -21 de febrero del 2018- (fl. 57) transcurrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y 488 del C.S.T, no se generan diferencias a favor del accionante, por cuanto la mesada otorgada al actor por COLPENSIONES al año 2015 por concepto de Pensión de Vejez es de **\$2.917.806** (ver folio 64) mientras que la aquí obtenida por Pensión de

2

Cálculo IBL Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1992	218	9,740	46,58	4,782	\$ 316.493,67	\$ 1.513.580,61	\$ 10.998.685,76
1993	365	12,190	46,58	3,821	\$ 415.450,77	\$ 1.587.505,88	\$ 19.314.654,93
1994	365	14,930	46,58	3,120	\$ 556.577,45	\$ 1.736.462,00	\$ 21.126.954,28
1995	360	18,290	46,58	2,547	\$ 765.916,67	\$ 1.950.595,86	\$ 23.407.150,36
1996	360	21,840	46,58	2,133	\$ 1.086.333,33	\$ 2.316.914,22	\$ 27.802.970,70
1997	360	26,550	46,58	1,754	\$ 988.000,00	\$ 1.733.372,50	\$ 20.800.470,06
1998	360	31,230	46,58	1,492	\$ 1.163.000,00	\$ 1.734.631,44	\$ 20.815.577,33
1999	344	36,420	46,58	1,279	\$ 1.357.000,00	\$ 1.735.559,03	\$ 19.901.076,92
2000	336	39,790	46,58	1,171	\$ 1.483.000,00	\$ 1.736.067,86	\$ 19.443.959,99
2001	336	43,270	46,58	1,076	\$ 1.612.000,00	\$ 1.735.312,23	\$ 19.435.496,93
2002	196	46,580	46,58	1,000	\$ 1.736.000,00	\$ 1.736.000,00	\$ 11.341.866,67
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2002	\$ 214.388.863,90
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.786.573,87
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 1.607.916,48
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2002	\$ 309.000,00

Alto Riesgo para ese mismo año 2015 -resultado del IBL de los 10 últimos años- es de \$2.846.962³ es decir inferior a la cual se encuentra devengado el promotor del litigio.

En suma, efectuado el anterior análisis en concordancia con lo considerado por el Juez de primer grado, es claro que el promotor del litigio sí tiene derecho a la Pensión de Alto Riesgo, no obstante como ya se vio la mesada por Pensión de Vejez que actualmente viene devengado el actor resultó ser superior a la que se solicita dentro de este trámite, por ende ninguna declaración ha de realizarse al respecto.

Ahora, en relación a los intereses moratorios pretendidos, a juicio de la Sala en el caso de autos no es procedente su imposición, en virtud de lo expuesto en la Sentencia SL 787-2013 Radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2013⁴, como

3

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada otorgada
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 1.607.916,00	
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 1.720.309,00	
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 1.831.957,00	
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 1.932.715,00	
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 2.026.452,00	
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 2.117.237,00	
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 2.237.708,00	
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.409.340,00	
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.457.527,00	
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.535.431,00	
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.630.003,00	
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.694.175,00	
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.746.442,00	
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.846.962,00	\$ 2.917.806,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 3.039.701,00	\$ 3.115.341,47
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 3.214.484,00	\$ 3.294.473,60
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 3.345.956,00	\$ 3.429.217,57
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.452.357,00	\$ 3.538.266,69
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.583.547,00	\$ 3.672.720,82
01/01/21	31/12/21	1,60%	\$ 3.640.884,00	\$ 3.731.484,36

⁴ “La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las

quiera que se presentó un debate fáctico jurídico razonable y por lo tanto aunque no era procedente la negativa al reconocimiento pensional, solo hasta que se acudió a la jurisdicción se determinó que le asiste el derecho al accionante para acceder a la prestación por haber sido un trabajador expuesto a sustancias cancerígenas del 5 de noviembre de 1967 al 28 de octubre de 1996 (ver historia ocupacional fls. 78 y 79), para lo cual fue necesario acudir al acervo probatorio recaudado, y en esa medida existían razones atendibles que, aunque no son compartidas por la Sala de decisión, justifican la omisión en el reconocimiento, y en ese orden de ideas sin mayores consideraciones deberán denegarse las peticiones de la alzada, procediéndose a confirmar el fallo de primer grado en su totalidad, por las razones aquí expuestas.

Sin **COSTAS** en esta instancia.

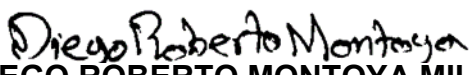
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

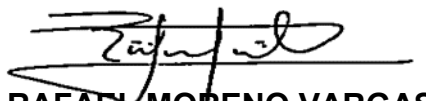
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en primera instancia, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras”.

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JHON HENRY MONTENEGRO OLAYA CONTRA ABC INGENIERIA Y REPRESENTACIONES S.A.S (RAD. 31 2020 00234 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por únicamente por el demandante (folios 6 a 9), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la demandada ABC INGENIERÍA Y REPRESENTACIONES S.A.S., contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de marzo de 2021 (Cd. folio 1, archivo “025. Segunda parte Audiencia”, récord 52:59, acta a folio 2), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre JHON HENRY MONTENEGRO OLAYA en calidad de trabajador y ABC INGENIERÍA Y REPRESENTACIONES S.A.S en calidad de empleador por el periodo comprendido entre el 8 de julio del año 2017 hasta el 4 de octubre del año 2019.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada ABC INGENIERÍA Y REPRESENTACIONES S.A.S a reconocer y pagar al demandante JHON HENRY MONTENEGRO OLAYA la suma de:*

- \$761.475 por concepto de cesantías
- \$69.548 por concepto de intereses a las cesantías.
- \$261.235 por concepto de prima de servicios
- \$380.737 por concepto de vacaciones; y
- La sanción moratoria del artículo 29 de la ley 789 del año 2002 a razón de \$427.100 pesos diarios a partir del 5 de octubre del año 2019 durante los primeros 24 meses y a partir del día 1 del mes 25 los intereses moratorios a la tasa más alta vigente sobre las sumas de dinero adeudadas por concepto

de prestaciones sociales, sanción moratoria que ira hasta el momento en que se realice el pago total de la obligación.

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de **COSTAS** y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones condenatorias incoadas por la parte demandante”

Inconforme con la decisión la demandada la apeló únicamente en cuanto se impuso el pago de la indemnización moratoria, aduciendo, no se probó de manera alguna que haya obrado de mala fe, por el contrario, en su entender, las comisiones pagadas con posterioridad a la finalización de la relación laboral no eran constitutivas de salario por haberse así establecido expresamente en el contrato de trabajo, en el cual se estipuló que las mismas se pagarían mientras el vínculo “se mantenga vigente” y al terminarse el contrato el 4 de octubre de 2019, no había obligación de comisiones las cuales reconoció por mera liberalidad, no porque fuera claro para esta sociedad el deber de hacerlo¹ (Cd. folio 1, archivo “025. Segunda parte Audiencia”, récord 56:31, acta a folio 2).

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

CONSIDERACIONES

¹ “Si señora juez, nosotros queremos apelar la sentencia, procedo a sustentarla, apelamos pues la sentencia en la medida que no estamos de acuerdo en la imposición de una sanción moratoria en contra de ABC ingeniería en la medida en la que no se ha probado de manera alguna mala fe en el no pago de la parte proporcional a lo que se denominó salario por las comisiones pagadas posterior al contrato. No hay mala fe de mi representado en la medida que jamás en su entender dichas comisiones pagadas posterior a la terminación del contrato debían que entenderse como salarios, esto por cuanto y así se hizo referencia en las alegaciones el contrato en su cláusula tercera expresamente prevé que las comisiones se pagaran mientras el contrato de trabajo se mantenga vigente, en esa medida al terminarse el contrato el 04 de octubre del 2019 y también como se acredita en la cláusula tercera del contrato las comisiones causadas en el trimestre inmediatamente anterior debían pagarse en el cuarto trimestre del año 2019 pero mientras se mantuviese vigente el contrato de trabajo, siendo que el contrato de trabajo terminó para mi representado no habría obligación al pago de dichas comisiones, y las realizo de mera liberalidad y en pro pues de reconocer una buena relación con el empleado pero no porque existiese esa obligación para hacerlo, ni fuera claro para mi representado que tenía esa obligación de pago de acreencias laborales o de beneficios laborales asociados pues al pago de esas comisiones que no tenía en su sentir la obligación de pagar, en esta medida no hay mala fe de mi representada en el pago de lo que se le condena a pagar únicamente en este estrado y en esa medida no debería estar condenado a un interés moratorio que nuevamente se repite debería devenir de la prueba de la mala fe, la mala fe no se debería simplemente asumir en este caso por cuanto ya se dijo no hubo por parte de mi representado el entendimiento que debía pagar pues esos valores asociados a las supuestas comisiones que canceló posteriormente a la terminación del contrato, entonces no se entiende por qué no existen derechos fácticos ni norma alguna que indique que la mala fe se presume en este caso en contra del empleador y cuanto hasta ahora en este momento se le está indicando que debe pagar lo asociado a pagar por comisiones que reconoció por mera liberalidad cuando contractualmente no debía hacerlo posterior a terminación del contrato, con esto termino la sustentación de la apelación, muchas gracias.”

Constituyeron los anhelos del demandante en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite de la demanda (pág. 59, archivo 002. Demanda.pdf, archivo digital, cd folio 1) las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en el libelo (págs. 56 a 59, archivo 002. Demanda.pdf, archivo digital, cd folio 1), aspirando principalmente se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con plazo inicial del 8 de junio al 30 de diciembre de 2017 el cual se prorrogó sucesivamente por tres periodos iguales y luego por un año, el cual finiquitó antes de finalizarse el término pactado de manera unilateral por parte del empleador. Pidió igualmente se declare que su último salario promedio fue de \$14.000.000 mensuales. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar a su favor la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., la sanción moratoria de que trata el artículo 65 ejusdem, las “comisiones por ventas” causadas en el cuarto trimestre de 2019, así como las causadas por las órdenes de compra Nos. 1817664 y 1813583 de acuerdo a la liquidación de comisiones descritas en los anexos del contrato de trabajo, los pagos al sistema de seguridad social en pensiones con el salario promedio y las costas, todo debidamente indexado, autorizando a efectuar el descuento correspondiente por pagos parciales. En subsidio solicitó se condene a la llamada a juicio a pagar la indemnización del contrato “con el mayor valor de salario promedio mensual reconocido o probado en el proceso”. **Obteniendo sentencia de primera instancia parcialmente favorable a sus aspiraciones**, por cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo con la demandada entre el 8 de junio de 2017 y el 4 de octubre de 2019 y se condenó a esta última a pagar al demandante la diferencia adeudada por cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, así como la sanción moratoria; absolviéndola de la indemnización por despido sin justa causa y el pago de comisiones. Lo anterior, tras considerar que no existía duda que entre las partes existió un vínculo laboral, siendo este a término fijo por expreso acuerdo de las partes en ese sentido, anotando, la remuneración del trabajador estaba comprendida por comisiones las cuales se causaban por facturación y recaudo, por lo que la empleadora estaba obligada a efectuar el pago de las causadas en vigencia de la relación laboral, aun después de terminado el contrato, como así lo hizo, sin embargo, echó de menos el ajuste de la liquidación final de acreencias a favor del actor el cual, dijo, debió realizarse como consecuencia del pago de las comisiones, por lo que efectuó el cálculo de los conceptos adeudados y sobre ellos condenó.

Con relación a la indemnización moratoria, consideró que la demandada no había expuesto argumentos atendibles que justificaran su actuar en el pago deficitario de la liquidación.

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

Bajo tal entendido, no es objeto de discusión en esta instancia que i) entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo del 8 de junio de 2017 al 4 de octubre de 2019; ii) la remuneración del trabajador estaba compuesta por un factor fijo y uno variable correspondiente a las comisiones por facturación y recaudo; iii) la demandada al momento de finalizar el contrato de trabajo no efectuó el pago completo de las prestaciones sociales a las que tenía derecho el trabajador, conclusiones a las que arribó la juez de primer grado que no fueron controvertidas por el recurrente.

Así pues, en lo que corresponde a la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., por falta de pago oportuno de prestaciones sociales, sentado está por la jurisprudencia que dicha sanción moratoria no procede de manera automática, sino que ha de analizarse la buena o mala fe con la que actuó el empleador², examinando la situación específica del mismo en cada caso, para determinar los motivos que tuvo para no pagar o hacerlo de manera extemporánea.

En el presente asunto, advierte la Sala, el argumento de defensa de la traída a juicio durante todo el proceso fue la afirmación de que lo expresamente acordado

² "...Esta Sala de la Corte, desentrañando el sentido de la norma transcrita y buscando evitar injusticias en su aplicación automática, ha dicho en multitud de ocasiones: "El entendimiento del artículo 65 del C. S. del T. conlleva a la luz de la jurisprudencia, la apreciación de los elementos subjetivos de mala fe o buena fe para la aplicación de la norma. La sanción por ella consagrada no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria es una aberración; contraría las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso" (Sent. del 9 de abril de 1.959, G. J. T. XC, p. 423, reproducida, entre muchas otras, en las del 20 de mayo de 1.963 y el 20 de julio de 1.968).

Con respecto a la prueba de los elementos subjetivos aludidos, también como desarrollo jurisprudencial de esta Corporación, se ha dicho que el empleador sólo se libera de la indemnización a que alude la disposición en cita, demostrando que su actitud reticente obedeció a motivos valederos que evidencian sin lugar a dudas su buena fe." (Sentencia de junio 13/91 Extractos de Jurisprudencia Tomo 6, 2o. trimestre 1.991).

en el contrato era que las comisiones a las que tenía derecho el trabajador lo eran por facturación y recaudo y no por venta. Adicionalmente, al considerar que si bien el actor no participó en la gestión para el recaudo de varias facturas *“efectivamente radicadas mientras el contrato de trabajo estuvo vigente, tuvo a bien reconocerle, posterior a la terminación del referido contrato de trabajo, por mera liberalidad, unas comisiones, que si bien no se causaron durante la relación contractual, pues no se recibió el pago correspondiente, respecto de las cuales, y por gestiones ajenas al señor Montenegro, se percibieron los pagos de los respectivos clientes, posterior a la terminación del contrato de trabajo con el demandante”* (pág. 13, archivo “011. 2020—234 Contestación.pdf”, CD folio 1, expediente digital).

En otros términos, en sentir de la demandada, sólo estaba obligada a pagar comisiones en vigencia del contrato de trabajo, por lo que los reconocimientos hechos con posterioridad al finiquito del mismo, solo fueron un acto libre y voluntario de esa sociedad.

Al respecto estima la Sala, es desdeñable la posición de la llamada a juicio al resistirse a pagar las prestaciones sociales en manera completa y oportuna al trabajador, como quiera que sabido era para la encartada que el salario del actor tenía un factor fijo y uno variable, último que dependía de las comisiones que este causara por el cumplimiento de metas de facturación y recaudo, cuyo pago se encontraba sujeto al efectivo cobro. Es decir, el trabajador tenía derecho al pago de la comisión no solo por recibir el pago de los clientes sino por facturar, la cual fluctuaba según el cumplimiento de las metas fijadas a la agencia, y en esa medida, le debían ser pagadas las mismas tan pronto como se acreditara el recaudo, lo cual debía ocurrir aun si esta situación se producía luego de finalizado el vínculo contractual, porque se trataba de valores ya causados por el empleado y que hacían parte de la retribución del servicio del demandante.

Al punto, vale traer a colación el texto de la cláusula tercera del contrato de trabajo, en cuyo tenor literal se pactó (pág.4, archivo “002. Demanda.pdf”, Cd folio 1, expediente digital):

“TERCERO- SALARIO: Por los servicios prestados por EL EMPLEADOR (sic) le pagará un salario básico de Dos millones ochocientos sesenta y dos mil trescientos Pesos Mcte (\$2.862.300) mensuales, más comisiones que serán causadas y calculadas cada trimestre según el nivel de cumplimiento de las metas de facturación y recaudo

fijada por EL EMPLEADOR a la denominada “Agencia Bogotá”, según la siguiente tabla adjunta #1. La comisión será desembolsada a EL TRABAJADOR, una vez los clientes de EL EMPLEADOR paguen las respectivas facturas. Como el desembolso de las comisiones depende del pago de las facturas, EL TRABAJADOR se compromete a hacer seguimiento constante a la emisión de la orden de compra, la radicación aceptación de la factura y el desembolso de su importe dentro del plazo allí indicado. Las comisiones se pagará (sic) mensualmente y se liquidará trimestralmente en cuatro periodos iguales: Enero 01- Marzo 31, Abril 01-Junio 30, Julio 01- Sept. 30, Oct 01-Dic 31, donde la remuneración a recibir durante cada uno de los tres meses de cada periodo equivaldrá al resultado del cumplimiento del periodo trimestral inmediatamente anterior. Las comisiones se pagarán mientas EL EMPLEADO tenga contrato vigente con EL EMPLEADOR. Los pagos de la remuneración adicional se efectuarán en la forma que convengan las partes (...).”

Conforme dicho acuerdo contractual, la liquidación de las comisiones la efectuaba la compañía demandada de manera trimestral, y el pago de ese dinero, ya calculado por la sociedad llamada a juicio, se pagaba mensualmente en el siguiente trimestre.

En ese orden, y en el caso puntual del demandante, se observa del elenco probatorio que en el trimestre anterior a la fecha de terminación del contrato (4 de octubre de 2019), esto es, el comprendido entre el primero de julio y el treinta de septiembre de 2019, le fueron liquidadas las comisiones debidamente causadas en ese interregno (archivo “022.2020-234 Respuesta requerimiento.pdf” CD folio 1), asignándose para el efecto un porcentaje de cumplimiento de metas, las cuales, en los términos de la cláusula del contrato de trabajo transcrita debían ser canceladas en los meses de octubre, noviembre y diciembre siguientes, que resultan ser posteriores al finiquito del vínculo. Así se consignó por la pasiva en el siguiente cuadro:

RELACIÓN DE PAGO DE COMISIONES TRIMESTRAL AÑO 2019						
JOHN HENRY MONTENEGRO						
Trimestre de liquidación	Trimestre del pago	PPTO	Vr. Cobranza	% Alcanzado	Comisión Mensual	Comisión Trimestral
Oct-Nov-Dic/18	Ene-Feb-Mar/19	USD 1,250,000	USD 1,145,550	91.64%	\$ 9,137,700	\$ 27,413,100
Ene-Feb-Mar/19	Abr-May-Jun/19	USD 1,250,000	USD 736,262	58.90%	\$ 7,387,700	\$ 22,163,100
Abr-May-Jun/19	Jul-Ago-Sept/19	USD 1,200,000	USD 1,005,691	83.81%	\$ 9,137,700	\$ 27,413,100
Jul-Ago-Sept/19	Oct-Nov-Dic/19	USD 1,200,000	USD 973,792	81.15%	\$ 9,137,700	\$ 27,413,100
TOTALES					\$ 34,800,800	\$ 104,402,400

3

³ Archivo “022.2020-234 Respuesta requerimiento.pdf” CD folio 1

Lo anterior permite inferir que el demandante cumplió, con anterioridad a la terminación de su contrato de trabajo, con las obligaciones de facturación y recaudo que resultan ser las situaciones que dan origen al pago de las comisiones, tan es así, que el valor de \$9.137.700 que fue liquidado como comisión para los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2019 (de acuerdo al recuadro), respectivamente, fue el cancelado por ABC Ingeniería al actor el 31 de octubre de 2019, el 29 de noviembre de 2019 y el 27 de diciembre de 2019, según se advierte del detalle de la transacción realizada en las fechas indicadas (pág. 37, 39 y 41, archivo 002, CD folio 1)⁴, esto es, sin tener en consideración que la relación laboral que ataba a las partes había finiquitado.

Así, aunque la demandada argumentó que dichas sumas de dinero le fueron canceladas por mera liberalidad al actor, lo que denotan los medios de convicción acopiados en el expediente es que tales cifras se giraron en cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas, en otros términos, contrario a lo aducido por la pasiva, estos rubros no correspondieron propiamente a un acto libre y voluntario del empleador pues sabido era para este que el pago de comisiones ya causadas en vigencia del contrato se efectuaba en el trimestre siguiente a su liquidación, como en efecto lo hizo.

Adicionalmente, pese a que en el contrato de trabajo se estableció que las comisiones sólo serían canceladas en vigencia del mismo, permitir dicha situación sería tanto como desconocer los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Siendo palmario el deber de la sociedad convocada a la litis en su calidad de empleadora, respecto de la retribución que debía ser pagada al trabajador y el carácter salarial que tenían las comisiones pactadas, diáfano resultaba entonces que los rubros cancelados al demandante, luego de finalizada su vinculación laboral, debían ser tenidos en cuenta a efectos de recalcular el valor de las prestaciones sociales a las que tenía derecho.

⁴ Comunicadas al demandante mediante oficios del 31 de octubre de 2019 (pág. 36, ibídem), 29 de noviembre de 2019 (pág. 38) y 27 de diciembre de 2019 (pág. 40, ibídem.), en las que ABC INGENIERÍA le informa que en esas fechas le fue abonado a su cuenta bancaria el saldo pendiente con la compañía por sus comisiones hasta la fecha de su retiro, adjuntando a cada una el detalle de la transacción realizada en las fechas indicadas, por valor de \$9.137.700

Para ilustrar este punto también vale acudir a lo referido por la testigo PAULA ANDREA AGUDELO VALENCIA⁵ empleada de la compañía llamada a juicio desde 2009, quien sobre las comisiones indicó que estas se ponderan según la tabla que tienen y lo liquidan hasta lo que la empresa ha recaudado en vigencia del contrato, pero como las facturas también generan comisión y estas pueden ser canceladas 30, 60 o 90 días después, es posible que la comisión se cancele con posterioridad. Citó como ejemplo su periodo de licencia de maternidad en el cual no estaba realizando actividades por las que pudiera recibir su comisión, pero en el cual recibió las causadas en periodos anteriores.

En ese orden, como se dejó evidenciado, la convocada a juicio no tenía en su haber argumentos de orden fáctico y jurídico respetables, de cierta probidad, que ubican a la encartada en el terreno de la mala fe, dado que las razones expuestas, se itera, no justifican la omisión del pago completo de prestaciones sociales.

En esas circunstancias, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia en tanto condenó a la encartada a pagar la sanción moratoria a favor del actor.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue es la confirmación de la providencia apelada, conforme a lo motivado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

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

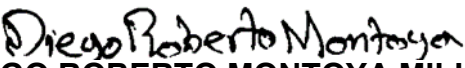
R E S U E L V E

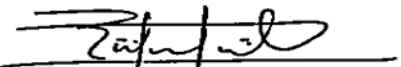
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

⁵ Cd folio 1, archivo 020. Audiencia, 28 de enero de 2021, récord 1:04:28, expediente digital.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

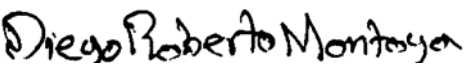

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$1.000.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE WILSON RIVERA ALZATE CONTRA BRINKS DE COLOMBIA S.A. (RAD. 31 2020 00304 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por ambas partes (fls. 7 a 14), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de febrero del 2021 (Audiencia virtual, récord 37:09, acta archivo 22 expediente virtual), en la que se resolvió:

*“**ABSOLVER** de la totalidad de las pretensiones tanto principales como subsidiarias interpuestas por el demandante JOSE WILSON RIVERA ALZATE a la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A como quiera que el despido del demandante JOSE WILSON RIVERA ALZATE fue con justa causa y cumpliendo el procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo.*

***CONDENAR** al pago de **COSTAS** y agencias en derecho al demandante en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.*

*Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adversa a los intereses del demandante se concede el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en el evento que la sentencia no sea apelada.”*

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación manifestando su oposición a la tesis sostenida por el Despacho por un error en la interpretación de la demanda y de lo informado por el actor en los

descargos y en el interrogatorio de parte, por cuanto se aseguró que en todo momento el demandante siempre supo que habían solo 16 tulas al momento del descargue, lo cual en su sentir no es acertado ya que el actor se entera de eso tiempo después cuando al interior de la empresa sale la noticia e inicia la investigación disciplinaria, reiterando nunca antes se había enterado de ese hecho y mucho menos lo aceptó como mal lo interpreta la Juez.

Precisa que no se discute ni se desconoce que el demandante tuviera funciones de descargue, si no que él no era el responsable de las tulas de valores pues ello era función del JT (Jefe de Tripulación), quien es el único que puede manipular el cofre porque el conductor jamás tiene acceso a él, advirtiendo la tula extraviada que dio lugar a este proceso se quedó fue en el cofre a donde no podía ingresar el accionante. Aduce que en realidad se entregaron 17 tulas -16 de remesas y 1 de papeles- y que el demandante si realizó la revisión visual al camión, pero no vio nada.

Plantea el desconocimiento de los protocolos y normas internas respecto del descargue, pues manifiesta que no hay un solo documentos que indique que la BRINKS tiene un protocolo para el citado descargue, ni uno que diga que el conductor tiene que contar en voz alta junto con el JT las tulas, lo cual en su sentir no se puede extraer de la testimonial recaudada pues dichas personas no participaron de manera directa en los hechos, reiterando no se demostró cual es el protocolo para el descargue en aras de determinar si el demandante se equivocó a la hora de hacer el mimo.

Por otro lado, y en punto a la violación al debido proceso señala que en Brinks el despido es una sanción disciplinaria por ende se debe dar cumplimiento a las etapas establecidas en los artículos 74 a 76 del reglamento interno de trabajo que en el presente asunto no se efectuaron, porque no se respetó la prueba que pidió el demandante y no se le permitió que estuviera acompañado por dos personas, aunado a que los tiempos se superaron, esto es, los 20 días calendario que establecen dichas normas, situaciones que no merecieron un pronunciamiento en primera instancia, indica que el debido proceso y el derecho de defensa se materializa a través del cumplimiento de unas reglas mínimas y una de ellas es que en la decisión le tienen que indicar al trabajador cuales son los recursos que proceden y si no le informaron ello pues no podía interponerlos, considerando con ello no se respetó el debido proceso, por lo que al determinarse que el despido fue

sin justa causa deberá accederse a lo pedido activándose con ello la protección del fuero circunstancial, indicando hay una serie de afirmaciones que se quedaron son ningún tipo de prueba en el proceso y que se quedaron en eso, en meras afirmaciones, peticionando la revocatoria de la decisión y acceder a lo pedido. (Audiencia virtual, record: 1:13:20)¹

¹ “Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir el despacho, lo sustento de la siguiente manera:

En primer lugar, considero de que hay un error en la interpretación del escrito de la demanda y de lo que informo tanto en los descargos, como lo que informo en la diligencia de interrogatorio de parte ¿En qué consiste el error? El error consiste en que los dichos del actor y lo que se dijo en la demanda se entendió como si él siempre hubiera sabido que solamente había 16 tulas al momento del descargue y está absolutamente claro de que él se entera de que solo se había descargado 16 tulas de remesas tiempo después cuando digámoslo así al interior de la empresa, salió la noticia y se inicia el tramite pidiéndole las explicaciones, el despacho entendió de que él siempre estuvo enterado, es decir desde el acto mismo el día que ocurrieron los hechos el 27 de abril el sabía de que descargo 16 tulas y que no dijo nada y eso es un error y por eso el despacho entendió de que lo se dijo en el hecho cuarto de la demanda era una confesión porque desde ahí él dijo que se había enterado que eran 16 tulas y entonces desde ahí el despacho obviamente ya con esa dirección analiza el interrogatorio de parte, entonces a partir de la pregunta ocho empieza a extraer lo que según el despacho materializaba una confesión, Ojo el despacho entendió que según lo que dijo él siempre estuvo enterado de que habían descargado 16 tulas de remesas, y ese es el error es que en la demanda se dijo que eso fue lo que surgió después de que a él lo llamaron a descargos, él lo llaman a dar explicaciones y se entera de que solamente había descargado 16 tulas de remesas, antes nunca se enteró de ese hecho y no hay prueba de ello y vuelvo y repito aquí es donde entonces parte la confesión de que encontró tanto en el escrito de la demanda, como en el hecho cuarto de las respuestas a partir de la pregunta octava, entonces ese contexto distraído por el despacho fue lo que llevo a concluir una confesión que no existió ¿Por qué no existió? Porque es que nunca el demandante acepto que del día de los hechos el deliberadamente conoció, se enteró de que habían bajado 16 tulas y ojo con eso, que eso quede claro el nunca acepto eso ¿Qué fue lo que él dijo? Que después se enteraron y siempre que hablaba de 16 tulas de remesas fue a raíz de lo que surgió después, que los compañeros la encontraron en el carro, entonces superado ese primer punto que para efectos de la consonancia quiero dejar claro esa materia, de que no existió confesión, de que no es cierto como lo plantea el despacho de que el despacho parte de algo relacionado con haber entendido de que el confeso de que el día de los hechos ya sabía que eran 16 tulas, lo que no es cierto.

Entonces de ahí pasamos a lo que es la carga de la prueba del empleador en este asunto, entonces quiero hacer énfasis en la manera como el empleador razono y concluyo en la carta de despido y entonces la juez también tomo algo que era clarísimo de posibilidad de que lo hiciera el demandante y nosotros nunca hemos discutido de que el demandante tuviera funciones de descargue, nunca lo hemos discutido, nosotros lo que hemos discutido era ¿Quién era el responsable de las tulas de valores? Y quedo absolutamente claro porque lo dijo de manera expresa el representante legal hecho que no mereció ninguna consideración por parte del despacho, el JT es el único que puede meter la mano al cofre, lo dijo de manera categórica, el conductor jamás tiene acceso al cofre y hay algo que olvido el despacho ¿Dónde se quedó la tula extraviada que dio lugar a este proceso? Se quedó en el cofre, entonces a mi poderdante lo resultan despidiendo por no haberse enterado de que porque no haber sido diligente en coger o saber de una tula a la que jamás podía tener acceso porque estaba en el cofre al que solo tenía acceso el JT y ojo que esto es importante señores magistrados, la tula que origino el proceso disciplinario siempre estuvo en un cofre que primero tenía que abrirse por prueba satelital desde Bogotá, Segundo que el demandante no era el que pedía autorización para abrirlo y tercero que el demandante jamás pudo meter su mano a explorar si se había quedado una tula en ese cofre porque no eran sus funciones, entonces que eso quede bastante claro se le termina despidiendo dizque porque no verifico que una tula se había quedado en el carro blindado en un cofre que tenía una puerta llamada la puerta número cinco a la que solo tenía acceso el JT y se le termina despidiendo dizque porque el no verifico que en ese cofre se había quedado una tula , a él no le correspondía señores magistrados, entonces aquí es donde decimos le indilgaron una responsabilidad que era toda del señor JT, Si el señor JT que de acuerdo con la gravedad me imagino que estará asumiendo las consecuencias, pero no el conductor entonces que eso quede absolutamente claro porque es definitivo en esta controversia, todos tanto el despacho como en la respuesta en la demanda como en la carta de despido dicen que el no entrego una tula a la que jamás pudo tener acceso porque esa tula 17 siempre estuvo en el cofre y nosotros jamás estamos diciendo, ni estamos distrayendo, dizque entrego 17 tulas, es que la verdad entrego 17 tulas y el despacho si hizo la aclaración, si es que eran 16 de remesas y una de papeles ¿ y nosotros hemos negado eso? Yo jamás he dicho en los alegatos ni he pretendido distraer al despacho como ella lo hace ver, no señor yo lo que dije era que bastante extraño que el mismo representante

legal haya dicho si si había 17 tulas lo que pasa es que no eran de papeles, entonces aquí entramos a lo que es el sentido común ¿Había 17 tulas? SI, pero una era de papeles ¿Habían 16 de remesas? Sí señor, entonces yo pregunto desde el sentido común ¿Quién participa del error (sic) del extravió? Porque como cuentan fue el proceso del descargue llevando manualmente las tulas y usted las descarga en un sitio y entonces yo me imagino la película y miro las tulas en el suelo y empiezo a contar una, dos, tres, cuatro, cinco ¿Cuántas tulas me tenían que dar? Diecisiete y yo hago la misma pregunta ¿Cómo es posible que la auxiliar de tesorería que fue la que recibió tampoco se enteró de que una de las tulas era de documentos? Esa manera de cómo ocurrieron los hechos tiene que tenerse en cuenta porque se dejó una persona sin empleo y ojo con esto que era la persona que no tenía acceso al cobro de donde se encontró la plata, entonces dice la señora juez de que efectivamente se demostró una omisión ¿Cuál fue la omisión que encontró demostrado el juez que le dio el calificativo de grave? Que dizque el no verifico que no se devolvió a revisar el camión y cuando transcribe y cuando la señora juez lee al responder la pregunta relacionada con lo que tenía que hacer y que cuantas tulas le dieron dice que confeso que él tenía la obligación de hacer la verificación visual y que él dijo de que habían vuelto y que se había asomado pero que no había visto nada, ojo ¿se había asomado Dónde? ¿Al carro? ¿a la puerta que estaba abierta? Y vio el cofre cerrado ¿Cómo podía detectar la tula que estaba adentro de un cofre bajo llave? Era imposible y termina la jueza coliteando el despido que, porque el no verifico, cuando la misma juez dijo en su sentencia que él dijo que si se había devuelto a mirar pero que no vio nada, ósea si hizo la verificación y viene un tercer punto que yo le quiero dejar a la honorable sala laboral ¿Dónde están los protocolos? ¿De dónde saco la señora juez la violación a reglamentos y a protocolos y a normas internas respecto del descargue? ¿Dónde hay un solo documento que diga que la Brinks tiene un protocolo del descargue donde diga primero se hace esto, segundo se hace esto, tercero esto? ¿Dónde está un documento o un medio probatorio valido para demostrar eso que diga que el conductor tiene que contar en voz alta junto con el JT las tulas? No lo hay señores magistrados y no podemos permitir que se deje una persona sin empleo bajo esas hipótesis entonces considero que hay error en el despacho en eso.

Entonces paso a otro punto en el que empezó a argumentar su sentencia la señora juez, hombre pues lógicamente si le da tristeza no litigue, pero a uno si le da tristeza de que estando en el 2021 le sustenten a usted con sentencias que la más reciente que cito el despacho era del año 1991 de enero, por Dios con todo el progresismo que existe hoy en la sala de casación laboral estamos hablando de cuantos años esas sentencia ni siquiera se había expedido la constitución del año 1991 y entonces ojo hoy hay una tesis distinta el juez está calificado para efectos de definir si la gravedad o la calificación que le hizo el empleador se ajusta o no a ley y es proporcional y ojo que esa es la nueva teoría ¿Por qué esto? Porque ya el ministerio de trabajo no hace filtro a los reglamentos, hace mucho rato que dejo de hacerlo, entonces claro fíjese que en la sentencia lo que dicen es que el filtro ya lo hizo el ministerio si el ministerio dejo pasar el reglamento desde una falta calificada como grave, nosotros tenemos que acatarla, claro allá en el año 1991 antes de la constitución, eso cambio, recuérdese que el ministerio ya no hace ese filtro, entonces es un error hoy la postura es distinta, entonces no podemos pensar de como el empleador califica de grave alegremente un trabajador, entonces yo me imagino el empleador que califica como grave la llegada tarde cinco minutos al trabajo y por eso los jueces no pueden meterse dizque a tocar esa falta, no señores estamos en un derecho social donde tiene que verificarse para que nació el derecho social, para liberar una desigualdad social a través de una desigualdad jurídica el trabajador es la parte débil y por eso toda las normas de derecho laboral son tuitivas, protegen al trabajador y así se tiene que interpretar

Entonces pasando a los testimonios que la juez encontró que se debían de aceptar, yo pienso que sí, pero obviamente con las reglas de la sana crítica y fíjese que ninguna de las personas que declaro participio de manera directa de los hechos ninguna y dice la señora Mónica “pues ahí me toco al inicio que fue los descargos o no sé qué” Pero no sabía nada no sabía absolutamente nada, nunca tuvo el descargo ni de conductora, ni de JT, ni de escolta, ni de asesora de taquilla como para hablar acá, entonces tiene que mirarse ese testimonio con inventario, el señor William las mismas circunstancias jamás tuvo esos cargos y solo participo en la fase inicial de resto no sabe más nada y viene don Julián que nos hizo el dibujito y don Julián nos habla de la famosa responsabilidad dual y dice que los protocolos dicen que es una responsabilidad dual y yo pregunto ¿Cuáles protocolos? ¿Dónde están los protocolos? Brillan por su ausencia y era carga del empleador haber demostrado acá cual es el protocolo para descargar, para definir si el señor demandante si se equivocó a la hora de hacer ese descargue, y este señor Julián nos dice que dizque las tulas las entregan entre los dos, No, el representante legal dijo la tula la entrega únicamente el JT porque es el encargado de las tulas, entonces ojo con lo que se definió.

Segundo punto violación al debido proceso y hay algo bien particular, aplaudo porque le cuento que es el primer despacho que acepta que en la Brinks el despido es una sanción disciplinaria y eso ya es un avance bastante grande, pero lógicamente se equivoca en la manera en que conceptualiza esas etapas, las etapas del artículo 74, las etapas del artículo 74, 75, 76 que bien cito y leyó la señora juez, no se cumplieron y porque no se cumplieron porque no se respetó el debate probatorio, la prueba de que pido el demandante le dijeron que era impertinente y en la carta de despido le dicen pero ahí la metimos en el expediente, pero de entrada se la descalificaron, en relación con los testigos sigue la Brinks diciendo, con los testigos para la diligencia de descargos, dizque usted es el que los tiene que llevar y uno dice oiga venga como voy a hacer yo para llevar

unos testigos que están trabajando en la empresa en horario laboral cuando usted me cita, dice no nosotros cumplimos con citarlo en horario laboral, claro ellos también estaban en horario laboral y necesitan los permisos y expresamente en la carta que le expidió dijo por favor haga las diligencias para que ellos puedan comparecer esa carta en esos términos donde la demandante hizo lo que le tocaba pidiendo que le diera permiso tampoco se tuvo en cuenta, entonces no se le permitió que estuviera acompañado por dos personas como lo dice expresamente el reglamento. Los tiempos se superaron habla siempre de veinte días calendario, estos tiempos se superaron lo que tampoco mereció un pronunciamiento, pero lo último es que el debido proceso se materializa a través del cumplimiento estricto de lo que ha establecido como reglas mínimas de ese debido proceso y el derecho de defensa ¿y cuáles son esas reglas mínimas? Que en la decisión le tienen que indicar al trabajador cuales son los recursos que proceden, es que no es que el trabajador no interpuso recursos ¿Cómo los iba a interponer si ni siquiera sabía? Y una de las reglas mínimas del debido proceso es que la decisión tiene que indicar que recursos proceden contra ella y en la carta de despido basta mirarla para concluir de que no se le informaron los recursos que procedían contra la decisión que estableció el empleador de despido, entonces desde ese punto de vista considero que es equivocado el argumento según el cual se respetó el debido proceso por el contrario considero que se vulnero y cuando yo creía que la señora juez estaba interrogando a los testigos por el número de sindicalizados pues yo dije ve va a estudiar el tema relacionado con persecución sindical porque basta mirar la fecha en la cual se afilio al sindicato y la fecha en la cual le iniciaron el procedimiento disciplinario para uno decir hay persecución y yo creí que iba a mirar a ver para la conclusión que le lleva a uno son tan poquitos los sindicalizados en la Brinks en esa sede que el que se sindicalice entra en el radar del empleador para este tipo de acción, entonces yo pensé que iba a decir si hombre eran tan poquitos que ahí se ve un acto de retaliación, no , lo tomó para decir que como es que eran cuatro o cinco pudo haber llamado a cualquiera de los otros, Ojo han dicho las altas cortes, sala de casación laboral, corte constitucional e incluso el comité de libertad sindical de la OIT que es el trabajador el que escoge cuales son los compañeros que quiere que lo asistan en la diligencia de descargos, que exigir o impedir que sea el que él quiera es una violación al ejercicio de libertad sindical y pues prácticamente el despacho está acolitando eso, no es el trabajador el que escoge y la obligación del empleador es permitirlo y si no lo permite la obligación de la justicia es sancionar al empleador que no lo hace, entonces aquí está clarísimo de que no se le permitió. Todas las funciones relacionadas con las tulas son del jefe de tripulación ¿Por qué? Durante la recolección o recogida el conductor lo único que tiene que hacer es ir anotando Ojo el número de tulas que le cante que eso quedó demostrado y lo dijo el representante legal que le cante a viva voz el JT, pero no tiene ningún acceso a las tulas el JT dice dos tulas, el apunta dos tulas, si el JT se equivoca en ese conteo, lógicamente va haber un error en ese documento que elabora el conductor, el único que tiene acceso al cofre es el JT ya lo dijimos, él no tiene la posibilidad de meter las manos a sacar las tulas, solo lo puede hacer el JT, la puerta del cofre permanece cerrada de manera permanente y solo se abre un momentico mientras el JT saca las tulas entonces la pregunta es ¿Qué pasa si el JT dejo una tula dentro del cofre como en este momento? Es imposible que otra persona la vea, es imposible, en esos términos y para evitar por tema de la consonancia el Tribunal pueda verse impedido, termino indicando que contrario a lo que piensa el despacho el empleador no honro la carga de la prueba, demostró el trabajador el despido y el empleador no demostró que se habían cometido esas conductas, no analizo el detalle el despacho de cómo se produjeron los hechos para indicar que el error humano consistió en que el JT no advirtió de que se le había quedado una tula dentro del cofre vuelvo y repito a eso no tenía acceso el demandante y por esas razones creo que al determinarse de que efectivamente el despido fue sin justa causa deberá accederse a lo pedido porque al ser sin justa causa el despido se activa la protección del fuero circunstancial de que estaba protegido por existir conflicto, yo quiero hacer las ultimas aseveraciones con el contenido de la carta, que es lo que debe estudiar el despacho del tribunal para efectos de resolver esto, siempre se menciona en la carta de despido que al terminar la jornada el demandante debió verificar rigurosamente que ninguna tula se quede dentro del cofre como lo dicen las instrucciones y las ordenes que se le han dado y uno dice ¿Dónde está la prueba de que esas instrucciones y esas órdenes? ¿cuáles son esos procesos que la empresa tiene en este aspecto? ¿Cuál es el protocolo de descargue? ¿Cuál es el procedimiento de “manejar cabalmente los valores” que es lo que se dice en la carta de despido? Hay una serie de afirmaciones que se quedaron sin ningún tipo de prueba en el proceso y que se quedan en eso dentro de la carta de despido.

Por ultimo quiero mencionar el tema de la flagrante violación que se anuncia desde la carta de despido llegan y le dicen al trabajador de que como no quiso contestar algunas preguntas en el acta de descargos le dicen que la empresa en concordancia con lo indicado en las citación a descargos debe tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión, violación flagrante cuando es un elemental derecho o principio del derecho de defensa que puede guardar silencio en relación con lo que se le está preguntando, la carta de despido ofrece ciertas contradicciones porque dice que el demandante era el que tenía que entregar las tulas y posteriormente acepta que es el JT, pero después termina diciendo que eran los dos, el representante legal dijo que el único que mete la mano en el cofre para sacar las tulas es el JT y el único que entrega ante la ventanilla es el JT, en esos términos de manera respetuosa le pido al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque la decisión y en su lugar se acceda a lo pedido en el escrito de la demanda y lógicamente las costas deberán correr por cuenta de la demandada, muchas gracias señora juez.”

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSE WILSON RIVERA ALZATE en este proceso, los relacionados en el acápite de pretensiones consignadas en la demanda página 6 (Archivo 1 expediente virtual), los cuales encuentran sustento en los hechos relatados en las páginas 2 a 5 (Archivo 1 expediente virtual), solicitando de manera principal se declare que el vínculo laboral se dio por terminado en forma unilateral, sin justa causa por el empleador y sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario, aunado a que se produjo durante el acaecimiento de un conflicto colectivo de trabajo por lo que no produce efecto alguno, en consecuencia solita se ordene el reintegro al mismo o mejor cargo, en las mismas o mejores condiciones laborales que tenía, con el reconocimiento y pago de las totalidad de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales, demás conceptos laborales, pago de aportes a la seguridad social, indexación de los valores determinados, derechos *ultra y extra petita*, costas procesales y como pretensión subsidiaria solicita se condene al pago de la indemnización por despido en los términos que por ley corresponda. **Obteniendo sentencia desfavorable a sus aspiraciones por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante,** tras considerar que quedó probada la falta endilgada al trabajador la cual constituía una violación de las obligaciones del demandante, establecidas en el contrato de trabajo, siendo justa la causa de despido, advirtiéndolo, el actor en sus descargos reconoció la comisión de la conducta, señaló igualmente que solo en gracia de la discusión de entenderse que el despido es una sanción disciplinaria, el procedimiento para aplicar la sanción se llevó a cabo sin vulneración alguna del debido proceso. Frente al fuero circunstancial adujo que si bien está probado que las partes estaban discutiendo un pliego de peticiones, este fuero solo opera cuando no existe justa causa comprobada, pues si se incurre en esa justa causa la protección no opera independientemente de que haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones y como quiera que las causales que se endilgaron al actor para dar por terminado el contrato realmente si existieron, no se hace acreedor del fuero solicitado.

Pues bien, la Sala abordará el estudio del recurso de apelación, en los puntos concretos objeto de censura, atendiendo el principio de consonancia (artículo 66A

del C.P.T. y de la S.S.), pues recuérdese que es el apelante quien delimita el ámbito sobre el cual ha de recaer la decisión de segunda instancia (tantum devolutum quantum appellatum).

Así las cosas, previo a analizar de fondo los motivos expuestos en la alzada, es menester precisar, no fue motivo de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, con la precisión que el contrato de trabajo fue a término indefinido, inició el 9 de agosto del 2017 y finalizó por decisión unilateral del empleador el 7 de julio del 2020, circunstancias que además de no ser objeto de apelación, se constatan con la copia del contrato, la misiva del despido y la certificación expedida por la empleadora (páginas 51, 86 a 97 y 98 a 101 Archivo 1 expediente virtual).

De conformidad con lo anterior, en los términos expuestos en la apelación por el apoderado del actor, lo primero que debe advertir la Sala en cuanto al procedimiento que extraña la parte demandante, al señalar en el libelo y en su alzada que se vulneró el derecho al debido proceso en el procedimiento adelantado para el despido, de acuerdo a lo previsto en el Reglamento Interno de Trabajo, ha de aclararse al recurrente que tal procedimiento se encuentra establecido es para la imposición de sanciones disciplinarias (Art. 74 página 140 Archivo 1 expediente virtual) y no para el despido, como ocurre en el presente asunto.

Téngase en cuenta en primer lugar que el artículo 69 de dicho reglamento estipula el tipo de sanciones a imponer, dentro de las cuales no se incluye el despido, tan solo la Suspensión del contrato de trabajo, Multa y Amonestación escrita (página 136 Archivo 1 expediente virtual).

Igualmente, el artículo 71 del citado estatuto es claro en señalar que “***La terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la Empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como medio jurídico para extinguir aquél***” (página 136 Archivo 1 expediente virtual).

En este punto resulta del caso precisar, la sanción disciplinaria apunta a un correctivo mientras que la terminación desde luego implica la ruptura del contrato de trabajo, sin que para éste último se exija legalmente un trámite previo a menos que extralegalmente así se convenga siendo claro que el Reglamento Interno al

que alude el apelante impone es un procedimiento en orden a fulminar sanciones disciplinarias y no el despido, razón por la cual para la terminación unilateral efectuada por la empleadora, en el caso de autos no era necesario acreditar ningún trámite.

Además, debe tenerse en cuenta que para la terminación unilateral del contrato con justa causa, la ley no ha previsto el agotamiento de trámite previo, y toda vez que, de acuerdo con el artículo 15 del C.S.T. bajo el entendimiento jurisprudencial, las leyes del trabajo consagran derechos mínimos, las partes pueden convenir el agotamiento de procedimientos previos a la medida de despido, sin embargo, en el presente asunto no se acreditó disposición alguna en ese sentido, pues si bien el Reglamento Interno de Trabajo -aportado por el propio demandante y no desconocido por éste pues funda sus objeciones en el mismo-, en el Capítulo XVIII consagra un “PROCEDIMIENTO PARA COMPROBACIÓN DE FALTAS Y APLICACIÓN DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS” lo cierto es que, de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., *“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado (...)”* por manera que, la terminación del contrato de trabajo corresponde a un derecho de los contratantes, en los casos en los cuales el co-contratante ha incumplido las obligaciones derivadas de la celebración del acuerdo; no así a una sanción que solamente pueda ser impuesta, una vez agotado un procedimiento disciplinario con observancia del debido proceso, dentro del cual se destaca la oportunidad de escuchar al disciplinado en descargos. Así lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia con radicación 29207 del 5 de junio del 2007², criterio reiterado en la SL3655 radicación 47346 del 9 de marzo del

² “Por último es de anotar, que en varias oportunidades ha señalado la Sala que **el despido no se asimila a una sanción disciplinaria, y que el agotamiento imperativo de un trámite previo sólo se exige legalmente con arreglo al artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo para la imposición de sanciones disciplinarias, no estando previsto legalmente tal procedimiento cuando se trata de una decisión de despido de un trabajador privado por las causales consagradas en los numerales 5° y 6° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual podrá reclamarse cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno. En casos de despido lo único que consagra la ley, es la obligación de cumplir el preaviso para ciertas justas causas.**

En sentencia del 25 de julio de 2002, rad. N° 17976, señaló la Corte al respecto:

“(....) Valga agregar que el artículo 115 del CST, prevé el procedimiento para imponer sanciones disciplinarias al trabajador, al cual debe ceñirse estrictamente el empleador cuando a ese fin apunta, descartando su aplicación cuando se trata del despido “que no es una sanción disciplinaria-, pues si la falta da lugar a la terminación del contrato de trabajo, la ley laboral no prevé ningún mecanismo o trámite previo a tal determinación, excepto en los casos en que procede el preaviso, según la clase de falta cometida (Art.7° Dcto.2351/65), dejando a salvo, obviamente, de este concepto lo que al respecto se hubiera pactado en el contrato de trabajo, convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, etc...” En el mismo sentido radicaciones 13856, 16700, 21112 y 17976.

2016, SL 4533 del 13 de septiembre del 2017³ y más recientemente en la SL735 del 2 de marzo del 2021⁴, lo que impide examinar el procedimiento adelantado en

³ “Debe precisar la Sala que ha sido criterio reiterado de esta corporación que el despido no constituye una sanción disciplinaria, y por tanto, no es indispensable que se siga el procedimiento que se hubiese pactado para su imposición, a menos que se haya previsto extralegalmente un trámite especial y previo para terminar el contrato de manera unilateral por el empleador. Así se recordó recientemente, en sentencia CSJ SL10297-2017:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador.

Así las cosas, siendo que el artículo 61 del reglamento de trabajo hace referencia al trámite dispuesto para aplicar una sanción disciplinaria y no para despedir, no era dable que el empleador hubiese seguido un procedimiento. En todo caso, se advierte que sí se otorgó la oportunidad para que el trabajador rindiera las explicaciones correspondientes sobre las faltas endilgadas, tal como lo hizo en diligencia de descargos rendida el 8 de octubre de 2005 (f.º86-89).”

⁴ “(...) cuando se trata de ejercer la facultad unilateral de terminar los contratos de trabajo con justa causa, tal determinación no constituye propiamente una sanción, sino el ejercicio de una facultad legal del empresario, y por ende, salvo que esté pactado extralegalmente lo contrario, el empleador no está obligado en forma previa, so pena de conculcar el derecho de defensa, citar a descargos al trabajador sobre los motivos que lo llevan a fenecer su relación laboral.

Así en la sentencia CSJ SL, 12 jul. 2017, rad. 47251, se adoctrino:

Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual **el despido no es una sanción** y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago.24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, sí el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb.2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 Nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador. (Subraya no original).

El criterio jurisprudencial anterior, fue recientemente confirmado a través de la providencia CSJ SL, 2351-2020, rad. 53676, en la que se dijo:

[...] Respecto del precitado supuesto, observa la Sala que la censura no indica radicado alguno para identificar el precedente judicial que invoca. **Por el contrario, esta Corte ha precisado de forma pacífica y reiterada que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general.** Ilustra sobre el punto la sentencia CSJ SL 15245 de 2014 donde se rechazó el argumento de la censura de entonces, el cual también estaba sustentado en la naturaleza sancionatoria del despido con justa causa, reiterando lo siguiente: «Contrario a lo argumentado por el recurrente, el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada y pacífica de esta Corte (...)».

Por lo anterior, tampoco tiene razón la recurrente cuando dice que esta Corte ha distinguido las justas causas de despido en «liberatorias» y «sancionatorias». La Sala tiene asentada la regla general de que el despido no tiene carácter sancionatorio, por lo que, para adoptar una decisión de esta índole, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario, salvo convenio en contrario, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. Ver en este sentido, entre otras, la sentencia CSJ SL13691-2016, reiterada en la CSJ SL 1981-2019.

[...]

Sobre la constitucionalidad de la distinción entre despido y sanción que la censura pone en tela de juicio, basta leer la sentencia T-546 de 2000 citada por la misma recurrente, para encontrar que la postura de vieja data de esta Corporación que **diferencia entre despido y sanción ha sido acogida por la Corte Constitucional.** Ver también la sentencia CC T-075A-11.

[...]

Es de reiterar por la Sala, conforme a lo resuelto en los cargos primero y segundo, que el despido del trabajador no tiene naturaleza sancionatoria o punitiva. Por tanto, la decisión de despedir no implica la aplicación de «medidas punitivas o sancionatorias» como consecuencia del incumplimiento exclusivamente del manual de funciones, como lo quiere hacer ver la censura para configurar el yerro fáctico. Por tanto, la comprobación de la justa causa achacada al trabajador, no opera de igual manera como si se estuviera juzgando una conducta penal o disciplinaria.

[...]

El incumplimiento grave que configura la justa causa de despido del nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST está sustentado en la bilateralidad del contrato de trabajo que genera obligaciones recíprocas entre las partes, y en el elemento de la subordinación del trabajador frente al empleador. Por tal razón, las obligaciones a que hace referencia el mencionado nl. 6º de la sección a) del artículo 62 del CST guardan relación con las obligaciones y prohibiciones del trabajador previstas en los artículos 58 y 60 ibídem, y con cualquier falta grave calificada como tal en los reglamentos, convención o pacto colectivo, o contrato de trabajo.

Sea oportuno señalar que, para predicar la transgresión al derecho de defensa y más concretamente al debido proceso, por no escuchar en “descargos” al trabajador, es indispensable que en el reglamento interno de la empleadora o en acuerdos de tipo extra legal se haya fijado previamente un determinado procedimiento con miras a efectuar tal diligencia, como se especificó en la providencia atrás reseñada y que textualmente sobre este aspecto, señaló:

Con base en la citada premisa jurídica, la cual se encuentra ajustada a la jurisprudencia laboral (entre otras ver la CSJ SL 15245 de 2014), el juez colegiado negó la ilegalidad del despido que alegaba la parte actora, por no habersele permitido al actor conocer los cargos que le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Por tanto, si, como lo dijo el tribunal, **en el plenario no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno, previo al despido** y, menos aún, la obligación de oír al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir los descargos, el juez de segunda instancia hizo bien al desestimar este argumento de la parte recurrente.

Y más adelante, se precisó:

3. Las razones de igualdad que invoca la censura para que **la exigencia de oír previamente al trabajador impuesta por la Corte Constitucional**, al declarar la exequibilidad de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST (sentencia C-299 de 1998), **se haga extensiva automáticamente a todas las demás justas causas de despido desconocen la ratio decidendi de dicha sentencia de constitucionalidad.**

aplicación del artículo 74 y ss del Reglamento Interno de Trabajo por cuanto como se anotó este opera únicamente para sanciones disciplinarias.

Además, sobre este tópico, recientemente el órgano de cierre de esta jurisdicción, en sentencia SL 2351 de 2020, reiterando el criterio sostenido en la sentencia SL

*En la sentencia en comento, la Corte Constitucional se pronunció sobre la particularidad de dicha causal respecto de las demás causales. Esta causal refiere a conductas del trabajador realizadas por fuera del trabajo, así: «3. Todo acto de grave violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador **fuera de servicio**, en contra del patrono, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores». Destaca esta Sala.*

Para la Corte Constitucional, la exigencia legal al trabajador, en aras del debido respeto y lealtad para con el empleador, de no ejercer actos de violencia, injuria, ni maltratamientos contra este y las demás personas señaladas en la norma acusada, «aún fuera del servicio», no viola la Constitución, pues uno de los fines esenciales del Estado es precisamente, «asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo» (art. 2 C.P.), y no puede olvidarse que «la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento» (art. 22 ib).

No obstante ser esa causal acorde con la norma superior, la Corte Constitucional encontró que el conflicto con la Constitución se presentaba en la aplicación de esta causal y decidió declararla exequible de forma condicionada en cuanto al procedimiento a seguir para que el empleador la pueda hacer valer.

Los motivos por los cuales el tribunal constitucional condicionó la exequibilidad de dicha causal a que el trabajador debe ser oído previamente a su aplicación por el empleador son inherentes a las circunstancias que rodean la misma causal, como se puede apreciar en los siguientes apartes:

[...]

*En este orden de ideas, es evidente que el supuesto de hecho contenido en la causal 3ª que fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 tiene sus particularidades respecto de las demás causales contenidas en el art. 62 del CST, **por lo que la condición para la exequibilidad que impuso la Corte Constitucional respecto de ella no se le puede trasladar automáticamente a todas las demás causales, como lo pretende la censura.***

[...]

*El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, **en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido** y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).*

Y a pesar de que se admitió que tal posición no implicaba que el empleador no tuviera límites al momento de prescindir del trabajador con justa causa, por lo que se fijó nuevo criterio en el que se prevé dicha obligación, también claramente se indicó que, en principio, ello sería tratándose de la causal 3 literal a) del artículo 62 del CST y en las indicadas en los numerales 9 a 15 de dicha disposición. Así mismo se indicó que en relación con las restantes causales, tal garantía se desplegaría según las circunstancias fácticas de cada caso en particular; textualmente se dijo:

[...]

*En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9º al 15º del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. **Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador.** En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9º al 15º.*

15245 de 2014, sostuvo, la terminación del contrato por parte del empleador con asidero en una justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, de allí que el contratante no esté obligado por ley a agotar, en principio, un procedimiento disciplinario, precisando, ello no implica que el patrono no tenga límites al momento de despedir a un empleado con fundamento en una justa causa, pues esa Corporación ha venido reconociendo garantías al derecho de defensa con arreglo en lo dispuesto en el ordenamiento laboral, que difieren, en esencia, con el respeto al debido proceso que debe observarse cuando existe un procedimiento previamente pactado dentro de la empresa, el cual se satisface cumpliendo dicho trámite. Así, en la aludida providencia, la Corte fijó el criterio según el cual la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal a) del artículo 62 del CST, así como, frente a las causales contenidas en los numerales 9° a 15° de la norma *ejusdem*, advirtiendo, frente a las demás, ello solo será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador⁵.

⁵ “La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

- i) ***El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional***

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional⁵, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).

También la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que

*[...] el conjunto de limitaciones y obligaciones que tiene el empleador para terminar unilateralmente el contrato al (sic) trabajador, no implica que se deba surtir un debido proceso en los términos del artículo 29 de la Constitución Política, pues ello desbordaría el alcance de dicha norma, que en su misma redacción, restringe su aplicación a las actuaciones administrativas y judiciales [...]*⁵.

Como lo dijo esta Sala en la sentencia SL15245 de 2014, lo antes expuesto no significa que el empleador no tiene límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues, de vieja data, esta Corte ha

En este orden de ideas, deberá entonces examinarse si los supuestos fácticos alegados por la accionada tuvieron ocurrencia, y si constituyen verdaderamente justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, memorando el

venido reconociendo garantías del «derecho de defensa» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, en arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral. Estas garantías se pueden resumir así:

- a) *La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior; deber este que tiene como fin el garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y el de impedir que los empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos⁵.*
- b) *La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos. De lo contrario, se entenderá que fueron exculpados, y no los podrá alegar judicialmente.*
- c) *Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo;*
- d) *Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.*
- e) *La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, sobre lo que esta Corte precisó lo siguiente en la misma sentencia SL-15245 de 2014:*

No basta con que la empresa no haya citado al trabajador a descargos, para decir que se le ha vulnerado el derecho de defensa, si en la forma como ocurrieron los hechos, no cabe duda de que estos han sido de pleno conocimiento del trabajador con las previsibles consecuencias que le podían acarrear respecto de la continuidad del contrato laboral, por su directa participación en el ejercicio de sus funciones, y el trabajador no ha asumido su deber de lealtad de avisar de inmediato al empleador o a sus representantes lo sucedido (según lo visto en el estudio del primer cargo, la actora confesó que le había avisado al gerente dos días después de lo sucedido, porque no le había sido posible encontrarlo antes), y de dar su propia versión de los hechos, pero que el empleador, con la inmediatez requerida y prudente, sí le comunica en la carta de despido los mismos hechos que ya eran conocidos por la trabajadora, como motivo de su decisión de terminar el contrato de trabajo.

En otros términos, el derecho del trabajador a ser oído consiste en que él pueda dar su propia versión de los hechos que van ser invocados por el empleador como justa causa. La oportunidad para el trabajador de dar su versión de lo sucedido en su caso, como una garantía al «derecho de defensa» y con el fin propiciar un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, se concreta dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador. La garantía de este derecho de defensa se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo⁵, es decir, no es de su esencia cumplir con una forma específica.

En cambio, el respeto al debido proceso es exigible cuando existe un proceso disciplinario previamente pactado dentro de la empresa para que el empleador haga uso de las justas causas del art. 62 del CST, y se cumple siguiendo dicho procedimiento. Cuando dentro de la empresa existe un proceso disciplinario debidamente pactado previamente, entonces este se ha de surtir para garantizar el debido proceso y, con el mismo procedimiento, se está brindando la oportunidad al trabajador de ser oído para que ejerza el derecho de defensa.

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15 días de anticipación. Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador. En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°.”

parágrafo del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, preceptúa que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*, advirtiendo, al trabajador le basta probar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador la demostración de la justa causa⁶.

De tal suerte, como se anunció al inicio, no existe controversia en cuanto a que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la demandada, en comunicación calendada del 7 de julio del 2020 (páginas 86 a 97 Archivo 1 expediente virtual), de la que se tiene certeza fue entregada por la demandada al accionante, dado que así lo expuso ella misma en los hechos del libelo introductor (hecho 22, pág. 4 Archivo 1 expediente virtual), misiva en la que se señalaron como causas del despido las siguientes:

“Respetado señor,

Mediante la presente, me permito manifestarle que la Compañía ha tomado la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir de la fecha.

Esta decisión se determinó con ocasión a la responsabilidad derivada por los hechos del pasado 27 de abril de 2020, cuando al realizar la actividad de descargue de remesas del CB, entregó a la tesorería, la cantidad de tulas de 16 remesas producto de la recolección de clientes del día, sin percatarse que en realidad era un total de 17 remesas, según informe de conductor elaborado y firmado por usted. Se retira de sede sin entregar una remesa que se encontraba en CB 302 correspondiente al cliente mercaldas por valor de \$ 22.000.000.00 (veintidós millones), en el cual laboro y que fue encontrada por los funcionarios Juan José Plata y Jhon Mario Ortiz, luego de la identificación del faltante por parte del cuarto de procesos.

Con lo anterior se establecen las siguientes omisiones y errores:

- 1. Incumplir las obligaciones y prescripciones de orden del reglamento interno de trabajo.*
- 2. Incumplir las obligaciones del contrato de trabajo*
- 3. Incumplir las obligaciones especiales del trabajador del reglamento interno de trabajo*
- 4. Incumplir las obligaciones de las partes en general del Código Sustantivo del Trabajo*
- 5. Incumplir las obligaciones especiales del trabajador del Código Sustantivo del Trabajo*

⁶ Sentencia 14 de agosto de 2007, radicado 29213 Magistrada Ponente: Isaura Vargas Díaz *“(…) La demostración de la justa causa del despido corresponde al patrono.” la jurisprudencia tanto del extinguido Tribunal Supremo como de esta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley...*”

6. Incumplir las prohibiciones a los trabajadores del Código Sustantivo del Trabajo
 7. Incumplir con las ordenes e instrucciones del empleador
 8. Incumplir con el reglamento interno de trabajo
 9. Incumplir con el contrato de trabajo
 10. Incumplir con los procedimientos de cargue y descargue de remesas
- (...)

Para la empresa no es aceptable que usted siendo el CONDUCTOR, y el encargado de realizar el informe del conductor, conforme al dato real de las tulas que van a entregar, mismo informe que debe coincidir con el del jefe de tripulación, como también siendo su responsabilidad salvaguardar la Seguridad de los valores entregados y recolectados, teniendo en cuenta que una de sus funciones más importantes al terminar la jornada se asegure y verifique que no se queda ninguna tula cargada con valores dentro del cofre del CB, puesto que al omitir dicha revisión expone los valores a un riesgo irreparable donde muchas veces se puede perder el dinero encomendado por nuestros clientes para que nuestro personal capacitado lo custodie y lo cuide, usted es garante de verificar que ninguna tula se quede en el cofre más responsabilidad tiene usted diligenciar, firmar y entregar un informe inexacto a la veracidad y la realidad que estaba entregando el jefe de tripulación asignado para la ruta que usted había transportado el día de los hechos, situación que para el caso nos ocupa usted firmo deliberadamente un informe que no coincidía con las tulas que entrego el jefe de tripulación en tesorería, puesto que su informe (informe del conductor) mismo que usted firmó indicaba que se habían entrega (sic) 17 tulas y la realidad es que las tulas reales entregadas fueron 16 tulas, queriendo decir que la tula 17 se quedó en el CB y que usted no se percató de esta situación, es inconcebible que usted justifique la omisión al procedimiento por “Error Humano”, mismo con el cual pone en riesgo la seguridad de los valores que se le habían encomendado y para los cuales su función principal es transportarlos velando por la seguridad de ellos, por lo cual es incomprensible que usted no se percate que estaba entregando un informe con datos inexactos y sin coincidir con lo que el jefe de tripulación estaba reportando en tesorería, labor que se entiende que deben hacer todos los tripulantes de la ruta y deben asegurarse conjuntamente que le están realizando de manera exacta y acorde a los procedimiento y protocolos ya establecidos, concluyendo su falta exponiendo injustificadamente la seguridad de los valores, en usted recae la responsabilidad encomendada para los valores que transportan, este tipo de respuestas no son aceptadas porque de todos depende el buen funcionamiento para la realización de la ruta, siendo este y no menos importante asegurarse que no se quede ninguna tula dentro del CB asignado al culminar la ruta encargada.

Por otra parte, usted de manera deliberada y renunciando al derecho que se le estaba otorgando a defenderse, renunció y rechazó responder en debida forma el cuestionario de preguntas, repudiando y renunciando a su derecho de defenderse, pues sus respuestas fueron evasivas y no manifestó argumentos en su defensa sobre su actuar contrario a derecho y abiertamente contrario a la empresa, (...).

(...)

Habida cuenta de lo manifestado y al no absolver voluntariamente las preguntas del cuestionario de descargos no controvertir ni justificar los hechos y las pruebas vinculadas en su contra la empresa, en concordancia con lo indicado debe tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión, en ese sentido y con base en las pruebas trasladadas y toda las incorporadas en el proceso disciplinario donde se evidencia su omisión su y su falta de atención al detalle pues no estuvo pendiente de las tulas que entrego el JT ante tesorería, procedimiento que realiza conjuntamente con usted y al cual usted no estuvo atento pues las tulas entregadas fueron 16 y usted diligencio en su informe 17 tulas, y que lo más grave es que dejaron una tuta en el CB, sin ser entregada a la tesorería y por lo tanto la tula fue abandonada por los integrantes de la tripulación con el contenido de 22 millones de pesos que

estuvieron en riesgo de perderse por las gravísimas conductas omisivas y descuidadas de su parte y de sus compañeros, pero que con sus respuestas desaprovechó la oportunidad de debatir, objetar y controvertir el material probatorio trasladado, mismos que ha sido tenido en cuenta en su totalidad e integridad con el fin de dilucidar este asunto, garantizando como siempre todos los derechos que le atienden como trabajador de Brinks de Colombia de Colombia (sic) y salvaguardando su integridad personal, tiene que usted injustificadamente expuso la seguridad de los valores encomendados, concluyendo su conducta dejando la tula dentro del CB.

Queremos recordarle que la función fundamental al finalizar la jornada debe ser verificar exhaustivamente el blindado para que ninguna tula se quede dentro del mismo; es increíble que usted justifique su inoperancia y la exposición al riesgo de los valores indicando que estos no se pierden por que quedaron dentro del camión con lo cual nos alejamos de su argumento pues los valores deben estar asegurados en todo momento, pues para esto se le encomienda la función principal que nos ocupa como empresa transportadora de valores, con lo que se entiende que todos y cada uno de los valores encomendados deben ser asegurados bajo los protocolos y en ningún protocolo avala su argumento que los valores puedan quedarse dentro del blindado sin su seguridad y estén a salvo y que con su actuar no afecta al cliente ni a la compañía, no se puede entender su justificación que no expone ningún valor al dejar una tula olvidada dentro del CB sin seguridad pues su función es brindarle seguridad a los valores en su jornada y aun cuando termina asegurarse que los valores queden con la seguridad garantizada y para el caso que nos ocupa olvidar una tula entre el CB sin su custodia no garantiza ninguna seguridad y se aleja de la labor encomendada y para la cual fue contratado.

Así pues y en concordancia con sus respuestas se tiene que usted de manera injustificada indica que usted firmo un documento sin verificar su veracidad, y que permitió que el JEFE DE TRIPULACION entregara 16 tulas a tesorería cuando usted suscribió 17 tulas en su informe y usted firmó ese informe sin tener en cuenta lo que el JEFE DE TRIPULACION estaba entregando, es decir que usted firmo sin darse cuenta del contenido que su informe estaba inexacto con datos erróneos a los entregados, con lo cual puso en riesgo los valores recolectados por usted en el desarrollo de la labor y los cuales debió haber realizado un trabajo sincronizado y al detalle y que eso es lo que entrego sin entender que su responsabilidad no puede limitarse al uso de una herramienta y desinteresarse por salvaguardar la seguridad de todos los valores encomendados que como es bien sabido usted debe verificar que ninguna tula se quede en el cofre del CB asignado para la ruta encomendada, acarreando con su omisión que se pudiera realizar el procesamiento del efectivo y certificación al cliente en los tiempos y parámetros establecidos en las políticas de la empresa y los acuerdos de nivel de servicio suscritos con el cliente, lo que llevó al incumplimiento de las obligaciones, por parte de la empresa y afectación al servicio y buen nombre de la misma.

Cabe anotar que para la empresa no existe explicación razonable ni justificable para la conducta ejecutada por usted, toda vez que este tipo de eventos genera riesgo a los valores encomendados en ocasión a labor encomendada a su cargo, aun cuando se tiene establecido que los valores deben ser custodiados en el cofre de valores del CB y al terminar la jornada usted debe verificar, rigurosamente que ninguna tula se quede dentro del CB lo cual en este caso no fue así y se incurre en el descuido por parte suya acarreando un mal manejo a los valores; nuestro pilar y enfoque es el cuidado exclusivo de valores siendo inaceptable la omisión del procedimiento dejando los valores que son propiedad del cliente expuestos y en el evidente e inminente riesgo al que usted los expuso, situación que para BRINKS de Colombia, es una afectación que no puede ser permitida ni aceptada bajo ningún contexto, siendo precisos y coherentes con nuestra PROMESA DE VALOR LA CUAL ES CUIDAR RIGUROSAMENTE LOS VALORES TENIENDO EL PERSONAL APTO Y CAPACITADO PARA SALVAGUARDAR.

Así las cosas, se tiene que la situación se hubiera podido prevenir como también evitar una situación de mala imagen y credibilidad para la empresa, ante nuestro cliente, si usted hubiera cumplido y acatado las ordenes e instrucciones del empleador al realizar la labor en los términos y calidades establecidas por la compañía, siendo el caso contrario cuando usted manera deliberada argumenta que no se percató de la tula 17 y que por su “error humano” no verificó que su informe (informe del conductor) contenía una información contraria a la que usted entregó el jefe de tripulación, descuidando y vulnerando el cuidado de la tula del cliente MERCALDAS por la suma de VEINTIDOS MILLONES DE PESOS MTC (\$22.000.000), abandonando su labor principal y fundamental como es la de cuidar los valores entregados para su custodia, sin exponerlos a ningún posible riesgo, situación que no es el caso, ya que su actuar fue en contra del ordenamiento y procedimiento para los valores, dejando una tula cargada de valores dentro del CB, de esta forma configurando una falta de su parte a los procesos de la empresa y a los manejos de los dinero recaudados de los clientes.

Ahora bien, no es justificable para la compañía que Usted no se hubiere percatado de la tula que estaba dejando dentro del CB y que el informe que estaba firmando que tenía datos inexactos comparados con los que jefe de tripulación entregó en tesorería, sin seguir a cabalidad los procesos establecidos, pues por la antigüedad que lleva en la organización, Usted conoce los procesos de descargue por ser una labor que realiza de manera cotidiana en el cargo CONDUCTOR.

La conducta desplegada por usted el pasado 27 de Abril de 2020, al presentarse en su calidad de CONDUCTOR y como responsable del cuidado de los valores suministrados, no es posible y no es bien aceptado por BRINKS de Colombia que los conductores de los blindados, actúen de manera negligente y sin atención al detalle, por cuanto los valores son nuestro mayor objetivo de cuidado y custodia, para este caso puntual, se permitió que la tula quedara dentro del CB y se entregara un informe del conductor firmado por usted con datos inexactos, todo porque usted no estaba atento situación que bajo ninguna perspectiva es aceptada, máxime cuando de su incumplimiento se derivó el incumplimiento al protocolo de descargue, entendiendo que si su labor diaria es el transportar valores, usted tiene claro el procedimiento para el mismo ya que es una de las funciones que más realiza en su jornada laboral y la principal de ellas; siendo su responsabilidad dar un buen manejo a los valores y brindar seguridad a nuestros clientes realizando la labor con integridad y decoro, haciendo valor y respetando nuestra promesa de valor, elevando la premisa que además puede ocasionar un riesgo con la negociación comercial establecida con el cliente, dando como consecuencia una posible falta de credibilidad y confianza de nuestros clientes.

(...)

Para la empresa no es aceptable que usted hubiese estado atento al debido procedimiento para salvaguardar los valores dándoles el debido manejo y control para estos, en tanto que ello no le justifica que usted como conductor le diera un mal manejo a los valores y estos fueran expuestos deliberadamente, lo cual es una conducta alejada de los protocolos y procedimientos que se tienen para la custodia y cuidado de los valores, pues su obligación era acatar los lineamientos de seguridad y operación para este tipo de servicio, observando plena responsabilidad del hecho atribuido, originando así, un incumplimiento grave a sus obligaciones y deberes laborales. Siendo esto, una justa causa para la terminación de su contrato de trabajo, ya que uno de los deberes fundamentales es someterse a las instrucciones y órdenes de la empresa para evitar pérdida de los valores, debe tomar por sí mismo las precauciones que su propia iniciativa le indique como aconsejables para evitar tales pérdidas y riesgos que puedan tener en la custodia de los valores, además de informar oportunamente a sus superiores sobre cualquier situación que eventualmente pueda implicar un riesgo a la seguridad; siendo este un caso de desacato a las directrices ya entregadas y socializadas para usted brindando la empresa todas las herramientas, para que usted actué en alusión a

todos los preceptos, políticas y procedimientos de la compañía, siempre salvaguardando su seguridad, la de sus compañeros y para este caso el de los valores, amparando la promesa de valor que tiene BRINKS de Colombia siendo inaceptable las conductas cometidas por usted de manera deliberada y en contravía con el buen funcionamiento de los protocolos de BRINSK de Colombia.

Cerrado el debate probatorio usted allego un documento el día 07 de Julio de 2020, pronunciándose acerca del cierre del debate probatorio, para lo cual le indicamos que el cierre del debate probatorio no es susceptible de pronunciamientos ni recursos.

Así las cosas, es claro que la Compañía cuenta con la facultad legal y reglamentaria para terminar con justa causa su contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el numerales 4 y 6 del artículo 7, del Decreto 2351 de 1965 (...).

(...)

De lo anterior, resulta evidente que quedó demostrado que usted incurrió en varias de las justas causas para dar por terminado su contrato de trabajo.”

Conforme lo anterior, es claro que lo que motivó el despido del convocante fue el presunto incumplimiento a sus obligaciones como conductor y a los procedimientos de seguridad y protocolos, particularmente relativos al descargue de las tulas de valores, por cuanto el informe escrito por él rendido no coincidió con las tulas entregadas por el Jefe de Tripulación en tesorería, quedando una tula expuesta en el cofre de valores, no percatándose el actor de que faltaba la tula No. 17 por el relacionada en su informe, generando y/o poniendo en riesgo el dinero recaudado y el buen nombre de la compañía.

En ese orden, frente a la causal invocada en la misiva de despido, se advierte, mediante comunicación del 22 de mayo del 2020 (Archivo 1 páginas 52 y 53) la demandada, a través de la Coordinadora de Gestión Humana, citó a al señor JOSE WILSON RIVERA con el fin de que acudiera a diligencia de descargos el 28 de mayo de 2020 a las 11:00 am, a efectos de escuchar su versión respecto de lo sucedido el 27 de abril de ese año cuando participó en la actividad de descargue de remesas junto al Jefe de Tripulación y escolta, toda vez que en el informe del conductor se relacionan 17 remesas a descargar y solo se entregan 16 remesas, lo cual evidencia que no realizó un adecuado seguimiento a las remesas que va recogiendo el JT, sin verificar una remesa correspondiente al cliente Mercaldas por \$22.000.000 que se encontraba en CB 302, la cual fue encontrada por los funcionarios Juan José Plata y Jhon Mario Ortiz.

Luego, en diligencia de descargos adelantada el 28 de mayo del 2020 (páginas 71 a 75 Archivo 1 Expediente Virtual), sobre los hechos enunciados en la citación, quedó consignado lo siguiente:

“6. PREGUNTADO: *Precise de forma clara cuáles son sus principales actividades, funciones y responsabilidades, del cargo que actualmente desempeña en la compañía?*

CONTESTADO: *Actualmente cumplir con las normas de tránsito, verificar el buen estado y funcionamiento del carro de valores y conducir y cumplir la ruta asignada de acuerdo a la programación de manera efectiva y segura, elaborar registros de la función de manera clara y oportuna, verificar el funcionamiento del vehículo, cumplir los registros de inspección definidos, ayudar en el cargue y descargue de tulas al JT.*

13 PREGUNTADO: *Por favor manifieste el día 27 de abril 2020 en la ruta correspondiente al CB 302, en la cual laboró, ¿cuál fue la cantidad de tulas recolectadas?*

CONTESTADO: *Yo había puesto 17 en el programa de conductor, pero al momento del descargue cuando llegamos a la sede mientras pedían la puerta 5 yo me prepare para bajarme del vehículo, Pablo me dijo que le dieron 16 tulas y no me acorde que había anotado 17 y las asocie como 16, esas fueron las que entregamos, ya dentro de la sede le ayude a Pablo a cargar en la mano las tulas del camión hasta el checkin y por falta mía no me percate, se me olvido que había anotado 17 tulas, por un error humano. Las tulas fueron cargadas en la mano porque en la sede no hay carrito recolector de valores para el cargue y descargue de los valores.*

14. PREGUNTADO: *Por favor informe detalladamente el día 27 de abril de 2020, una vez terminó la ruta asignada al CB 302, ¿cómo realizó el procedimiento de descargue de valores del CB asignado?*

CONTESTADO: *Llegamos a la sede, realizamos el descargue de la ruta alrededor del mediodía, el escolta se bajó del camión fuera de la sede para ingresar a abrir la puerta del patio de camiones manualmente mientras esperamos a que el escolta abriera la puerta. pablo estaba pidiendo la apertura de la puerta 5 a Bogotá debido a que al interior de la sede la señal es muy intermitente, una vez abierta la puerta ingreso el camión a la sede en reversa, el escolta cerró la puerta del patio y yo apagué el camión esperamos un rato mientras llegaba la señal de apertura de la puerta 5 del camión blindado, cuando llegó la señal, Pablo abrió la puerta y saco todas las tulas del cofre de valores, cerró la puerta 5 para luego poder abrir la puerta 3 del camión para el descargue de los valores y en ese momento con la puerta abierta procedí a ayudarlo a llevar los valores hasta el Checkin, me acerco al camión y observo que no quedó ninguna tula en el espacio donde van sentados el JT y el escolta. En ese momento la puerta 5 ya estaba cerrada porque tocaba hacerlo para poder abrir la puerta de ingreso al vehículo, dado el sistema interlock no deja abrir la puerta 3 si la 5 no está cerrada. El JT verificó que no se hubiese quedado ninguna tula en el camión. El Jt entregó las tulas en Tesorería y le firmaron el recibido por 16 tulas yo le entregué el programa de Conductor para que el JT lo firmara, al igual que el escolta y entregara a tesorería con las llaves del camión una vez que recibieron las tulas nos dijeron que terminábamos el turno del día, saqué el camión y quedó parqueado al frente de la sede.*

15. PREGUNTADO: *¿Por favor informe detalladamente el día 27 de abril de 2020 cuál fue la cantidad de tulas que relacionó en el informe conductor?*

CONTESTADO: Relacione 17 tulas, aunque por una falla mía como ser humano no me acorde en el momento que Jefe de Tripulación me dijo que eran 16.

16. PREGUNTADO: *¿Por favor informe detalladamente el día 27 de abril de 2020 cuál fue la cantidad de tulas que el Jefe de Tripulación entregó al área de Tesorería?*

CONTESTADO: El entrego 16

17. PREGUNTADO: *Por favor manifieste, cual es la razón de la diferencia entre el número de tulas relacionadas en su informe de conductor 17 (diecisiete) frente a 16 (dieciséis) que fueron las realmente entregadas y relacionadas en el reporte del JT entregado de área de Tesorería.*

CONTESTADO: Una falla mía como ser humano no me percaté que eran 17 y JT no validó la tula que se quedó en el cofre, y los DU de clientes.

Se destaca de dicha diligencia adelantada por BRINKS DE COLOMBIA, la aceptación de la ocurrencia de los hechos endilgados al demandante, esto es, que el actor tenía conocimiento que había anotada en el INFORME DE CONDUCTOR haber recibido 17 tulas y saber que el JEFE DE TRIPULACIÓN al momento del descargue del camión había descargado y entregado en tesorería solo 16 tulas de valores, situación que el accionante refiere le fue informada por el JT pero que en ese momento no se percató que había anotado 17, lo que dio lugar a que una de las bolsas de dinero se quedara dentro del camión, misma situación que se narra en el hecho 4 de la demanda (pág. 2 archivo 1 expediente virtual) como bien lo refiere la Juez a quo y que contrario a lo referido por el apelante no se trata de un error de interpretación, pues como ya se vio el demandante era conocedor desde el mismo momento del descargue del camión que el Jefe de Tripulación solo había entregado 16 tulas de valores, cuando él había anotado 17.

De lo anterior es clara la admisión del demandante respecto a la comisión de las conductas atribuidas por la demandada.

Al absolver el interrogatorio de parte, el demandante⁷ refirió, cuál era el procedimiento de descargue del camión blindado, indicó que es él quien diligencia el formato INFORME DEL CONDUCTOR e informó contrario a lo dicho en la diligencia de descargos que las tulas descargas y entregadas en tesorería el 27 de abril del 2020 habían sido 17.

⁷ Audiencia virtual del 5 de febrero del 2021, record: 7:04

Igualmente, los testimonios de MONICA GONZALEZ CARDONA⁸ (Coordinadora de Gestión Humana de Brinks), WILLIAM ALBERTO ALVAREZ⁹ (Coordinador de operaciones de Brinks) y JULIAN RODRIGO MILLAN ENCISO¹⁰ (Jefe de Administración y control de operativos de Brinks) indican que el contrato de trabajo del demandante se terminó por un incumplimiento de los procedimientos de un proceso que estaba bajo su responsabilidad que llevó a la empresa a un riesgo de pérdida de valores, explicando los dos últimos testigos la forma o el procedimiento para el descargue de valores del camión blindado, advirtiendo que ello se trata de una responsabilidad dual entre el conductor y el Jefe de Tripulación quienes tienen que revisar y constatar que se descargue el número de bolsas de dinero exactas que fueron recogidas.

Ahora debe tenerse en cuenta que en la cláusula tercera del contrato de trabajo (pág. 98 archivo 1 expediente virtual) se establecieron, como obligaciones del trabajador, entre otras las siguientes:

8. Responder por todos los dineros, efectos de comercio, valores, etc. que el trabajador reciba y tenga en su poder por razón de sus funciones dando estricta cuenta de ellos, debiendo manejarlos en un todo de acuerdo con las órdenes de los superiores y sin poder disponer de ellos en su beneficio o en beneficio de terceros.

Además, en la cláusula novena (pág. 98 archivo 1 expediente virtual) de dicho acuerdo contractual se pactó:

DÉCIMA NOVENA. *Son justas causas para dar por terminado este contrato por parte del empleador, además de las estipuladas en el Reglamento Interno de Trabajo de la empresa y las enumeradas en el artículo 7º. Literal a) del Decreto 2351 de 1955, las siguientes, que para tal efecto se considera como faltas graves:*

- 1. Cualquier acto o negligencia, descuido u omisión en que incurra el trabajador en ejercicio de sus funciones.*
- 2. La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de éste contrato.*

Igualmente, en el Reglamento Interno de Trabajo el artículo 73 (págs. 137, 138 y 1369 archivo 1 expediente virtual) establece cuales hechos constituyen faltas gravísimas que podrán dar lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte de la Empresa, así:

⁸ Audiencia virtual del 5 de febrero del 2021, record: 39:24

⁹ Audiencia virtual del 5 de febrero del 2021, record: 01:02:15

¹⁰ Audiencia virtual del 5 de febrero del 2021, record: 01:36:33

12. Cualquier acto grave de negligencia y/o dolo, en la omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar abierta la bóveda de valores, dejar conocer las claves puestas bajo su responsabilidad, extraviar las laves, entregar claves a terceros no autorizados, romper las bolsas de los clientes que posean valores, apartarse de las operaciones sin los códigos correspondientes autorizados y no cumplir con las regulaciones de seguridad para cada proceso operativo etc.

13. Cualquier falta u omisión en el manejo de los dineros, efectos de comercio valores que el empleado reciba, tenga en su poder o maneje en su labor, o que el empleado disponga de ellos en su propio beneficio o en el de terceros, o que no rinda cuenta del manejo de tales dineros, valores de acuerdo con los establecidos por la empresa.

26. Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Así las cosas, en consonancia con la prueba analizada, a juicio de esta Sala los hechos atribuidos al demandante como causal de terminación del contrato de trabajo se encuentran acreditados, pues lo que acaeció en el *sub lite*, de conocer el actor que en efecto habían recogido 17 tulas de valores y anotarse esa misma cantidad en el INFORME DE CONDUCTOR y confesar en los descargos que el señor “Pablo” Jefe de Tripulación le informó ese mismo día del descargue que solo habían 16 tulas con dinero, misma cantidad que se entregó en tesorería a sabiendas que él había anotado 17, constituye una negligencia o descuido en su actuar que no se puede justificar en un error humano como lo dijo en descargos, cuyo actuar fue catalogado como falta grave, en el contrato de trabajo y como falta gravísima en el reglamento interno.

Téngase en cuenta que no es cierto como lo aduce el apelante que el señor RIVERA ALZATE no tuviera conocimiento del número de bolsas entregado en tesorería el día de los hechos, pues como se puede leer a la respuesta de a las preguntas No. 13 y 16 de los descargos, el mismo jefe de tripulación le indicó que se bajaban y entregaban 16 tulas, guardando el accionante silencio ante ello demostrando una actitud omisiva y/o de descuido en tal momento, en tanto si se hubiera dirigido a verificar el informe de conductor que él mismo elaboró se hubiera percatado que la cantidad de bolsas anotadas habían sido 17 y que por ende faltaba una, que en ese instante se podía sacar del camión y no quedar dentro del mismo sin ningún tipo de registro, máxime cuando el actor en manera alguna desconoce o echa de menos que en efecto las bolsas recibidas habían sido 17 y no 16, pero que en el momento de descargue no lo echó de menos, conducta constitutiva de una omisión o descuido en sus labores y más cuando una de sus obligaciones como trabajador de Brinks es responder por todos los

valores que reciba, precisándose que independientemente que se tenga certeza o no del protocolo para el descargue de valores de los camiones blindados, lo que aquí se analiza no es el incumplimiento de ese protocolo sino la negligencia que tuvo el promotor del litigio para el momento en que supo que solo se habían entregado 16 tulas cuando el informe del conductor decía que eran 17, esto es, el haber guardado silencio frente a ello, iterando ello constituye una omisión en su actuar.

En ese orden, en los términos de los numerales 4 y 6 del artículo 62 del estatuto adjetivo laboral, constituye una justa causa para despedir, si se tiene en cuenta, además, es a través del contrato de trabajo que se califica dicha conducta como grave.

En este punto, debe decirse, el juez laboral está eximido de calificar nuevamente la gravedad de la falta cometida por el trabajador, pues ya se ha establecido tal carácter en el contrato de trabajo y en el reglamento interno de trabajo, debiendo simplemente determinarse si los hechos realmente configuran la falta grave atribuida¹¹, tal y como acaeció en autos. Así mismo, valga advertir, es indiferente para la configuración de la justa causa, el que con la comisión de la conducta se haya o no producido un perjuicio o daño al empleador, pues basta con que esta se encuentre calificada por las partes como grave, como aquí aconteció. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 38855 del 28 de agosto de 2012, expuso:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican de grave,

¹¹ Al tema puede consultarse la Sala de Casación Laboral en Sentencia de radicado 4005 de 31 de enero de 1991 “... la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que, si se califican en ellos de grave, constituye justa causa para fenecer el contrato; no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del Código sustantivo del trabajo (...) lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato (...)”

*constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. **Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal.***"

Es importante agregar, para que se configure la falta grave o grave negligencia, no se requiere que efectivamente se haya ocasionado un daño, perjuicio o beneficio para el empleador, señalando además, la grave negligencia no se encuentra condicionada al "*animus nocendi*" (intención de causar daño) del trabajador, por lo que cumplidos los presupuestos de gravedad objetiva de la violación legal o previa calificación de la misma, puede sobrevenir lícitamente la extinción del nexo jurídico-laboral a causa de negligencia o descuido culposos y no necesariamente por dolo del infractor¹².

También bueno resulta señalar, al caso no interesa si los deponentes traídos a estrados estuvieron o no en el momento de los hechos o si la demandada aportó el protocolo de descargue de valores de los camiones, siendo relevante en el presente asunto únicamente la confesión del actor en cuanto a que sabía que se entregaron en tesorería 16 tulas de dinero, omitiendo lo anotado en el informe del conductor en cuanto a que en realidad correspondían a 17 sin hacer ninguna manifestación de ello y dejando a la suerte una bolsa de dinero por el recibida sin ponerlo de presente a su empleador.

Finalmente se itera, para la ruptura del nexo laboral del accionante, no se contempló por la accionada un procedimiento previo en el reglamento interno pues éste se fijó fue para la comprobación de faltas, y en todo caso encuentra la Sala que dicho trámite pese a no ser necesario, fue surtido en el caso del demandante, pues nótese, fue citado para descargos, con la manifestación de las circunstancias por las cuales era requerido garantizándose además su derecho de defensa, pues fueron escuchadas sus explicaciones frente a lo ocurrido, previo al despido, pese a que, atendiendo la causal invocada y conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, tampoco se requería escuchar al trabajador.

¹² Sobre el tema pueden consultarse las sentencias CSJ SL 14 ago. 2012, rad. 39518, reiterada en sentencia SL2089 de 2020.

En suma, las razones expuestas permiten concluir que el despido del que fue objeto el promotor del litigio se dio con justa causa y con garantía de su derecho de defensa.

Vistas así las cosas y como quiera que uno de los presupuestos para que se de aplicación al fuero circunstancial es que el despido del trabajador haya sido sin justa causa, situación que no ocurrió en autos, se cae de su peso efectuar estudio alguno frente a éste aspecto.

De tal manera, agotada la competencia en esta instancia, analizados los puntos objeto de apelación, habiéndose arribado a las mismas conclusiones halladas por la juez a quo, se confirmará integralmente el fallo de primer grado,

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

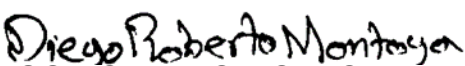
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas.

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

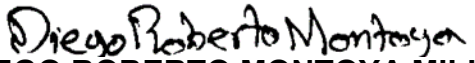
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en derecho la suma de \$600.000, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NIRIA JANITH GUERRERO
GUERRERO CONTRA ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. Y
CAFESALUD E.P.S. (RAD. 33 2017 00214 01).**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por las demandadas CAFESALUD (folio 454 a 456) y ESIMED S.A. (folios 457 a 459), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente,

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas ESIMED S.A. y CAFESALUD E.P.S., contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 22 de octubre de 2020 (Cd a folio 439, récord: 32:52, acta a folios 440 a 443), en la que se resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR** la existencia de UNIDAD DE EMPRESA S.A entre CAFESALUD EPS S.A y ESIMED S.A conforme a la parte motiva de esta sentencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO, identificada con cédula de ciudadanía 52.021.091 y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS- ESIMED S.A entre el 26 de noviembre del 2015 y hasta el 25 de noviembre de 2016 conforme a lo expuesto anteriormente.*

***TERCERO: DECLARAR** que la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS- ESIMED S.A cancelo a la demandante NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO de manera oportuna la liquidación de prestaciones sociales en cuantía de \$12.534.597.*

CUARTO: DECLARAR que la demandada ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS- ESIMED S.A. dio por terminada la relación laboral frente a NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO de manera unilateral e injusta y que adeuda la indemnización contemplada en el artículo 64 en cuantía de \$35.761.600 pesos.

QUINTO: DECLARAR probada la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS- ESIMED S.A frente a parte de la indemnización por despido sin justa causa, contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo de conformidad con lo señalado anteriormente, por lo que se adeuda a la fecha \$23.190.188.

SEXTO: DECLARAR no probadas las demás excepciones planteadas por la parte demandada especialmente en lo relativo a la inexistencia de la obligación y prescripción conforme lo expuesto anteriormente.

SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de la pretensión de indemnización moratoria por falta de pago contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: COSTAS a cargo de esta instancia quedan a cargo de las demandadas en un 50% para cada una, se fijan como agencias en derecho la cantidad de 3 SMLMV.”

Inconforme con la decisión los apoderados del demandante y las demandadas, respectivamente interpusieron recurso de apelación.

Inicialmente la parte actora refiere al salario considerado por el juez de primer grado a efectos de obtener el valor de la indemnización por despido, ya que, a su juicio, debió tenerse en cuenta el valor indicado en la demanda por no haber sido negado el hecho y entenderse por tanto aceptado el mismo. Adicionalmente, asegura, está acreditado que la demandante ganaba doce millones de pesos que se reflejan en la consignación bancaria y en la historia laboral.

Sobre ese mismo aspecto considera, además, habiéndose determinado la existencia de un contrato a término fijo, la indemnización debió condenarse por el tiempo que le hiciera falta, esto es, a razón de 5 meses y cuatro días, por lo que, aun considerando el salario de ocho millones la suma rondaría los cuarenta millones de pesos.

Por otra parte, indica, aunque los doce millones cancelados por ESIMED se tuvieron como pago de las prestaciones sociales adeudadas, estima, estas tampoco se cuantificaron adecuadamente y por ende, no puede concluirse que

la obligación se atendió totalmente y que está exonerado de mora, para lo cual acude a las operaciones realizadas en la demanda, anotando, para el cómputo era necesario tener en cuenta, además de su retribución de doce millones, los \$3.360.0000 pagados por concepto de alimentación y transporte cuya cancelación era continua y permanente según se probó, dice, con la consignación bancaria, aunado a la falta de oposición frente al particular por parte de las convocadas a juicio quienes no negaron la periodicidad de los pagos. Con relación a este punto dijo también, no le fueron cancelados los “30 días de julio, ni los 30 días de agosto, ni los 30 días de septiembre, ni los 30 días de octubre, ni los 25 días del mes de noviembre que ascendían a \$78.848.000 sobre ese aspecto el juzgado no se pronuncia”, porque al declararse que estamos ante un contrato a término fijo debían haberle pagado dichas mensualidades.

Menciona, si no hubo pago total, opera la indemnización moratoria.

Por otra parte, dice, pese a haberse decretado los interrogatorios de parte de las demandadas, los representantes legales no acudieron a la audiencia de allí que los hechos susceptibles de confesión se entienden confesados, entre ellos, lo atinente a la relación laboral, el salario y el impago de prestaciones sociales¹ (Cd a folio 439, récord: 35:56, acta a folios 440 a 443).

¹ “Gracias su señoría con todo respeto me permito interponer recurso de apelación a su sentencia sobre los aspectos puntuales que iría en este momento a exponer, En primer lugar evidentemente la parte demandante está de acuerdo con su decisión puntual y atinada producto también de la ley de las sentencias que usted alude de vincular o declarar que Cafesalud es responsable de las obligaciones y su calidad de unidad de empresa, es decir Cafesalud ESIMED es una misma empresa, es una misma entidad, y así lo dijo además la Superintendencia cuando la intervino eso era un Holding y evidentemente es una empresa dominada por Cafesalud, pero también está demostrado plenamente que CAFESALUD fue la persona jurídica que vinculo a mi cliente al contrato, fue la persona jurídica que la desvinculo unilateralmente y era la persona que le pagaba, entonces en eso estamos de acuerdo. En que no estamos de acuerdo en la indemnización que su señoría tasa, primero porque el salario se estableció en uno de los hechos y los hechos no fueron negados por las partes, hechos no negados por las partes se entiende aceptados y adicionalmente en la contestación del Curador ad litem dice que se atiene a lo probado ¿Y qué es lo probado? Y lo probado es que a la señora Niria le pagaban doce millones de pesos de salario, se los pagaban quincenalmente por eso refleja en las consignaciones seis millones y por eso el último salario que le pagaron que también aparece en la consignación aparece doce millones de pesos como salario que le pagaban y eso es irrefutable está en los pagos, está en la historia laboral porque los descuentos que se le hacían por salud y pensión obedecen a los porcentajes de ley sobre doce millones de pesos y allí está en la historia laboral, entonces la cuantificación de la indemnización tiene que ser sobre doce millones y no sobre los ocho que su señoría tasa pero además ¿Por qué se debe condenar? primero al pago de todo el tiempo que faltaba si el contrato es a término fijo y faltaban cinco meses-perdónenme yo voy a la demanda para no botar cifras que no correspondan- Exactamente faltaban cinco meses y cuatro días entonces esos cinco meses y cuatro días también tenían que haberse cuantificado como la indemnización porque es un contrato a término fijo, es decir que cinco meses, a razón incluso a razón de lo que su señoría estableció que son ocho millones $5 \times 8 = 40$ daría más o menos, cuarenta millones que no están condenados en este momento, pero no son sobre ocho millones de pesos son cinco millones sobre doce millones de pesos

serían 60 millones de pesos que faltarían haberle pagado a ella para ver culminado su contrato a término definido, exactamente esos 60 millones más los cuatros días. Los otros 12 millones pesos que fueron consignados y que su señoría los tiene como el pago de las prestaciones, pues los pagos de las prestaciones, ha dicho la Sala Laboral que tiene que ser el valor total y no parcial, no le pueden hacer una liquidación a un trabajador sobre unos valores que no corresponden a una liquidación precisa ¿Y entonces la liquidación cuanto daba de una mensualidad de doce millones de pesos? Pues tenía que pagarle las cesantías, las vacaciones, los intereses a las cesantías y no daba doce millones de pesos como lo estamos diciendo en la demanda daba el valor que arrojaban era más o menos en su momento era 25 o 34 millones no recuerdo ahora mismo voy a mirar en la liquidación que presentamos su señoría al final de la demanda se hizo una liquidación y se establece claramente cuál es el valor que le debieron haberle pagado por la prestaciones sociales que no son 24 millones- estoy bajando la demanda excúseme- Aquí esta cuando hicimos la relación de las cesantías de año de trabajo se puso 15.360.000 ¿Por qué 15 millones? Porque el sueldo eran doce millones de pesos más tres millones trescientos sesenta correspondían a un pago de alimentación y de transporte que era continuo y permanente como se dijo en la demanda y como se pudo demostrar con las consignaciones que se hizo los demandantes nunca hicieron ninguna objeción a estos pagos que fueran continuos o que no fueran continuos ellos no desvirtuaron el salario, jamás dijeron que el salario fuera quince millones, jamás dijo CAFESALUD o ESIMED el salario no son quince son ocho, ahora las vacaciones de un año de trabajo eran 7 680 000, la prima de junio era \$7 600 000, la prima de navidad eran \$7 000 000 es decir para un total de la sola liquidación de prestaciones sociales de maso menos 44 millones de pesos, entonces los doce millones no es una liquidación correcta y no se tiene como una liquidación correcta y no daría lugar a decir que entonces como se le liquidó no tiene derecho a que no se le pague la mora, no se le pago y no se le pagaron los 30 días de julio, ni los 30 días de agosto, ni los 30 días de septiembre, ni los 30 días de octubre, ni los 25 días del mes de noviembre que ascendían a \$78 848 000 sobre ese aspecto el juzgado no se pronuncia.

Ahora sobre la indemnización del artículo 65 se habla que son los salarios que debían que haberle pagado a mi cliente Niria Janith Guerrero, los salarios que debían haberle pagado ¿Por qué? Por lo mora en el pago de las prestaciones sociales y si las prestaciones sociales no fueron pagadas en mora pero fueron mal liquidadas de manera dolosa, de manera mal intencionada porque la liquidación la conocía ESIMED, la conocía café salud entonces no podemos decir que se tiene como pago las prestaciones; No están pagas por eso si opera la indemnización moratoria, pero a su vez su señoría si usted le da validez a la prueba de la cámara de comercio, las cámaras de comercio también hablan y también dicen que el señor gerente que da por terminado el contrato no tenía efectos jurídicos, es decir él no era el gerente porque estaba demandado su nombramiento, estaba demandada el acto de nombramiento de los miembros de las juntas directivas y si estaban suspendidos pues entonces no surtía efectos ni la desvinculación y entonces ultrapetita habríamos dicho que se habría haber podido continuado la relación laboral se habría renovado, entonces sería un año, dos años, tres años pero como no se habló dentro del proceso, estoy de acuerdo con su señoría no lo hubiera podido sentenciar, pero si me parece su señoría que está plenamente demostrado que : Uno Cafesalud ni ESIMED le consignaron los valores correctos y correspondientes por prestaciones sociales lo que ameritaba señalar que no habían sido pagados. Dos que los valores para la liquidación no son 8 millones; son doce millones de pesos que era el salario más los tres millones que si bien es cierto su señoría no se pronuncia si son continuos o si no son continuos en beneficio de inventario son doce millones de pesos y esto no lo cuestiono ninguna de las partes.

Ahora bien, en un interrogatorio de parte que usted lo decretó, su señoría lo decreto, en los interrogatorios de parte no se presentó el representante legal de CAFESALUD, ni se presentó el representante legal de ESIMED ¿Qué quiere decir ello? Que los hechos que son susceptibles de confesión pues se entiende confesos se entienden aceptados ¿y que es susceptible de confesión aquí? Uno es susceptible de confesión la relación laboral que usted ya la aprobó que usted ya la declaro. Dos es susceptible de confesión el salario si en la demanda se dijo que el salario eran doce millones y los representantes no llegaron a desvirtuarlo se entiende confeso el valor del salario. Tres se dijo en los hechos de que no se le había pagado las prestaciones sociales y ese es un hecho susceptible de confesión si las partes no se presentan a absolver el interrogatorio dice el CGP que se entienden aceptadas el hecho se entienden confeso el hecho, los hechos susceptibles de confesión su señoría en este proceso quedaron aceptados, quedaron confesados y son todos hechos que están en la demanda, entonces nos oponemos o interpongo recurso para que sea el superior el que revise nuevamente los hechos de la demanda confesados, las pruebas aportadas y los pagos realmente realizados para efectos de que se acceda a todas y cada una de las pretensiones por los valores allí establecidos y la indemnización del articulo 65 la moratoria, la indemnización por mora sea establecida por los dos años que es lo máximo que autoriza la ley y la indemnización sea por el valor que señalamos en nuestra liquidación más los salarios que su señoría guardo silencio pero que si en cambio reconoce y acaba de declarar que estamos ante un contrato a término fijo y si era fijo debían haberle pagado los meses de julio, agostos, septiembre, octubre, y los 25 días de noviembre que sumaban 78 848 000 millones que su señoría en este fallo omitió pronunciamiento

A su turno, el curador ad litem de ESIMED, advierte, la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T se otorga tras determinarse que el contrato de trabajo que rigió a las partes lo era a término fijo, para lo cual el juzgado se apoya en los documentos de la junta directiva y los estatutos de Estudios e Inversiones Médicas ESIMED, en especial el artículo 31 que refiere al periodo por el cual será elegido el gerente; sin embargo, en su criterio, con tal determinación se pasó por alto el contenido de los artículos 39 y 46 del C.S.T. que señalan que el contrato a término fijo debe constar por escrito, documento este que no fue incorporado a los autos, por lo que mal podría concluirse que la modalidad del contrato fue definida.

Frente a ese aspecto considera, además, de la lectura del artículo 31 estatutario no se desprende que los gerentes serán contratos mediante contrato a término fijo de un año, porque bien podría ocurrir que fuera contratado en otra modalidad y lo pasaran a efectuar otra actividad dentro de la organización porque no puede entenderse que los estatutos están garantizando un periodo más allá de lo establecido. En síntesis, estima, es el cargo de Gerente lo que dura un año y no la relación laboral la cual debió probarse con el documento respectivo el cual no está en el expediente y sugiere, tan posible era que la vinculación se efectuara bajo otra modalidad contractual que según el folio 81 el nuevo gerente fue contratado a término indefinido, con lo cual se corrobora que si bien la actividad gerencial puede ser de un año de acuerdo a los estatutos de ESIMED, el contrato de trabajo puede celebrarse bajo otras modalidades y aquí como no se arrimó el contrato a término fijo se debe aplicar el artículo 47 del C.S.T.

Así, no teniendo cabida la pretensión principal, arguye, necesariamente tienen que modificarse las indemnizaciones y establecerse que los dos pagos realizados en cuantía de \$12.534.597, cada uno, fueron pagadas las prestaciones y la indemnización por despido sin justa causa, esto es, no puede

Dejo su señoría expuesto y sustentado el recurso en estos términos aceptando lo que beneficia a mi cliente en su decisión y evidentemente solo recurriendo los aspectos que no fueron reconocidos por su juzgado y que fueron demandados por el suscrito y que están contenidos en cada uno de las pretensiones de la demanda.”

haber condena de suma alguna a favor de la demandante² (Cd a folio 439, récord: 48:15 acta a folios 440 a 443).

² “Gracias señor juez con el mayor de los respetos me permito presentar el recurso de apelación en los siguientes términos su señoría: El fallo esta cimentado en la declaratoria de un contrato a término fijo y por ende trae una consecuencia jurídica que se llama la indemnización del artículo 64, establece el señor juez en su sentencia que presume que existió el contrato a término fijo y que dicha presunción nace en especial de los documentos de la junta directiva y de los estatutos de estudios e inversiones medicas ESIMED en especial en el artículo 31 donde se establece que los periodos por los que serán elegidos los representantes tales como el gerente y sus suplentes serán de un año, pero piensa este curador ad litem que el despacho comete un yerro jurídico al pasar por alto el código 46 del CST donde “El contrato de trabajo a término fijo debe constar por escrito...” adicional señor juez en el artículo 39 del CST nos habla de los contratos por escrito y nos dice que los contratos por escrito deben tener una cantidad de condiciones y en especial la duración del contrato, razón por la cual se requiere siempre que se alegue un contrato a término fijo que el mismo conste por escrito entre las partes y ese documento no fue aportado dentro del presente plenario, así mal las cosas podría presumirse que existió un contrato de trabajo a término fijo pero quiero ir a un mas allá respecto a este hecho. Adicional que considera este curador que por prelación del artículo 46 y del artículo 39 del CST también me debo remitir a los estatutos de ESIMED que reposan según tengo acá a folio 75 articulo 31 y me permito abrir comilla a ver si de la lectura se puede interpretar o presumir lo que su despacho entendió para proferir su fallo dice “el gobierno y la administración de la sociedad serán ejercidos por un gerente y dos suplentes, primero y segundo quienes en su orden remplazarán en sus faltas temporales y absolutas por lo tanto en el desempeño de sus funciones todos los trabajadores de la sociedad estarán sometidos al gerente de la misma excepción hecha al revisor fiscal” y aquí es lo importante señor juez “ el gerente y su representante serán elegidos por la junta directiva para periodos de un año pudiendo ser reelegidos indefinidamente o removidos libremente en cualquier momento” señor juez de la lectura de los estatutos por ninguna parte aparece el acápite que serán contratados con un contrato a término fijo de un año, lo que se desprende de la lectura es que ese trabajador podrá durar como gerente o como suplente un año pero muy seguramente si hiciéramos un ejercicio extensivo también podríamos entender que podría pasar de gerente a otra actividad en la misma institución y no podríamos entender que los estatutos le estén garantizando un periodo más allá de lo establecido, lo que se limitó en los estatutos es que pueda durar como gerente un año más no que el contrato de trabajo finalizara en un año señor juez razón por la cual este curador interpreta que era el cargo de gerente que duraba un año mas no la relación laboral, él pudo haber continuado con otras actividades dentro de la institución así que reitero con el mayor respeto pienso interpreto mal el señor juez y el despacho este artículo de los estatutos y en especial aplicó una presunción donde no cabe la misma, reglas sine cuan non se tenían que haber probado el contrato de trabajo a término fijo y algo importante para que el señor magistrado y la sala lo sepa recordemos el cargo de la demandante, ella era la gerente general quiere decir que por reglas de la lógica y la sana critica el gerente general puede tener acceso a todos los documentos de la compañía y muy extraño que en el interrogatorio ella diga que si ha firmado el contrato a término fijo pero que ella no lo tenga y uno se preguntaría ¿A quién le tenía que pedir ella su contrato? ¿A la gerente? ¿A la representante legal de la institución que ella representaba? Así que si entra bajo sospecha de este curador esa afirmación de que ella si hubiese suscrito un contrato a término fijo que nunca allego a este expediente

Señor juez pero para dar mayor claridad a mi dicho quisiera verificar que a folio 81 de la cámara de comercio de Bogotá que se arrimó al expediente en el numeral quinto de ese folio que se puede verificar se lee el nombramiento del representante legal de ESIMED “Los miembros de la junta directiva por unanimidad consideramos lo siguiente: Designar como representante legal de ESIMED al señor Sergio Vélez identificado con la cedula de ciudadanía 71.611.946 expedida en Medellín el día 03 de julio de 1980, reiterar del cargo al representante legal Dra Niria Guerrero a partir de la fecha, el salario asignado para el nuevo representante legal será de \$20.000.000 con prestaciones sociales contrato a término indefinido con permanencia mínima a un año” Señor juez aquí se puede corroborar en ese documento en esa prueba documental que la entidad ESIMED en sus estatutos establece que la actividad gerencial puede ser de un año, ese cargo es el que tiene la condición de anual, mas no el contrato de trabajo, el contrato de trabajo puede ser vertido por las otras modalidades contractuales que establece el CST en este puntual proceso como no se arrimó ningún documento denominado contrato de trabajo a término fijo por escrito se le debe entender que se le debe aplicar el artículo 47 del CST razón por la cual la duración tiene que ser a término indefinido.

Dicho esto, y que los magistrados del Honorable Tribunal tendrán que considerar caída la pretensión principal se tendrá que caer la secuela o la consecuencia jurídica de la misma ¿Cual es esta? El despacho condena a la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 y ordena pagar los salarios que quedaron pendientes a manera de indemnización, pero al caerse esa pretensión de que el contrato era a término fijo , pues necesariamente se tendrá que caer al término indefinido y si aplicamos las

Por su parte, CAFESALUD EPS, advierte, la relación laboral no fue con esa entidad sino con ESIMED, precisando, no ha sido beneficiaria directa o indirecta de las labores realizadas por la actora y no existe solidaridad alguna con la otra codemandada, aunque hiciera parte de sus decisiones.

Anota, las dos sociedades suscribieron un contrato de prestación de servicios asistenciales del POS del régimen contributivo, de lo cual, a su juicio, se extracta que ESIMED tenía autonomía para contratar a sus gerentes de acuerdo a sus estatutos, no siendo posible por tanto declararse la unidad de empresa, lo cual se reafirma con el hecho de que CAFESALUD vendió los activos intangibles, entre ellos las acciones que tenía de ESIMED, a PRESMED S.A., conformada a su vez por accionistas de PRESNIUCO y MEDIMAS.

Señala, en el caso de marras hay una inexistencia de la obligación pues como lo mencionó el curador ad litem, ESIMED pagó en su momento y no se comprobó el contrato pues no se acopió copia del mismo³ (Cd a folio 439, récord: 1:02:06, acta a folios 440 a 443).

indemnizaciones que se pagaron o los valores que se pagaron el despacho tiene que las indemnizaciones que entendidas prestaciones sociales fueron pagadas con los primeros \$12.534.597 tema del que me referiré adelante y que hay otro valor de \$12.534.597 pagado el 18 de agosto del 2016, si bien el despacho entiende que esos doce millones fueron las prestaciones sociales debidamente liquidadas, se debería entender también y está demostrado que los segundos doce millones corresponden a la indemnización sin justa causa del contrato indefinido razón por la cual aquí no podría haber condena de suma alguna a pagar en favor de la demandante.

Y si quiero señor juez ya para finalizar referirme a algo importante, desafortunadamente la empresa ESIMED no compareció ante el proceso así que los hechos que manifestó la demandante y las afirmaciones que hizo como que no se le habían pagado las prestaciones sociales y a los alegatos de conclusión trataron de decir que lo que se había pagado, le generan dudas a este curador, pienso yo que si la entidad demandada hubiese venido a juicio, hubiese podido demostrar que si le había pagado la liquidación de prestaciones sociales porque en los derechos de petición que elevo la demandante a la empresa demandada nunca reclamo dicha indemnización si el despacho observa siempre reclamaba el pago de la indemnización por despido sin justa causa más nunca de las prestaciones sociales y ahí sí tendrá que decir este curador sospechoso que no reclamara lo que hoy si en su demanda, entonces señor juez solicito concederme el recurso de apelación, solicitándole al Tribunal superior Sala Laboral de Bogotá que revoque creo que es el numeral segundo numeral cuarto y quinto de la sentencia aquí recurrida en lo que tiene que ver con haberse declarado el contrato de trabajo a término fijo y que se condenara al reconocimiento y pago de una indemnización por despido sin justa causa, en los demás su señoría me encuentro conforme con la decisión, sin más en el particular gracias.”

³ *“Muchas gracias señor juez respecto a la sentencia invocada el día de hoy interpongo recurso de apelación por estar en desacuerdo con la parte resolutive de la sentencia en los siguientes términos:*

Pues ya no se encuentra una vinculación de tipo laboral como bien se pudo identificar dentro de la contestación de la demanda y dentro del interrogatorio de parte que se le hizo a la señora Niria respecto que de la vinculación laboral pues no fue con Cafesalud sino con Esimed que hay una presunción de un contrato laboral pero sobre ese tema no nos referiremos en esta apelación es así como nunca existía la referida relación laboral, se adjuntó un documento al proceso de Colpensiones sobre el cual se mostraba unos aportes respectivos en los cuales se identificó que esos aportes los realizó ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS ESIMED y no CAFESALUD en su momento se interpone el presente recurso de

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO, las pretensiones visibles a folios 136 a 138, las cuales se fundan en los hechos relatados a folios 135 a 136, aspirando se declare que entre ella y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo a término fijo de un año del 26 de noviembre de 2015 al 25 de noviembre de 2016, el cual termino de manera unilateral y sin justa causa por parte de su empleador. Además, se declare que CAFESALUD EPS S.A. es responsable solidaria de las obligaciones contraídas por ESIMED S.A. “hasta el monto de sus acciones conforme al artículo 34 y 36 del C.S.T.” y que su salario base de liquidación asciende a \$15.360.000. En consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a su favor la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T, equivalente a los salarios de junio a noviembre, las cesantías e intereses a las cesantías a razón de un año de trabajo, el auxilio mensual de transporte y

apelación toda vez que Cafesalud no ha sido beneficiaria directa o indirectamente de las labores presentadas por la señora Niria Guerrero ella prestaba sus servicios como es bien sabido para la otra empresa como gerente y que no hay un modo solidario con esta empresa, si bien es cierto CAFESALUD tenía parte dentro de las decisiones pues se tenía que tener en cuenta que CAFESALUD es una EPS y no una IPS o una empresa de servicios de salud para ellas. Es más claro entonces que CAFESALUD y ESIMED suscribieron un contrato de prestación de servicios asistenciales del POS del régimen contributivo por lo tanto ESIMED tenía autonomía para contratar a sus gerentes de acuerdo a sus estatutos que tenía y no se puede endilgar por eso una unidad de empresa conforme a lo expresado en el artículo 194 del CST con el cual el señor juez mencionó en la parte resolutive de su sentencia, se reafirma que se realizó la venta de los activos intangibles de Cafesalud y se vendieron las acciones por las cuales Cafesalud era dueña de esta empresa ESIMED las cuales se vendieron a PRESMED S.A la cual está conformada por los accionistas de PRESNIUCO, Medimás, y el consorcio de PRESTASALUD, así las cosas no se cumple con lo establecido para con CAFESALUD respecto de los articulo 22,23 y 24 del CST y todos los mencionados en la parte resolutive y considerativa de la sentencia, vuelvo y repito CAFESALUD es una entidad promotora de salud tiene libertad por ley de contratar sus IPS y sus entidades que prestan operaciones por lo que no tiene el brazo para poder prestar todos los servicios en una sola, entonces se tiene que ver con otras personas, tiene que contratar otras personas u otras entidades que le ayuden a prestar sus servicios en su momento, entonces aquí se evidencia que hay una inexistencia de la obligación pues cada vez como lo mencionó el Curador de ESIMED ya se pagó en su momento con dos facturas diferentes de las cuales se hizo referencia en los interrogatorios de parte y que a la final no se supo porque la señora Niria no hizo la solicitud de reintegro del dinero, sino simplemente hizo caso omiso al reintegro y tampoco hizo la reclamación directa dentro de los términos establecidos de la indemnización, entonces que no comprobó ni siquiera allego una copia del contrato, no allego una copia de los pagos efectivamente que se hicieron y ¿Por qué? Sino simplemente los extractos bancarios demostraron que si se había hecho un pago y sino pues ella no hubiera mencionado nada dentro del proceso en consecuencia le solicito al señor juez que me conceda el recurso de apelación con todo respeto y que el tribunal revoque los tribunales primero, segundo y cuarto del presenta acto, muchas gracias señor juez.”

alimentación desde el 21 de junio hasta el 25 de noviembre de 2016, la prima de junio y diciembre de 2016, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T por los primeros 24 meses, los intereses moratorios a la tasa máxima de usura permitida a partir del mes 25 y hasta que se verifique el pago de efectivo, los derechos ultra y extra petita y las costas. **Obteniendo sentencia de primer grado parcialmente favorable a sus aspiraciones** por cuanto se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el demandante y ESIMED S.A. del 26 de noviembre de 2015 al 25 de noviembre de 2016 (sic) el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Además, declaró la unidad de empresa entre ESIMED S.A. y CAFESALUD. En consecuencia, condenó a ESIMED a pagar a favor de la actora la suma de \$23.190.188 por concepto de diferencia adeudada de la indemnización por despido sin justa causa, declarando probada la excepción de compensación y absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior tras considerar que no existía discusión alguna frente a la prestación personal del servicio y encontrarse acreditado por indicios, como el estatuto de ESIMED, que el contrato de trabajo era bajo la modalidad a término fijo. Frente al salario, estimó, en la historia laboral de la actora figura un salario de \$8.652.000, cifra que, empleada para realizar la liquidación final, resultaba muy cercana a los 12 millones que habían sido pagados por ESIMED a la trabajadora, por lo que, aunque se planteó en la demandada que la trabajadora devengaba quince millones de pesos, no era posible llegar a tal conclusión.

Con relación a la indemnización moratoria, discurrió, entre la terminación del contrato (21 de junio de 2016) y la fecha de la consignación transcurrió un tiempo prudencial.

Frente a los pagos “*extrasalariales*” concluyó que sobre los mismos no se realizó un debate probatorio para poder concluirse que eran salario.

Por otra parte, como la demandada realizó un segundo pago por valor de \$12.497.781, este debía abonarse a la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa que cuantificó en \$35.761.600, por lo que existía una diferencia de \$23.190.188 a favor de la demandante.

Respecto a la solidaridad, pese a que consideró que no se configuraban los supuestos de los artículos 34 y 36 del C.S.T., en uso de las facultades ultra y extra petita, analizó lo atinente a la unidad de empresa prevista en el artículo 194 de ese mismo estatuto normativo, encontrando configurados los requisitos de dicha preceptiva entre las dos sociedades llamadas a juicio.

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

Así, considerando los términos en que fue presentada la alzada, no es motivo de controversia en esta instancia que entre la demandante y la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS – ESIMED S.A., existió un contrato de trabajo, en virtud del cual la actora, en calidad de trabajadora, se desempeñó en el cargo de GERENTE GENERAL, el cual inició el 26 de noviembre de 2015 y finalizó el 21 de junio de 2016 por decisión unilateral y sin justa causa de la empleadora, hechos fueron determinados por el *a quo* sin que fueran objeto de apelación. En este punto se precisa, aunque en la parte resolutive de la sentencia apelada se indicó como extremo final el 25 de noviembre de 2016, entiende la Sala ello fue en consideración a que el juzgado concluyó que el contrato se pactó bajo la modalidad de término fijo de un año el cual estaba comprendido por el interregno a que se refiere el numeral segundo de la providencia objeto de reproche; además, dada la procedencia del pago de la indemnización por despido sin justa causa hasta esa fecha -25 de noviembre de 2016-.

En ese sentido, la discusión propuesta ante esta Corporación versa sobre los siguientes aspectos: i) la modalidad del contrato, ii) el salario devengado por la trabajadora, la inclusión del auxilio de alimentación y transporte como factor salarial, y la consecuente liquidación de prestaciones, iii) la procedencia de la indemnización moratoria y iv) la unidad de empresa declarada entre ESIMED S.A. y CAFESALUD S.A.

Bajo tal estructura, en lo que respecta a la modalidad del contrato, mientras que la demandante sostiene que su vinculación fue a través de un contrato a término fijo, la demandada asegura no encontrarse acreditado ello dada la ausencia del contrato suscrito entre las partes que de cuenta de la duración determinada para la relación laboral.

Para solventar esa cuestión, valga memorar, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 del C.S.T. “*el contrato puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio*”.

Por su parte, el artículo 46 de la norma ejusdem, preceptúa:

“ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> **El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito** y su duración no puede ser superior a tres años, **pero es renovable indefinidamente**.

1. Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, **y así sucesivamente**.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, **y así sucesivamente**.

PARAGRAFO. En los contratos a término fijo inferior a un año, los trabajadores tendrán derecho al pago de vacaciones y prima de servicios en proporción al tiempo laborado cualquiera que éste sea.”

A continuación, el artículo 47 ibidem, determina que aquellos contratos no estipulados a término fijo o en los que no esté determinada su duración, será contrato a término indefinido.

Entratándose de los contratos a término fijo, aunque en un principio la Corte Suprema de Justicia consideró que este sólo se acreditaba con el contrato escrito, a partir del año 2011 esa Corporación revaluó su postura para establecer que esta modalidad contractual podía ser verificada a través de los medios probatorios legalmente admisibles, pues a la luz de las normas

procedimentales no exige una prueba *ad substantiam actus*. Así, frente a este tópico, esto es, la prueba del contrato a término fijo, en sentencia con radicación 36035 del 5 de abril de 2011, la Corte discurrió:

“En ese orden importa a la Corte revisar su posición frente a los efectos que venía sosteniendo se derivaban del artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a la prueba del contrato de trabajo a término fijo, pues, como es sabido, se afirmaba mayoritariamente que la duración definida de la relación contractual no podía ser demostrada en el proceso más que con el escrito contentivo del convenio en tal sentido, muy a pesar de que el posterior artículo 54 del mismo estatuto sustantivo, de manera inequívoca preceptúa que la existencia y condiciones del contrato de trabajo pueden acreditarse por los medios probatorios ordinarios.

Es cierto que para el contrato de trabajo a término fijo exige la ley, como una de las excepciones que resulta a la regla universal de permanencia del contrato de trabajo en virtud de los principios de estabilidad y continuidad que lo informan, que dicha estipulación conste por escrito, esto es, que sea instrumentada o, en otros términos, vertida documentalmente.

Tal exigencia, entiende la Corte, no desdice en modo alguno del carácter consensual que nutre y define la relación contractual laboral, inclusive la limitada en el tiempo por empleador y trabajador, pues, simplemente, tal formalidad para esta segunda se constituye en un mecanismo o instrumento de precisión de uno de los aspectos más trascendentes del acto jurídico como lo es su término de duración, habida cuenta de que de tal estipulación se derivan unas consecuencias particulares y propias previstas por el mismo legislador.

Pero la formalidad de la constancia exigida por la ley, esto es, del carácter temporal del contrato de trabajo, no puede confundirse con la prueba de la existencia de la misma, por cuanto para tal efecto expresamente el legislador ha establecido una libertad probatoria que se acompasa plenamente con el estándar probatorio que permite al juez laboral adquirir certeza sobre la ocurrencia de los hechos del proceso precedido de su libre convencimiento, en conformidad con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De modo que, si demandante y demandado están de acuerdo con la naturaleza temporal del contrato de trabajo -- como aquí ocurrió según se dijo en los antecedentes --, el juez laboral no puede echar de menos la prueba de la existencia de esa formalidad contractual, dado que, se repite, una es la exigencia formal del carácter temporal del contrato de trabajo, sin la cual no puede producir los efectos derivados de tal; y otra muy distinta, la prueba de su existencia.

*Ahora bien, para rematar, debe recordarse que es indiscutible que los hechos materia de prueba en el proceso laboral, como en la mayoría de los procedimientos judiciales, son única y exclusivamente aquellos objeto de controversia en el proceso, es decir, aquellos que siendo afirmados por el demandante no fueron cuestionados o controvertidos por el demandado al contestar la demanda. Salvo, cuando quiera que para probar tal hecho la ley exija una determinada solemnidad *ad substantiam actus*, pues, en tal caso, el juez no*

puede admitir su prueba por otro medio, dado que tal hecho no puede ser válidamente admitido o confesado.

No es este último caso, entiende ahora la Corte, el que corresponde a la prueba de la temporalidad del contrato de trabajo, habida consideración de que la escrituración exigida por la ley bien puede probarse por otros medios de convicción distintos al documento en el que originalmente reposa o reposó la estipulación, empezando por la expresa aceptación de empleador y trabajador, lo cual constituye un eximente de su prueba; o por otros medios, como las certificaciones de trabajo y prestación de servicios en tal condición expedidas por el empleador, como aquí ocurrió.” (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así entonces, en criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción, una cosa es el periodo fijo pactado y otra la prueba del mismo, pues en realidad, es viable la verificación del mismo a través de los elementos de convicción legal y oportunamente copiados al proceso, no siendo exclusivamente el contrato escrito prueba de dicha modalidad contractual. De esta manera, en sentencias con radicación 36035 del 5 de abril de 2011 y SL5737-2015, reiterada en la SL609 de 2019, esa Corporación explicó:

“[...] es claro entonces que para la prosperidad de las pretensiones, era necesario que al plenario se acreditará la existencia de cuatro contratos sucesivos de trabajo a término fijo, cuya formalidad escrita está prevista legalmente en el art. 46 del C.S.T. tal como lo adujo el Tribunal.

No obstante, en lo que sí se equivocó el colegiado de segunda instancia, es que no advirtió de las pruebas arrimadas al proceso la existencia de los susodichos contratos a término fijo, puntual aspecto que obliga recordar que una cosa es la existencia misma de dicho pacto, y otra su prueba que puede traerse a juicio a través de otro elemento, en cuanto su acreditación no exige a la luz de las normas del C.P.T. y de la S.S. prueba ad substantiam actus o ad solemnitatem.

En este orden, razón le asiste al recurrente al atacar la conclusión del Tribunal, porque si bien es cierto en las copias de los contratos de trabajo a término fijo no figura la firma de la universidad empleadora y de su trabajador, la modalidad temporal y fija de las vinculaciones laborales fueron expresamente acreditadas al plenario por la propia accionada, quien al contestar la demanda inicial, confesó, en el acápite que denominó “HECHOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA” (fl. 56), que “[e]l actor ha laborado mediante contrato escrito de trabajo” y que “los contratos de trabajo escritos iniciales lo fueron a término fijo” (fl. 56)”

Conforme lo anterior, contrario a lo asentado por el curador ad litem de la demandada ESIMED S.A., no era imprescindible la incorporación del contrato escrito para poder establecer que su duración estaba sometida a un plazo

definido, siempre y cuando la modalidad en la que se ejecutó la relación laboral pueda verificarse a través de otros medios de convicción. De este modo, la temporalidad del vínculo puede constar en documento aparte o distinto del contrato de trabajo, donde pueda evidenciarse la voluntad común de los contratantes para tener por fijo un contrato de trabajo

Ahora bien, revisado en su integridad el plenario no encuentra la Sala documento distinto al considerado por el fallador de primer grado para determinar la modalidad contractual, esto es, los estatutos de ESIMED S.A. (folios 71 a 81) en cuyo artículo 31 se determinó que los Gerentes -cargo desempeñado por la demandante- serán elegidos para periodos de un año (folio 77):

“ARTÍCULO TRIGÉSIMO PRIMERO.- DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA: El gobierno y la administración de la sociedad serán ejercidos por un Gerente y dos (2) suplentes; primero y segundo quienes en su orden reemplazaran en sus faltas temporales y absolutas, por lo tanto en el desempeño de sus funciones todos los trabajadores de la sociedad estarán sometidos al Gerente de la misma, excepción hecha del revisor fiscal. El Gerente y sus suplentes serán elegidos por la Junta Directiva, par periodos de un (1) año, pudiendo ser elegidos indefinidamente o removidos libremente en cualquier momento”

En un caso de idénticos contornos fácticos, la Corte Suprema de Justicia consideró que dicho periodo estatutario resultaba suficiente para demostrar la temporalidad del contrato, dada la libertad probatoria existente para la verificación del mismo. Puntualmente ese Alto Tribunal, en sentencia SL4341 de 2019, indicó:

“(…)

Ahora bien, en tanto fue discutida la modalidad del contrato de trabajo que unió a las partes y sus consecuencias, el Tribunal partió de la acertada obligación de exigir la acreditación suficiente de la temporalidad del vínculo que esgrimió el demandante, lo que no limitó a tarifa probatoria alguna. Ciertamente, el ad quem aseguró que la prueba del plazo definido dentro del contrato a término fijo debía constar expresamente, sea cual fuere el medio de convicción que le acompañare. Y, ante su ausencia, la suerte que debía correr la relación laboral era tenerla por regida bajo un contrato a término indefinido.

Esto es lo que exactamente ha sostenido la Corte de tiempo atrás, en procura de dilucidar cuál es el camino probatorio que debe seguirse para acreditar aquel tipo de modalidad contractual. Así lo sentó en la reciente providencia CSJ SL997-2019

en la que reiteró las sentencias CSJ SL609-2019, CSJ SL2600-2018 y CSJ SL5737-2015, cuando señaló:

En efecto, como lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL2600-2018, al pronunciarse, entre otros, sobre el artículo 46 del CST,

[...] existen determinadas estipulaciones, ensambladas en el convenio laboral, para las cuales la ley impone el cumplimiento de una formalidad para su eficacia (actos ad solemnitatem), tal es el caso, por ejemplo, del pacto de duración a término fijo de los contratos de trabajo (art. 46 CST), el periodo de prueba (art. 77 CST) o el salario integral (art. 132 CST), los cuales por expreso mandato legal deben celebrarse por escrito.

La desatención de esta formalidad legal, no implica, la inexistencia o ineficacia de la totalidad del contrato de trabajo, sino apenas de uno de los apéndices o cláusulas para los cuales la ley exige una específica forma. Así, la falta de una estipulación escrita sobre el término fijo, hace que el contrato laboral se entienda celebrado a tiempo indefinido (art. 45 CST); la ausencia de un acuerdo escrito en torno al periodo de prueba implica que los «servicios se entienden regulados por las normas generales del contrato de trabajo» (art. 77 CST) y la omisión de pacto escrito de salario integral hace que el salario acordado se gobierne por las reglas generales de la remuneración.

Sin embargo, lo anterior no significa que la prueba del pacto de la modalidad y plazo contractual deba ser allegada únicamente a través del contrato en comento, o como lo quiere hacer ver la censura, estar necesariamente en un documento titulado contrato de trabajo, pues «[...] una cosa es el periodo fijo pactado y otra la prueba del mismo, lo que bien puede acreditarse en el proceso a través de los medios probatorios legalmente admisibles [...]», como lo ha expuesto la Sala, por ejemplo, en las sentencias CSJ SL, 5 abr. 2011, rad. 36035 y CSJ SL5737-2015 [...].

Sin embargo, a pesar del buen camino con el que inició el raciocinio del Tribunal, equivocó su paso al exigir irrestrictamente que la demostración de la temporalidad de un contrato reputado a término fijo suponía la probanza de la consensualidad de forma igualmente vehemente. De esta forma, hizo nugatorios los efectos de la libertad probatoria que asiste a las partes para demostrar el efecto de una temporalidad contractual bajo el pretexto de acreditar sin lugar a dudas el consenso que hubiere acompañado esa fijación.

Luego, menguó la mencionada potestad probatoria de las partes para exigir que el pacto de temporalidad sea consensual, común y espontáneo, y contrario sensu, excluir el unilateral o impositivo. En el sub lite es cierto que los contratantes no expidieron voluntariamente ningún documento que fijara un límite temporal a la ejecución del contrato, pero la razón de obviarlo bien pudo ser la indiscutida realidad que subyacía a la ejecución de la relación laboral misma y que era plenamente conocida por ambos extremos contractuales: la existencia de un período fijo estatutario para la labor del gerente.

De esta forma, a no dudarlo, las partes eran conscientes de la existencia de una (sic) término fijo que gobernaba la actividad del demandante, a pesar de la posibilidad de prórroga indefinida. Ello, entonces, bastaba como prueba de temporalidad en el marco de la libertad probatoria que sobre el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo se ha reconocido a las partes.” (Negrilla y Subrayas de la Sala).

Acogiendo dicha postura entonces lo contenido en los estatutos atrás transcritos resulta suficiente para considerar que el cargo de Gerente para el cual fue vinculada la actora, fue a través de un contrato a término fijo de un año, como lo estimó el juzgador de primer grado, al no advertirse pacto distinto al imperativo señalado en la norma estatutaria y valorado su texto bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (artículo 61 del C.P.L.), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables.

Superado dicho aspecto, pasa la Sala a verificar lo atinente a la remuneración de la actora, quien considera encontrarse acreditado que su retribución era de doce millones de pesos más el auxilio de alimentación y transporte que correspondía a \$3.000.000.

En ese sentido, revisadas las pruebas acopiadas al dossier en su integridad, no encuentra la Sala que lo aseverado por la convocante del juicio, esto es, que su salario mensual ascendía a \$15.360.000 -hecho segundo y pretensión cuarta, folio 136-, trascendiera al plano probatorio pues ni un solo medio de convicción existe del que si quiera se pueda inferir o deducir que esa fue su remuneración, no siendo prueba de ello el extracto bancario del mes de julio emitido por DAVIVIENDA (folio 125) pues se verifica la acreditación de abonos a su cuenta de ahorros, no es posible determinar quién hizo tal depósito y bajo que conceptos.

De hecho, el único documento indiciario del salario de la trabajadora, es el reporte de semanas cotizadas en pensión expedido por COLPENSIONES (folios 423 a 433) en los que se observa que para los periodos 201512 a 201605, ESIMED cotizó a favor de la demandante tomando como ingreso base la suma de \$8.652.000, lo cual tampoco es concluyente por cuanto para el periodo

201606 el IBC fue de \$4.326.000 y para el 201607 de un salario mínimo legal mensual vigente.

Ahora, aunque a folio 21 se allegó copia del “*otrosí al contrato individual de trabaja (sic) firmado entre ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. NIT. 800.215.908-8 y NIRIA JANITH GUERRERO GUERRERO C.C. 52.021.091*” suscrito el 29 de marzo de 2016, por el cual las partes determinan de común acuerdo el pago de un auxilio mensual al trabajador por concepto de alimentación y transporte extralegal por valor de \$3.000.000, no constitutiva de salario, la accionante no desplegó actividad probatoria alguna tendiente a demostrar en el juicio que dicho concepto, en efecto le fue cancelado en vigencia de la relación laboral.

Se precisa, en los términos del artículo 167 del C.G.P., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y en este caso era una carga en cabeza de la demandante la demostración del monto de su salario, pues se insiste, en el expediente no obra ni un solo elemento de juicio que dé cuenta que alguna vez el auxilio le fue pagado a la trabajadora, sin que para el caso pueda entenderse, como se sugiere por este extremo procesal en la alzada, que ante la falta de objeción por la demandada, debía tenerse por acreditada dicha circunstancia, pues en realidad, si bien las convocadas no negaron el hecho, tampoco lo aceptaron, porque para Cafesalud, nunca existió vínculo laboral alguno con la demandante y ESIMED estuvo representada en juicio por curador ad litem.

Sobre esto además, teniendo en cuenta lo alegado en la apelación por la accionante, se recuerda, para que se configure la confesión ficta o presunta como consecuencia de la inasistencia de la parte a absolver el interrogatorio, el juez de primera instancia debe identificar, individualizar y especificar los hechos sobre los cuales recae dicha sanción, los cuales deben ser en realidad susceptibles de ser confesados. De no hacerse ello así, como en efecto aquí ocurrió, es el interesado quien debe exhibir su inconformidad en ese mismo momento, no siendo por tanto esta la oportunidad para que esta Colegiatura de aplicación a las consecuencias consagradas en las normas

procesales pues ello es competencia exclusiva del sentenciador de primer grado⁴.

Atendiendo tales consideraciones, para la Sala no hay lugar a modificar el salario determinado en la sentencia apelada -\$8.652.000-, pues hacerlo, dada la ausencia de prueba sobre el particular, resultaría en una *reformatio in peius* de quien fuera recurrente único de este aspecto.

Aclarado ese punto, continua la Sala con la revisión de la liquidación efectuada por el *a quo*, que se impugna mal realizada por el demandante, frente a la indemnización por despido sin justa causa y las acreencias debidas a la trabajadora a la finalización del contrato.

En ese orden, frente a las prestaciones sociales (cesantías y primas de servicio), intereses a las cesantías y vacaciones que fueron los conceptos estimados por el juez (folio 444), hechos los cálculos de rigor tomando como salario la suma \$8.652.000 -declarada en primera instancia- y los días efectivamente laborados por la actora, se obtiene lo siguiente:

Año	Días laborados	Salario	Cesantías	Intereses a la Cesantías	Prima de servicio	Vacaciones
2015	34	\$ 8.652.000	\$ 817.133	\$ 9.261	\$ 817.133	\$ 408.567
2016	170	\$ 8.652.000	\$ 4.085.667	\$ 231.521	\$ 4.085.667	\$ 2.042.833
SUBTOTAL			\$ 4.902.800	\$ 240.782	\$ 4.902.800	\$ 2.451.400
TOTAL						\$ 12.497.782

Conforme lo anterior, no hay ninguna diferencia entre lo calculado por el juzgador en la sentencia de primer grado y lo liquidado por la Sala, por lo que no se modificará este punto, anotando, como quiera que el pago que se encontró acreditado por el *a quo* -\$12.534.597-, no discutido en esta instancia, cubre dicha suma, no hay lugar a imponer condena por indemnización moratoria, pues además de lo advertido por el juzgador frente al plazo prudencial, lo cierto es que no se advierte el ánimo de la demandada de querer desconocer los derechos que le asistían a la demandante, esto es, su conducta estuvo guiada por la buena fe.

⁴ Al tema pueden consultarse las sentencias SL751 de 2021, SL667 de 2021, SL3395 de 2020.

En lo que toca a la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que esta, conforme la modalidad del contrato acreditada equivale al “valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato” (artículo 64 del C.S.T.), hechos los cálculos respectivos se obtiene un valor de \$44.413.600⁵, suma que resulta superior a la calculada en la sentencia apelada -\$35.761.600-, por lo que, teniendo en cuenta el valor compensado -\$12.534.597⁶- la demandada adeuda por este concepto a la demandante \$31.879.003, debiendo modificarse en este punto la sentencia apelada.

Con relación a los salarios pedidos del 21 de junio al 25 de noviembre de 2016, sobre los que se asegura no hubo pronunciamiento en la providencia de primera instancia, debe decirse que no proceden atendiendo el finiquito del vínculo acaecido el 21 de junio de 2016, anotándose, la indemnización por despido sin justa causa en contratos a término fijo corresponde precisamente a esas cifras, como ya se anotó.

Por último, en lo que corresponde a la unidad de empresa, conviene memorar, de acuerdo con el artículo 194 del C.S.T., subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990 “(...) Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.”, advirtiendo que “En el caso de las personas jurídicas **existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente**, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; (...)”

Plazo pactado contrato:	1 año
Inicio plazo	26 de noviembre de 2015
Fin plazo	25 de noviembre de 2016
Fecha de terminación	21 de junio de 2016
Plazo faltante (en días)	154
Salario	\$ 8.652.000
Salario diario	\$ 288.400
⁵ Valor indemnización (salario diario x plazo faltante)	\$ 44.413.600

⁶ La demandada hizo dos pagos a la demandante por el mismo valor, el primero se imputó al pago de acreencias laborales y el segundo a la indemnización por despido sin justa causa.

Conforme la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, el efecto jurídico de su declaratoria, *“es tener a las varias personas jurídicas, o las varias unidades de una misma persona natural o jurídica, como una sola empresa, en beneficio del trabajador, con miras a que éste pueda obtener el reconocimiento y pago de prestaciones que sólo están a cargo de una empresa.”* (CSJ SL, 31 ago. 2010, rad. 32060, reiterada en sentencia SL6313 de 2016).

Así, en consonancia con la disposición enunciada, para que proceda la declaración de una unidad de empresa entre personas jurídicas deben concurrir dos elementos, a saber: i) las actividades que ejecuten o desarrollen las empresas deben ser similares, conexas o complementarias y ii) Debe estar acreditado el predominio económico de la sociedad principal sobre su filial o subsidiaria, a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados⁷.

Sobre este segundo requisito, esto es, el predominio económico, se ha sostenido por la Corte que *“no se trata simplemente de un control societario sino de una interrelación de carácter económico y participación accionaria de la sociedad principal o matriz sobre las filiales o subsidiarias”*⁸. Al punto, dijo el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Segunda del 8 marzo de 1994, rads. 5933 y 5934 (acumulados), -postura aceptada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6228 de 2016 M.P. Gerardo Botero Zuluaga-, lo siguiente:

⁷ *“A juicio de la Sala, es bien claro el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, en precisar que cuando la declaratoria de unidad de empresa ha de recaer sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que además, la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las subsidiarias o filiales, constituye otro ingrediente de inexorable concurrencia, para que así pueda declararse. Así por ejemplo en pronunciamiento de 2 de junio de 1994, se dejó dicho que:*

“La jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de demostrar la unidad de empresa entre personas jurídicas es necesario evidenciar el predominio económico de una frente a las demás. \”...No basta que se den los elementos de similitud, conexidad o complementariedad para que se instrumente la unidad de empresa entratándose de personas jurídicas. Es necesario que exista un predominio económico de una frente a las otras. Pero ese predominio económico tiene que ser a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados\”. (No. 6521).

La intelección de la Sala respecto del precepto legal mencionado, como en las sentencias 9095, de febrero 17 de 1997; 10956, de noviembre 3 de 1998; 13054, de 3 de abril de 2000, entre muchas otras, ha seguido idéntico derrotero al que se reprodujo(...).” Sentencia 16 de febrero de 2010 Radicado 35970, Corte Suprema de Justicia.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL109-2018.

“(…) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (....). Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (...) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas”

Valga precisar en este punto, que no pueden confundirse la figura de “grupo empresarial”⁹, predicable en el ámbito comercial, con la “unidad de empresa” que regula el Código Sustantivo del Trabajo, pues el hecho de que se configure la primera no conlleva inexorablemente a la declaratoria de la segunda. Así lo concluyó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada, al señalar:

“no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que se hace indispensable verificar en todos los casos el factor del predominio económico o relación de dependencia económica que exige el mandato laboral, que lo comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y recíproco, que lleve a inferir que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, además que todas ellas deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias”

En ese sentido, quien pretenda la declaratoria de unidad de empresa, debe ocuparse de acreditar, además de la ejecución de actividades conexas, similares o complementarias, que la subordinación de las sociedades filiales respecto de la principal se deriva de un predominio de capital que se evidencia en la participación accionaria y en el control financiero y administrativo entre tales personas jurídicas.

⁹ En los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, habrá grupo empresarial cuando “además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección”, señalando que “Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.”.

Por su parte, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley en comento, establece que “Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria”.

Verificada la concurrencia de los presupuestos a los que se refiere el artículo 194 del C.S.T., habrá de declararse la unidad de empresa, lo que da lugar, como una de las consecuencias jurídicas de esta figura, que sobrevenga la responsabilidad solidaria de dichas sociedades sobre el pago de las acreencias que se causen a favor de los trabajadores.

Descendiendo al caso de autos, revisado el elenco probatorio con el propósito de verificar la concurrencia de los presupuestos a que se refiere el artículo 194 del C.S.T de las denominadas subordinadas respecto de la matriz, se encuentra que al plenario fueron incorporados los certificados de existencia y representación legal de CAFESALUD EPS (folios 33 a 70) y ESTUDIOS E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED S.A. (folios 22 a 32).

En el primero, se observa como objeto de CAFESALUD (folio 34):

“(…)OBJETO SOCIAL: La sociedad tendrá como objeto: la realización de todas las actividades propias de una entidad promotora de salud dentro del marco y los requisitos establecidos en la ley. para ello, la entidad ejercerá las siguientes funciones: 1. promover la afiliación los habitantes de Colombia al sistema general de seguridad social en salud bien a través del dentro de su ámbito geográfico de influencia, régimen contributivo del régimen subsidiado, garantizando siempre la del usuario y remitir al fondo, de solidaridad y información relativa a la afiliación del trabajador y su familia, a las novedades laborales, a los recaudos por cotizaciones y desembolsos por el pago de la prestación de los servicios. 2. el riesgo en salud de sus a) afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de enfermedad sin atención, evitando en todo discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el sistema. 3. movilizar los recursos para el funcionamiento del sistema de seguridad social en salud, mediante el recaudo de las cotizaciones por delegación del fondo de solidaridad y garantía; girar los excedentes entre los recaudos, la cotización y el valor de la unidad de pago por capacitación a dicho fondo, o cobrar la diferencia en caso de ser negativa y pagar los servicios de salud a los prestadores con los cuales tenga contrato. 4. Organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el plan obligatorio de salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con el cargo a las unidades de pago por capitación correspondiente. con este propósito gestionara y coordinara la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con instituciones prestadoras y con profesionales de la salud. la sociedad establecerá procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud. 5. reconocer y pagar a sus afiliados las incapacidades derivadas de los riesgos de enfermedad general y maternidad 6. organizar la prestación del servicio de salud derivado del sistema de riesgos

profesionales conforme a las disposiciones que rijan la materia. 7. organizar la prestación de servicios legales de salud de los, trabajadores de las entidades que quedaron expresamente excluidas del sistema general de seguridad social en salud, cuando con dichas entidades se celebren contratos para el efecto. 8. Las demás funciones que determine la ley para las entidades promotoras de salud. La sociedad podrá igualmente, organizar la prestación directa de servicios médicos, quirúrgicos, generales, especializados y servicios odontológicos en todas las áreas de la salud humana cobijando los servicios de promoción de la salud y prevención de la enfermedad, consulta externa y especializada en medicina diagnóstica y terapéutica, hospitalización, urgencias, cirugía y exámenes diagnósticos en beneficio de las personas que contraten los planes que la sociedad ofrezca (...)"

Según tales documentos (CERL) el objeto de ESIMED S.A. (folio 22 vto.) corresponde a:

“OBJETO SOCIAL: La sociedad tiene como objeto social, la administración y/o prestación directa de servicios de salud I.P.S., el diseño y ejecución de programas de prevención y promoción de la salud, la importación, comercialización y distribución de equipos para la prestación de servicios de salud, la conformación centro de acondicionamiento y control físico, la aplicación de programas de auditoría en las áreas de la salud, la asesoría a otras organizaciones de objeto similar. En desarrollo de ese objeto social, la empresa podrá celebrar toda clase de contratos y actos tanto civiles como mercantiles que guarden relación directa con el objeto social de la empresa, asociarse para la conformación y prestación de servicios de salud con cualquier persona natural o jurídica, privada o pública, invertir en sociedades que tengan fines conexos y similares o complementarios, adquirir inmuebles o muebles para el desarrollo del objeto, invertir sus excedente de tesorería en títulos valores y acciones, papeles oficiales y otros. En todos los casos, la sociedad tendrá la más amplia capacidad para ejercer sus obligaciones legales contractuales.”

Ahora, en el certificado de existencia y representación legal de ESIMED se constata además que “por documento privado del 18 de julio de 1996, inscrito el 20 de agosto de 1996, bajo el número 00551105 del libro IX, comunicó la sociedad matriz CAFESALUD ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. (...) que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.” No obstante, seguidamente aparece la siguiente anotación: “Que por documento privado de representante legal del 16 de noviembre de 2004, inscrito el 23 de noviembre de 2004 bajo el número 00963441 del libro IX, comunicó la sociedad matriz **SALUDCOOP ENTIDAD PROMOTRA DE SALUD ORGANISMO COOPERATIVO SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN** (...) que se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia.” certificándose por la Cámara de Comercio (folio 27 vto.):

“la situación de control ejercida sobre la sociedad matriz de la referencia, por la sociedad SALUDCOOP EPS (MATRIZ), se realiza simultáneamente como situación de grupo empresarial” (folio 27 vto.).

Del mismo modo del certificado de existencia y representación legal de CAFESALUD E.P.S se advierte en iguales términos la situación de control sobre ESIMED (folio 74), no obstante, esta sociedad el 16 de noviembre de 2004 entra a hacer parte del grupo empresarial de SALUDCOOP (folio 74 vto.).

Conforme lo analizado y de la comparación de los textos citados, para la Sala, únicamente puede hablarse de una empresa principal (SALUDCOOP) y otras subsidiarias (CAFESALUD y ESIMED), por lo que, si bien es claro CAFESALUD y ESIMED S.A. pertenecen al mismo grupo, la primera no es la matriz o controlante de la segunda. En ese sentido, aunque las actividades son conexas o complementarias y pese a que conforme al acta No. 31 del 17 de junio de 2016, de la Asamblea General de Accionistas de ESTUDIOS E INVERSIONES S.A., CAFESALUD EPS tiene un 94,683% de participación accionaria en ESIMED, con esta última circunstancia no se acredita el predominio económico porque no es posible verificar de allí el control financiero y administrativo que ejerce la aludida EPS sobre ESIMED S.A., máxime si se tiene en cuenta que no es subordinada la una de la otra, anotándose, la participación accionaria debe ir ligada al aludido control para que se configure la unidad de empresa.

Así, aunque pudo existir en algún momento la unidad de empresa entre esas dos personas jurídicas, actualmente no puede entenderse configurada la misma.

Valga decir, ningún otro elemento indicativo de predominio económico que detentara una de aquellas sobre la otra, emerge del examen cuidadoso de los demás elementos de juicio incorporados al plenario, y ninguno de ellos sugiere un nexo jurídico de este orden entre estas dos personas jurídicas convocadas a la litis. Tal ausencia demostrativa, impide que se declare la unidad de empresa por ser este el elemento determinante para la configuración de esta figura.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, habrá de revocarse la unidad de empresa que fuera declarada por el juez de primera instancia.

Agotada como se encuentra la competencia de esta instancia por el estudio de los puntos objeto de apelación, lo que sigue la modificación de los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia de primer grado, en lo que toca al valor por diferencia de indemnización por despido sin justa causa que debe cancelarse a la actora y la revocatoria del numeral PRIMERO, según las disquisiciones hechas por la Sala.

COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá y, en su lugar, DECALRAR que entre CAFESALUD EPS y ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS -ESIMED S.A., NO existe unidad de empresa, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia de primer grado, en el sentido de indicar que la indemnización por despido sin justa causa a favor de la demandante asciende a **\$44.413.600.**

TERCERO: MODIFICAR el numeral QUINTO únicamente en el sentido de establecer que la diferencia adeudada por ESIMED a la demandante, por indemnización por despido sin justa causa, luego de aplicada la compensación corresponde a **\$31.879.003.**

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas ESIMED S.A.
y CAFESALUD E.P.S. S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AGENCIAS EN DERECHO: Se fija como valor por concepto de agencias en
derecho la suma de \$800.000, a cargo de ESIMED S.A. y CAFESALUD E.P.S.
S.A., cada una, la cual deberá ser incluida en la liquidación de costas, al tenor
de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

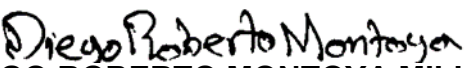
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LIGIA PATRICIA CRUZ
MERCHAN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 34 2018 00444
01¹)**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en calidad de representante legal de la sociedad CAL Y NAF ABOGADOS S.A.S, apoderada principal (folios 335 y 337 a 346).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por la demandante (folios 322 a 324) y las demandadas PROTECCIÓN S.A. (folios 325 a 327), PORVENIR S.A. (folios 328 a 333) y COLPENSIONES (folios 334 a 349) el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, así como

¹ En virtud de lo establecido en los acuerdos PSCJA20-11868 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 de 31 de diciembre de 2020, el expediente fue remitido por la sede judicial de conocimiento al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, Despacho que por auto del 24 de febrero de 2021, avocó conocimiento del proceso (folio 212)-

el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 12 de marzo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 15:10, CD folio 316, acta folios 314 y 315), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por LIGIA PATRICIA CRUZ MERCHAN del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A y a efectuar los ajustes de la historia pensional de la actora

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en **COSTAS** incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A y a favor de la demandante en la suma de \$1.000.000 de pesos.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de Colpensiones.”

Inconforme con la decisión, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, la apelaron.

En primer lugar COLPENSIONES refiere, el traslado de régimen realizado por la demandante el 7 de septiembre de 1995, mediante la afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, fue de forma libre, espontánea y sin presiones, y con el cumplimiento de las solemnidades legales, y por ende, produjo plenos efectos, anotando, en el expediente no existe prueba de que su consentimiento fuera ineficaz o se encuentra viciado de nulidad por no haber contado con la suficiente información para realizar el mismo, como se adujo en la demanda.

Señala, con el tránsito efectuado por la actora entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, se entiende ratificada su decisión de permanecer en ese régimen y el conocimiento que tiene de las características propias de este.

Con relación a la carga de la prueba, sostiene, no es a la AFP a quien le corresponde esta, advirtiendo, un entendimiento contrario contraviene lo previsto en los artículos 1604 del C.C. y 167 del C.G.P., último que considera debería ser aplicado. A ello suma la imposibilidad en la que se encuentra inmersa la administradora de probar situaciones ocurridas hace más de 20 años o de aportar elementos distintos al formulario de afiliación, única exigencia de la época, en el que consta la intención de afiliación.

En lo que toca al deber de información, precisa, este se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, aunque a Corte aluda a otras disposiciones.

Resalta, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por ello no puede colegirse que tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión, como para retornar al régimen de prima media en cualquier momento. Dada tal situación, además, alude inaplicables las sentencias vertidas por la Corte sobre la materia, las cuales, arguye, no son de aplicación “*directa e indiscriminada*”, si se tiene en cuenta además que la inconformidad no es otra que la mesada de la pensión, escenario que, asevera, no es el objeto de protección y alcance de las decisiones de la alta corporación.

Advierte, el retorno de una persona que no ha estado afiliada por más de 20 años en el RPM pone en riesgo el sistema pensional y el pago de las pensiones de quienes si han cotizado a este.

De no acogerse los anteriores argumentos, solicita, se condicione el cumplimiento de la sentencia de esa entidad, a que la administradora devuelva las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora con los demás conceptos y no sea condenada en costas, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz² (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T.

² “Gracias su señora siendo esta la oportunidad procesal pertinente, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable tribunal sala laboral de Bogotá, y esto en atención a que declara su señoría la ineficacia de la demandante el día 07 de septiembre de 1995 con la AFP Colmena hoy

realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 16:41, CD folio 316, acta folios 314 y 315).

A su turno, PORVENIR, asevera, el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento público que se presume auténtico al tenor de los artículos 243 y 244 del C.G.P y 114 de la Ley 100 de 1993, con el cual se verifica

protección y que ordena a Colpensiones a activar la afiliación. Lo que me permito sustentar de que la demandante realizó de forma libre, espontánea y sin presiones su traslado al RAIS, pues siendo evidente que este se realizó en cumplimiento de las solemnidades legales, por lo cual produjo los efectos de traslado válidos al RAIS y de conformidad con lo que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en el literal b, sin que exista en el plenario ninguna prueba de que su consentimiento fuera ineficaz o estuviera viciado de nulidad por haberse tratado de una decisión sin tener la suficiente información como lo afirma ahora la parte demandante.

De igual forma es de tener en cuenta de que también realizó un traslado de manera horizontal con la AFP Porvenir, porque con esto ratifica aún más su decisión de querer pertenecer a este régimen y de conocer las características de este. Por otra parte respecto de la carga de la prueba en un contrato de afiliación, es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensionan se invierten las partes por lo cual no es al fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, pues es una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del código civil, por lo cual ruego que se aplique el artículo 167 del CGP, además se tornan imposible probar hechos incurridos hace más de 20 años y nadie está obligado a lo imposible.

Respecto al deber de información aunque el presente de la CSJ utiliza como la norma para la aplicación del deber de información el decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron en el año de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de permanecer al RAIS, siendo el caso aquí de la actora quien suscribió el formulario de afiliación para el año de 1995 con la AFP Colmena hoy protección.

Por otra parte, pues nótese que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto el 01 de abril de 1994 no contaba con la edad requerida ni con las 750 semanas de cotización por lo que se puede colegir que no tenía una expectativa real sobre su derecho a la pensión para poder regresar al RPM en cualquier momento.

De igual manera es de manifestar que no se trata de aplicar de manera directa e indiscriminada las decisiones del máxima autoridad de esta especialidad como lo es la CSJ para todos los casos, sino que por el contrario se debe analizar si en la presunta falta de información se produce un efecto como el del régimen de transición pensional, o como si bien se trata como es aquí el caso la demandante busca ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades en que debe surtir la movilidad entre regímenes, porque ahora pues se encuentra en desacuerdo con su mesada pensional en el RAIS y como se ha reiterado en varias jurisprudencias, este último escenario no es el objeto de protección y alcance de las decisiones de la CSJ, toda vez que tal proceder termina por sonsacar los principios fundamentales sobre el cual se rige todo el sistema general de la seguridad social y como lo es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional,

Además, es de tener en cuenta honorables magistrados que una persona que no ha estado afiliada por más de veinte años al RPM pretende ahora que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado a este, pues esto pondría en riesgo el sistema pensional y el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado a este.

De igual manera y en forma subsidiaria, en caso de no acogerse a los argumentos anteriormente expuestos por mi representada y la sala confirme la providencia objeto de alza, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrante en la cuenta de ahorro individual de la demandante como lo son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada al fondo privado la parte demandante, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto pues la AFP no reintegre los recursos, en igual sentido solicito que no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa daño injustificado entre dos partes ajenas a Colpensiones, en este sentido dejo sustentado mi recurso de alza y muy respetuosamente solicito al honorable tribunal se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra, gracias.”

que la selección de régimen y los traslados fueron libres, espontáneos y sin presiones.

Menciona, en el proceso se acreditó que la demandante recibió una información oportuna y completa, aunque se concluyera lo contrario, no solo con el mentado formulario de afiliación sino con la conducta de la actora de realizar traslados dentro del RAIS y la autorización de realizar los descuentos con destino a los fondos de pensiones, pruebas que, en su criterio, de analizarse de manera crítica y en conjunto, conducen a concluir con certeza que la intención de la actora fue permanecer al régimen de ahorro individual.

Por otra parte, refiere, no es viable jurídicamente imponer carga distinta a esa sociedad a aquellas previstas en las leyes existentes al momento del traslado, hacerlo, dice, es una violación de sus derechos al debido proceso y a la confianza legítima.

De otro lado, y de concluirse que el acto jurídico de traslado no tuvo validez, recuerda, el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 señala cuáles son los dineros que deben trasladarse cuando se presenta un cambio de régimen, y por ello, no es posible que se disponga la devolución de sumas diferentes a las allí enunciadas, entre ellos los gastos de administración, pues de hacerse, considera, se constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Finalmente, anota, sobre los gastos de administración debe aplicarse los artículos 188 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S.³ (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento,

³ “Muchas gracias señor juez con el debido respeto me aparto del fallo de primera instancia, procedo a interponer recurso de apelación en contra de este, toda vez que los formulario de afiliación que suscribió la demandante son documentos públicos que se presumen auténticos, esto según artículos 243 y 244 del CGP y adicionalmente contiene las declaraciones que exige el artículo 114 de la ley 100 de 1993, esto es que la selección que realizó de régimen y los traslados fueron libre, espontáneos y sin presiones, adicionalmente que estos documentos no fueron tachados, ni desconocidos de falsos durante el desarrollo del proceso por lo que probatoriamente no es dable restarles valor ni mucho menos desconocerlos. En el presente asunto la parte demandante realizó cambio de régimen con la AFP Colmena de forma libre y voluntaria, luego decidió nuevamente realizar traslado con Horizonte hoy PORVENIR, el cual se le brindó una información oportuna y completa, tal como se evidenció en el desarrollo del proceso, en esta instancia se aduce que mi representada no allego prueba del cumplimiento del deber de asesoría con la demandante, ni Colmena esto era entregarle información completa, veraz y oportuna y tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto los fondos privados de manera palmaria cumplieron con la carga procesal impuesta, pese al inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario con lo que se dispone legalmente al respecto en la medida que se aportaron los documentos que se tenían en su poder para demostrar que la demandante estuvo vinculada y esta con mi representada producto de una decisión libre e informada, esto no solo se acredita con los formularios de afiliación, los cuales insiste son documentos auténticos o sino también con la conducta del demandante que realizo traslados horizontales entre fondos privados, permaneció en el RAIS y permitió el descuento con destino a estos fondos, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto nos conducen

artículo 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 22:32, CD folio 316, acta folios 314 y 315).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 61 y 62) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 62 a 54), aspirando se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a través de PROTECCIÓN, al no habersele proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a esa sociedad, incumpliendo su deber de buen consejo. En consecuencia, se condene PORVENIR, última en la cual se encuentra actualmente afiliada, a trasladar los aportes cotizados en el RAIS y se ordene a COLPENSIONES registrar su afiliación sin solución de continuidad. Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la

a la certeza de concluir que su intención si era pertenecer al RAIS, igualmente es vale mencionar que jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada a las que se preveían a las leyes existentes al momento del traslado de la demandante, pues esto constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo el que represento, ya que es claro que para las épocas en las que se celebraron los actos jurídicos de vinculación con los fondos privados no solo la afiliada era jurídicamente capaz sino que adicionalmente los actos contenían objeto y causa lícita y ahora por interpretaciones y alcances que se están haciendo de algunas normas se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho como lo son la validez y los efectos de los actos jurídicos

Ahora bien señores magistrados en el hipotético caso que consideren que el negocio jurídico celebrados entre las partes no tuvo validez no puede olvidarse que el artículo 133 literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe cambio de régimen, estos son: los saldos de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos. En consecuencia no se debe ordenar la devolución de las sumas diferentes a las que se indican en este literal, por cuanto ningún otro valor está destinada a financiar la prestación de la afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico que se celebró entre la demandante y porvenir, como lo es Colpensiones pero además que se deben determinar que se deben reintegrar los gastos de administración es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado debe devolver el valor de la póliza, en este orden de ideas y al ser claro que los gastos de administración no corresponden, ni pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, pues no financian la pensión de vejez y no hacen parte integral de ella, es una razón de peso para alegar que esto si prescribe, razón por la cual en este caso debería aplicarse el artículo 488 del CST y 151 del CPT y SS y hace deberia declararse , no obstante también es claro para la ley y la jurisprudencia que la seguridad social en pensiones no asegura la cobertura de una cuantía sino de una contingencia , esta se encuentra cubierta toda vez que la demandante no se le ha negado su derecho prestacional, así las cosas señores magistrados y observándose que mi representada ha actuado de buena fe y conforme a las leyes existentes es que de manera muy respetuosa les solicito se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad y en su lugar mi representada sea absuelta, muchas gracias.”

actora a COLMENA hoy PROTECCIÓN, disponiendo a PORVENIR, como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexados. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN (antes COLMENA) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 5 de junio de 1961 (folio 3), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 3 de mayo de 2018 (folios 58 y 55 a 57), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para tener la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 335,20 semanas cotizadas que corresponde a 6,4 años (historia laboral expedida por COLPENSIONES, folios 98 y 99), por lo que no se

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

encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el **7 de septiembre de 1995** (folios 149 y 153) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA (hoy PROTECCIÓN) y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino

además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

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

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

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

Señalando la Corte, de acuerdo a la doctrina se le han adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

(...)

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

(...).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

No se enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones pues se limitó a señalar que el asesor le dijo que su mesada pensional sería mucho mayor, que el ISS se acabaría y que podría pensionarse a cualquier edad, empero, sin explicarle como se causaba la prestación u otras condiciones propias del régimen.

Tampoco se verifican con lo manifestado ante estrados por la representante legal de PROTECCIÓN⁸ toda vez que en realidad no le consta lo que le dijo el asesor a la actora en el momento de la afiliación y solo refirió a las políticas que tiene establecidas la compañía que presume conocidas y aplicadas por su trabajador, precisando, no existe documento alguno del que se pueda verificar lo ilustrado a la demandante diferente al formulario de afiliación, insistiendo, para la época esa era la única exigencia legal.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA (hoy PROTECCIÓN) (folio 149), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (7 DE SEPTIEMBRE DE 1995, folio 149), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO**

⁷ Audiencia del 4 de marzo de 2021, récord 17:48, CD folio 316.

⁸ Audiencia del 4 de marzo de 2021, récord 11:58 Cd folio 316.

del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

De igual forma, se destaca, el hecho de que la demandante hubiese efectuado traslados entre AFP no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (folio 173). Frente al de traslado a diversas AFP memórese el pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁹.

En ese orden, la ineficacia del tránsito de régimen es procedente, y en consecuencia el traslado, por parte de PORVENIR como actual administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la actora (folio 171), del saldo existente en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración, y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, de tal manera se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

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

⁹ “(...) Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales (...).”

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

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

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción¹⁰ (folios 95 y 169 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PORVENIR, baste con indicar, que la acción de “*recibir*”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

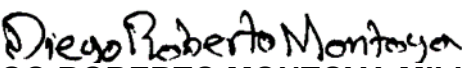
¹⁰ Se tuvo por contestada la demanda por parte de PORVENIR mediante auto del 24 de enero de 2020 (folio 201) y de COLPENSIONES por proveído del 24 de febrero siguiente (folio 212).

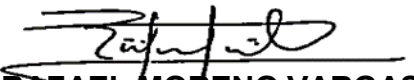
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ASTRID GÓMEZ OLAYA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. (RAD. 34 2018 00492 01¹)

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada BELCY BAUTISTA FONSECA como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por CLAUDIA LILIANA VELA en calidad de representante legal de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS S.A.S., apoderada principal (folio 209).


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Mediante proveído calendado 12 de abril de los corrientes (folios 218 y 219), la Sala advirtió a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado –ANDJE-, la existencia, en el presente trámite, de la causal de nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P. toda vez que se omitió, por parte del juzgado de primer grado, la notificación de esa entidad en los términos del artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, pese a haberse así dispuesto en el auto admisorio (folio 76).

No obstante, aunque mediante correo electrónico del 19 de abril de 2021 remitido a la dirección electrónica procesosnacionales@defensajuridica.gov.co (folio 221), con acuse de recibo de esa misma fecha (folio 220), se efectuó por la Secretaría

¹ En virtud de lo establecido en los acuerdos PSCJA20-11868 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 de 31 de diciembre de 2020, el expediente fue remitido por la sede judicial de conocimiento al Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, Despacho que por auto del 25 de febrero de 2021, avocó conocimiento del proceso (folio 168).

de esta Corporación la notificación en debida forma del auto que advierte la nulidad a la ANDJE, conforme lo previsto en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, dentro del término respectivo tal entidad no alegó la nulidad, razón por la cual, en aplicación del artículo 137 del C.G.P., la misma se entenderá saneada y en consecuencia, habrá de continuarse con el curso del proceso.

Así pues, como quiera que se encuentra vencido el plazo de traslado otorgado en auto del 19 de marzo de 2021, por el cual se admitieron los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (folio 206), y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por la demandante (folios 212 a 216) y la Administradora Colombiana de Pensiones (folios 207 a 211), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia proferida por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el pasado 8 de marzo de 2021 (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 55:34, CD folio 202, acta folios 200 a 201), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por ASTRID GOMEZ OLAYA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS incluidas las agencias en derecho a la AFP Protección S.A y a favor de la demandante en la suma de \$1.000.000 pesos.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 del 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia se Ordena remitir el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES”.

Inconforme con la decisión, las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., la apelaron.

Inicialmente COLPENSIONES advierte, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que impide al afiliado trasladarse de régimen cuando le falten menos de diez (10) años para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión.

Por otro lado, destaca, en el asunto no se acreditó vicio del consentimiento alguno, precisando, la misma demandante en su interrogatorio indicó que no existió coerción o violencia para que suscribiera su afiliación a DAVIVIR.

Con relación al deber de información, considera, si bien la AFP tenía que ilustrar suficientemente a la actora, ello no la exoneraba de su obligación de documentarse sobre la decisión de la envergadura que estaba tomando, toda vez que de su elección dependían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social.

Adicionalmente, pide se tenga en cuenta la calidad de profesional de la demandante, así como el hecho de que se ha desempeñado en la actividad bancaria que, en su sentir, la excluyen de ser una afiliada *lego* como para alegar en su beneficio el desconocimiento de la norma.

Del mismo modo, alega, dentro de la perspectiva social permitir dicho traslado contraría la equidad y abandona el valor de la justicia material pues se permite que personas que no han contribuido al régimen de prima media se beneficien de las cotizaciones efectuadas por otros afiliados.

Por otra parte, solicita, de no acogerse los argumentos expuestos y confirmarse la sentencia del *a quo*, se condicione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo a la efectiva devolución que realice el fondo privado de los dineros acumulados en

la cuenta de ahorro individual de la demandante, debidamente indexados y se disponga que la AFP no descontar lo atinente a “*invalidéz o vejez*”² (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 57:02, CD folio 202, acta folios 200 a 201).

A su turno, PROTECCIÓN refiere no encontrarse de acuerdo con la determinación del juzgado atinente a devolver los gastos de administración, pues estos se tratan de descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir, aun si estuviera afiliada en el régimen de prima media se habrían efectuado tales deducciones de su aporte.

Resalta, las cuotas de administración tienen una destinación específica y se depositan en una cuenta diferente a la del afiliado, no tienen la finalidad de financiar la mesada pensional y por ende no redundan de manera alguna en la obtención del IBL, necesario para liquidar la prestación económica.

² “Gracias su señoría respetosamente me permito presentar recurso de apelación frente a la presente decisión. En primer lugar debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual se indica que después de un año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de diez años o menos para cumplir la edad para cumplir el derecho a la pensión.

Igualmente, no se acreditaron los vicios del consentimiento teniendo en cuenta el interrogatorio de parte practicado la parte demandante nos indica que no hubo ningún tipo de coerción o se ejerció algún tipo de violencia para que se afiliara a DAVIVIR en su momento.

Respecto al deber de información si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esta no la exoneraba del deber incurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional el cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez como tampoco la sustraía de la ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición del acto de la mayor importancia en la medida que su elección dependerían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social en particular la de vejez la que no convierte en los afiliados incapaces para suscribir contratos. Ruego al despacho igual tener en cuenta igual la calidad profesional de la demandante según lo manifestado en su interrogatorio de parte y a lo largo de su actividad profesional se ha desempeñado en la actividad bancaria, circunstancias anteriores por la cual no debe considerarse el demandante un afiliado lego mucho menos alegar el desconocimiento de una norma para su propio beneficio. Igualmente tener en cuenta que dentro de la perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y subsidiarse a costas de cotizaciones y los riesgos asumidos por otros y no por ellos mismos. Finalmente en caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la sala decida confirmar la sentencia objeto de alzada y sin que de ninguna manera sean reconocidas las pretensiones solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas por antes de la cuenta de ahorro individual de la demandante de la AFP como son cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas, gastos de administración, y los demás que hubiere lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliada al fondo privado hasta tanto se actualicen los datos de la demandante en la respectiva base de datos, así mismo se ordene a la AFP no realice descuento alguno por conceptos de invalidéz o vejez, en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”

Sostiene, si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado afiliada al RPM entonces sólo debe disponerse el retorno de los aportes junto con los rendimientos que eventualmente se hubieren causado en ese régimen, pues de la manera en como se está procediendo, dice, COLPENSIONES se enriquece sin causa pues se beneficia de unos dineros que fueron obtenidos como consecuencia de una administración que no realizó.

Finalmente, pide que frente a este concepto se de aplicación al fenómeno prescriptivo³ (Audiencia virtual concentrada artículos 77 y 80 del C.P.T. realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 59:52, CD folio 202, acta folios 200 a 201).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos de la demandante en este proceso ordinario, las pretensiones relacionadas en el escrito de la demanda (folios 55 y 56) las cuales encuentran fundamento en los hechos expuestos en el acápite respectivo (folios 56 a 58), aspirando se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado hacia la administradora de

³ “Muchas gracias señor juez me permito de manera respetuosa presentar recurso de apelación de manera parcial respecto a la condena a mi representada a trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en los dos regímenes, es decir que si la demandante hubiese permanecido afiliado al RPM estos descuentos se hubieren realizado en el mismo porcentaje a los aportes que ella hubiese realizado, debe tenerse en cuenta que estos descuentos tienen una destinación específica y que se depositan en cuentas aparte y que su finalidad no es la de financiar la mesada pensional en ese sentido no afectan de ninguna manera el IBL con el que se calcule la mesada pensional de la demandante.

Debe tenerse en cuenta que si la consecuencia de la ineficacia es entender que la demandante siempre ha estado afiliada en el RPM entonces debería ordenarse trasladar solamente los dineros correspondientes a los aportes, más los rendimientos que se hubiesen generado en el RPM, ya que es bien sabido que los rendimientos del RAIS superan por mucho del RPM lo anterior perdón a las restituciones mutuas ya que Colpensiones con la presente condena está recurriendo en un enriquecimiento sin causa, toda vez que está recibiendo los dineros fruto de una administración que no llevo a cabo y adicionalmente está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación por la gestión que hizo mi representada y no Colpensiones. Debe tenerse en cuenta igualmente que los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno por el contrario al día de hoy tienen unos rendimientos correspondientes a \$94 614 356,65 pesos respecto de sus aportes que fueron de \$60 385 276 lo cual nos da un porcentaje de rendimientos superior al 156 % respecto de lo de la demandante aportaba. Finalmente solicito de manera respetuosa al H. Tribunal se aplique la prescripción a los dineros correspondientes a las cuotas de administración toda vez que como se mencionó anteriormente la vocación de los mismos no es financiar la mesada pensional y ya ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma y por tanto el concepto le es plenamente aplicable, dejo así sentado mi recurso, muchas gracias señor juez.”

fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado dicha administradora de fondos de pensiones una información completa y comprensible acerca de su traslado, omitiéndole información sobre los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de los riesgos que debía asumir, así como de las desventajas de vincularse a esa AFP, incumpliendo con su deber de buen consejo. En consecuencia, se condene a PROTECCIÓN a trasladar los aportes realizados en dicho régimen a COLPENSIONES y a esta última a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 23 de marzo de 1984. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, disponiendo a esta como actual administradora a la que se encuentra vinculada, devolver los saldos de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida, junto con los rendimientos y gastos de administración. Lo anterior tras considerar que, con fundamento en la línea jurisprudencial vertida por la Corte Suprema de Justicia, la demandada PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) no logró acreditar el cumplimiento del deber de información que le incumbía con la demandante al momento del traslado.

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

Así las cosas, en el expediente milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante en la que se registra como fecha de nacimiento el 4 de diciembre de

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

1961 (folio 5), por lo que la edad de 57 años, los cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 12 de junio de 2018 (folios 47 y 48 a 50), esto es, cuando le faltaban menos de diez años para tener la edad requerida para adquirir el derecho pensional -tenía 56 años-, y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba apenas con 457 semanas cotizadas que corresponde a 8,7 años (historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folio 120), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

Ahora, con fundamento en la ausencia del suministro de información pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de Prima Media, la declaratoria de la ineficacia del traslado realizado de ese régimen al de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de abril de 1996 (folio 107 y 121) específicamente conforme la información consignada en el formulario de afiliación a DAVIVIR y el reporte SIAFP expedido por ASOFONDOS.

Así las cosas, parte la Sala por indicar, las entidades encargadas de la administración y dirección de los diferentes regímenes pensionales tienen el deber de garantizar que existió una decisión informada, y que ésta fue verdaderamente autónoma, libre, voluntaria y consciente por parte del afiliado; además, tal información debe ser objetivamente verificable, en el entendido de que aquél debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez, los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, no solo es menester demostrar la existencia del traslado, sino que impone verificarse que este acto se produjo bajo el presupuesto de la libertad informada, pues de no cumplirse con dicho presupuesto, se incurriría en un vicio que invalidaría dicho acto jurídico, lo que trae como consecuencia o efecto, retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, con ineficacia ex tunc⁵, en los términos del artículo 1746 del Código Civil, ante la inexistencia de una norma distinta que de manera explícita regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico.

Al punto sostuvo la Corte (SL2877 de 2020):

“(…)

De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto

⁵ Al tema puede consultarse la sentencia SL2877 de 2020 y SL4875 de 2020

relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita (subrayas fuera de texto).

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

En ese orden de ideas, la obligación de la AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva no solamente de la carga dinámica de la prueba, sino de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, la cual aunado a ello,

tiene a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, *incluso al punto de desanimar al interesado*, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

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

Lo anterior, conforme al criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, expuesto entre otras en las sentencias con Radicación No. 33083 del 22 de noviembre de 2011⁶, Radicación No. 31989 del 9 de septiembre de 2008 y más

⁶ “Además, debe la Corte destacar que no fue objeto de controversia que el actor estuvo afiliado al régimen pensional que administra el Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de marzo de 1969 hasta el 12 de agosto de 2002, fecha ésta en la que se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; que nació el 13 de octubre de 1944, por lo que estaba amparado por el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que cumplía con los requisitos a que alude la citada normativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

No se enmarca el asunto entonces en lo previsto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues la ineficacia en ese caso es consecuencia de *impedir o atentar “en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”*, que no es el supuesto que aquí se discurre.

Ahora, es menester verificar si en el momento del traslado de régimen la demandante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la

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

Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la accionante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues, para la Sala en manera alguna se encontró acreditado, siquiera de manera sumaria, que se le informó sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante⁷ no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones pues se limitó a señalar que el asesor le dijo que su mesada pensional sería mucho mayor, que el ISS se acabaría y que podría pensionarse a cualquier edad, empero, sin explicarle como se causaba la prestación u otras condiciones propias del régimen.

Valga precisar en este punto, el hecho de que la accionante contara con formación educativa profesional no implica *per sé* que conociera de las ventajas, desventajas y características propias de los diferentes regímenes pensionales y menos aún puede entenderse que dicha circunstancia releva a la AFP de suministrar la información correspondiente al momento del traslado, como lo sugiere COLPENSIONES en la apelación.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) (folio 107), este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que se advierte ausentes en el plenario.

Respecto al comunicado de prensa (folios 128 a 129), es de anotarse, la transcripción de normas legales allí consignadas no supe el deber de información

⁷ Cd folio 202, récord. 13:59.

idónea referido a lo largo de este proveído, pues lo que allí se lee es la cita de normas relacionadas con la posibilidad de traslado, siendo el tema aquí en discusión absolutamente distinto a la oportunidad del traslado entre regímenes.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN, omitió en el momento del traslado de régimen (16 de abril de 1996, folio 107), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media, entre otros, y en esa medida, al tenor de lo señalado en la sentencia SL 12136 de 2014, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia.

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción⁸ (folios 155 y 103 vto.), basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, acogiendo ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática. Es de anotar en este punto, dado que la pretensión principal, esto es, la ineficacia del traslado, no se encuentra afectada con el fenómeno prescriptivo, las consecuencias derivadas de dicha declaratoria sobre el acto jurídico de traslado deben correr la misma suerte de imprescriptibilidad y es por ello que lo relativo a la devolución de gastos de administración, por ser accesorios a la ineficacia del acto jurídico, tampoco se encuentran afectadas por la prescripción.

Sobre esto último, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611, Radicación N° 67972 del 1° de julio de 2020, ha señalado que las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones, hace inoperante dicho fenómeno extintivo frente a los mismos. Puntualmente dijo esa Corporación:

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

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

⁸ Se tuvo por contestada la demanda en auto 25 de febrero de 2021, folio 168.

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

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

Finalmente, frente a la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de PROTECCIÓN, baste con indicar, la acción de “*recibir*”, en un entendimiento lógico y obvio no puede materializarse si no hay algo que se entregue, siendo claro que sólo a partir del momento en que ingresen la información y dineros que traslade la AFP podrá hacer las actualizaciones respectivas dentro de la historia laboral, lo que hace innecesaria precisión o condicionamiento alguno en la parte resolutive de la providencia.

Ahora, con relación a la indexación téngase en cuenta que la devolución dispuesta por el *a quo* comprende también los rendimientos causados, los cuales garantizan que los aportes de la actora mantengan su poder adquisitivo, de allí que no resulte procedente, en este caso, disponer la actualización o corrección monetaria.

De otra parte, en los precisos términos de la apelación de COLPENSIONES, esa administradora solicita “*se ordene a la AFP no realice descuento alguno por conceptos de invalidez o vejez*”, no obstante, en la sentencia objeto de reproche ninguna instrucción se dio sobre el particular, es decir, de la parte considerativa, ni del texto de la resolutive se advierte autorización u orden del juez dirigida a la AFP de descontar de las cotizaciones que deben ser devueltas al RPM el porcentaje destinado a financiar los seguros previsionales para las prestaciones por invalidez y sobrevivencia, y en esa medida, no hay lugar a modificar la providencia de primer grado en este aspecto.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

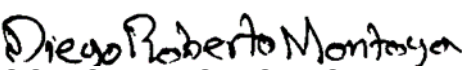
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

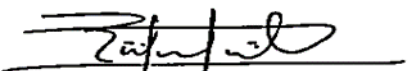
R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN EVANGELISTA PRADA GARCIA CONTRA LA UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS (RAD. 35 2020 00055 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión de los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y por la demandada, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de abril de 2021 (Audiencia virtual, record: 34:48), en la que se resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS a reconocer a favor de JUAN EVANGELISTA PRADA GARCIA la mesada pactada convencionalmente entre la demandada y el sindicato de trabajadores de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas SINTRAUE y como consecuencia de lo anterior se ordena al pago de \$3.346.575,70, debidamente indexados por retroactivo causado durante el periodo comprendido entre junio de 2017 a junio de 2020, a partir de junio de 2021 la demandada deberá pagarle al demandante debidamente ajustada la mesada semestral a que tiene derecho.

SEGUNDO: ABSOLVER a la Universidad Distrital Francisco José de Caldas de las demás pretensiones reclamadas en su contra por JUAN EVANGELISTA PRADA GARCIA.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de Prescripción y no probada las demás.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada, señalando como agencias en derecho la suma de \$300.000, que se incluye en la liquidación de Costas.

QUINTO: En caso de no ser apelada la decisión se **CONSULTARÁ** con el superior.”

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante recurre la decisión en cuanto al tema de la prescripción, señalando que contando los tres años anteriores a la reclamación administrativa sería a partir del 20 de septiembre del 2016 que deberían cancelarse las mesadas (Audiencia virtual, record: 39:30)¹

Por su parte la Universidad demandada manifiesta que el comportamiento y las actuaciones respecto del demandante Juan Evangelista Prada han estado acorde a derecho, han estado sujetas al marco legal, normativo y constitucional en aplicación e interpretación del acto legislativo 001 del 2005, normas que regulan las pensiones de jubilación convencionales e impuso un alcance a las convenciones colectivas. Precisa que los pensionados de la Universidad Distrital que adquirieron el estatus con la vigencia del acto legislativo desde la adquisición del derecho y hasta la fecha se le ha venido reconociendo la mesada catorce que como lo expone el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y no el auxilio de la mesada semestral prevista en el artículo 15 de la convención colectiva del 1990, toda vez que con esta se da aplicación directa al principio de favorabilidad contenido en la constitución, además de que la universidad con el pago de esta prima extralegal se está evitando que figure la indivisibilidad de la disposición legal, por lo que en ese sentido se opone al fallo.

Igualmente indica que al reconocer la mesada señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 para los pensionados que reunieron el estatus con la vigencia del acto legislativo 01 del 2005 se está excluyendo la mesada pensional instituida por el artículo 15 de la convención colectiva del año 1990, en razón que ello constituye un doble reconocimiento de conformidad con lo preceptuado en el artículo 128 de la constitución política, por cuanto los recursos provienen del

¹ “Entonces en este momento interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el juzgado en el punto específico de la aplicación del término de prescripción, toda vez que este equivale a los tres años contados a partir de la fecha en que se realiza la interrupción de la prescripción, que según aparece y lo escuche del juez es 20 de septiembre del 2016 y por lo tanto serian tres años hacia atrás y esto incluiría el año 2016, entonces en ese sentido es la inconformidad para que el Tribunal lo revise y amplíe el termino, muchas gracias.

erario público, advirtiendo el reconocimiento de la mesada busca que se le compense o retribuya la pérdida adquisitiva de la moneda a los trabajadores con esa mesada, lo cual ya se encuentra establecido en el artículo 142 de la ley 100 de 1993. (Audiencia virtual, record: 40:24)²

² Señor juez me permito interponer recurso de apelación en contra la sentencia emitida en el radicado 2020-00055, fallado por el despacho en este momento, con todo respeto nos apartamos de la posición adoptada por el despacho judicial, en ese sentido reiteramos todos los hechos de fundamentos y razones de la defensa instaurados en la contestación de la demanda, pero adicionalmente tenemos para señalar el comportamiento y las actuaciones de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas en respecto del demandante Juan Evangelista Prada han estado acorde a derecho, han estado sujetas al marco legal, normativo y constitucional aplicable al señor Juan Evangelista Prada, en el sentido volvemos a reiterar que en aplicación e interpretación del acto legislativo 001 del 2005 normas que regulan la pensión de jubilación convencionales le impuso un alcance, le limito el alcance a las convenciones colectivas y sobre el particular podemos decir que reformo el artículo 48 de la Constitución Política, en ese sentido como ya se dijo los pensionados de la Universidad Distrital que adquirieron el estatus con la vigencia del acto legislativo desde la adquisición del derecho y hasta la fecha se le ha venido reconociendo la mesada catorce que como lo expone el artículo 142 de la ley 100 de 1993 y no el auxilio de la mesada semestral prevista en el artículo 15 de la convención colectiva del 1990, toda vez que con esta damos aplicación directa al principio de favorabilidad contenido en la constitución.

Adicionalmente en ese sentido y con respecto al artículo 142 de la 100 tenemos que el mismo señala que la mesada adicional para los pensionados dice “los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 01 de enero de 1988 tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994. Los pensionados por vejez en el orden nacional, beneficiarios de reajustes ordenados por el decreto 2108 del 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los 30 días de la mesada adicional, solo a partir de junio de 1996” por consiguiente en aras de preservar el principio de favorabilidad para el caso presente el pensionado se le reconoce y cancela una mesada adicional legal en junio de cada, además de que la universidad con el pago de esta prima extralegal se está evitando que figure la indivisibilidad de la disposición legal, en ese sentido nos oponemos al fallo señalado por el despacho, de la manera más respetuosa y señalamos también que nos tenga en cuenta como fundamento jurídico de la apelación el artículo 21 del CST que habla de las normas más favorables y señala que en caso de conflicto o dudas sobre la aplicación a normas vigentes de trabajo, prevalece la normas más favorable al trabajador y la norma que sea adoptada debe aplicarse en su integridad.

Adicionalmente que tengamos en cuenta el artículo 142 ya señalado, así como el artículo 43 del decreto 692 del 29 de marzo de 1994 que reglamenta la ley 100 de 1993 y que señala que “los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 01 de enero de 1988 tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994” Los pensionados de entidades, en ese sentido de la universidad al reconocer la mesada señalada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993 para los pensionados que reunieron el estatus con la vigencia del acto legislativo 01 del 2005, excluye la mesada pensional instituida por el artículo 15 de la convención colectiva del año 1990, en razón que se constituyó un doble reconocimiento de conformidad con lo preceptuado en el artículo 128 de la constitución política, por cuanto los recursos provienen del erario público, en ese sentido es importante señalar que la CSJ en sala de casación laboral en sentencia del 01 de agosto del 2001 radicado 18349 con ponencia del magistrado ponente Francisco Escobar Enríques dentro del proceso ordinario laboral de Hernán Alvis Ruiz contra Decota S.A E.S.P señaló “no es posible oponer un pacto o una convención colectiva del trabajo o un laudo o un acuerdo válidamente celebrado a la propia carta en razón del principio de supremacía de la constitución, la carta es un límite insuperable para el principio de la autonomía de la voluntad en la medida de que ninguna persona debe pretender celebrar o ejecutar una convención, un contrato, un pacto dentro de lo dispuesto en ello” En ese sentido y como lo señaló dentro de sus argumentos el despacho, el reconocimiento de la mesada busca que se le compense o retribuya la pérdida adquisitiva de la moneda a los trabajadores con esa mesada, lo cual se encuentra inescindiblemente en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, en ese sentido dejamos presentado nuestro

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JUAN EVANGELISTA PRADA GARCÍA, en éste ordinario, **las pretensiones visibles en la página 5 del archivo 1 (expediente digital), las cuales encuentran sustento fáctico en los hechos narrados en las páginas 5 y 6 del archivo 1 (expediente digital)**, aspirando principalmente se condene a la demandada a reconocer y pagar la mesada semestral para pensionados consagrada en el artículo 15 de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1990 - 1991, indexando las sumas adeudadas junto con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios. **Obteniendo sentencia parcialmente favorable** a sus aspiraciones por cuanto se dispuso el reconocimiento del beneficio convencional solicitado pero a partir de junio del 2017 por efectos de la prescripción, absolviendo de las demás pretensiones, tras considerar que la mesada convencional es un beneficio extralegal cuya naturaleza es diferente a la mesada 14, precisando que no es aplicable el acto legislativo 01 de 2005 en razón de que el derecho pensional al demandante le fue otorgado en el año 1989, y en esa medida consideró que el pago de la mesada solicitada constituye un derecho adquirido.

Pues bien, no es objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes existió un vínculo laboral, vigente entre el 21 de septiembre de 1973 al 29 de diciembre de 1989 (páginas 13 a 14 archivo 1 expediente virtual), y que el demandante es beneficiario de la convención colectiva vigente para los años 1990 a 1991 (art. 20 pág. 57 archivo 1 expediente virtual), hechos que fueron declarados por el a quo sin que fueran objeto de apelación.

De igual forma, tampoco es objeto de debate en esta instancia la calidad de pensionado del demandante, pues conforme la Resolución No. 708 del 10 de septiembre de 1990 (páginas 15 a 18 Archivo 1 expediente virtual) la universidad demandada, reconoció el derecho pensional al demandante disponiendo el

recurso de apelación, señalamos que nos aportamos de la decisión adoptada por el despacho de la manera más respetuosa y solicitamos se tengan en cuenta también todos los argumentos señalados en el escrito de demanda, gracias señor juez.”

ingreso a nomina a partir del 29 de diciembre de 1989 en cuantía de \$290.483, la cual reajustada al 1° de enero de 1990 ascendió a \$368.913, pensión que se otorgó con base en el artículo 13 de la Convención Colectiva vigente del 1° de enero de 1989 al 31 de diciembre de 1989 (Art. 30 pág. 45 Archivo 1 digital), suscrita el 19 de junio de 1989 y depositada el 26 de junio de ese año (pág. 45 Archivo 1 digital).

Establecido lo anterior en virtud del principio de consonancia procede la Sala con el estudio de los motivos de apelación, para la cual es necesario memorar que el fundamento de la peticiones del actor se encuentra en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Distrital SINTRA UD y la Universidad Distrital Francisco José de Caldas (páginas 50 a 58 Archivo 1 expediente virtual), vigente para los años 1990 - 1991, suscrita el 21 de febrero de 1990, la cual fue allegada con sello de depósito dentro del término legal (22 de febrero de 1990 pág. 58) –Art. 469 del C.S.T.-, cuyo texto es del siguiente tenor (pág. 56):

*“**MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS:** El Artículo 10°. de la Convención Colectiva de trabajo de 1989 queda así: Los pensionados de la Universidad o las personas a quienes de acuerdo con la ley se tramite y pague el derecho de pensión y que hayan laborado quince (15) o más años en la universidad, recibirán, a título de auxilio, una mesada semestral equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales vigentes. Así mismo, a quienes hayan laborado menos de quince (15) años en la universidad, recibirán, a título de auxilio, una mesada semestral equivalente al ochenta (80%) por ciento del salario mínimo convencional vigente, mesadas que serán canceladas en la primera quincena de junio de cada año.” (...)*”

Advirtiendo la Sala en este punto, si bien la Convención de la cual fue beneficiario el accionante como en líneas anteriores se dijo fue la del año 1989, pues fue con dicho acuerdo que accedió a la prestación pensional y por ende el derecho aquí reclamado sería el que contemplaba dicha Convención, regulado en el artículo 10 (pág., 40 Archivo 1 expediente digital)³, lo cierto es que tal beneficio fue modificado por un acuerdo posterior, esto es, con la Convención de 1990-1991 de modo que, pese a que el actor se encuentra pensionado desde 1989, en

³ MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS EL Artículo 12o.de la Convención Colectiva de trabajo de 1988 queda así: Los pensionados por la Universidad o las personas a quienes se acuerdo con la Ley se tramite y pague el derecho de pensión y que hayan laborado quince (15) o más años en la Universidad recibirán en junio a título de auxilio una suma equivalente al OCHENTA POR CIENTO o (80%) del salario mínimo convencional vigente. Así mismo, quienes hayan laborado menos de quince (15) años en la Universidad recibirán una suma equivalente al SESENTA POR CIENTO (60%) del salario mínimo convencional vigente.

efecto la norma aplicable es la que solicita desde el libelo introductor –Art. 15 Convención 1990-1991–, ello en atención a lo dispuesto por el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo el cual establece que las normas por ser de orden público producen efecto general inmediato, es decir se aplica a la situación pensional en curso del demandante, sin que la norma convencional anterior se hubiere consolidado, toda vez que el auxilio extralegal anhelado apenas se aplicaría en junio de 1990.

En ese orden iterando que no se encuentra en discusión la data del reconocimiento del derecho pensional del demandante (29 de diciembre de 1989 páginas 15 a 18 Archivo 1 expediente virtual), precisando que como quiera que se pensionó a partir del 29 de diciembre de 1989, la *MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS* convencional solo se hizo exigible en 1990 y por ende ingresó al patrimonio del demandante en esa calenda, constituyendo un derecho adquirido que no puede ser modificado o suprimido por efecto de una disposición posterior, en éste caso, el Acto Legislativo 01 de 2005, así ha sido considerado por la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su Sala de Casación Laboral desde la Sentencia con radicado 29907 de 3 de abril de 2008, en el cual se precisó: “...la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor. Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico”⁴.

⁴ El cargo somete a la consideración de la Corte este problema jurídico: ¿en fuerza de los mandatos del Acto Legislativo 01 de 2005, los derechos, los beneficios, las prerrogativas o las condiciones, de estirpe pensional, legítimamente adquiridos al amparo de convenciones colectivas, se extinguen definitivamente al perder éstas su vigencia? Su solución demanda un examen ponderado, reflexivo y sensato de ese acto reformativo de la Carta.

Se advierte de la lectura del Acto Legislativo lo extraño que resulta que la Constitución Política se ocupe, con tanta concreción, especificidad, minuciosidad y detalle, de aspectos tan puntuales en materia pensional, que, en verdad, se corresponden con la tarea natural y propia del legislador.

Esa posición adoptada por el constituyente delegado comporta la dificultad de introducirle las reformas y modificaciones que dicte la realidad social, siempre cambiante, siempre variable y siempre dinámica, por las estrictas exigencias constitucionales que han de cumplirse en perspectiva de reformar las preceptivas de la Carta Política.

Una norma de tanta trascendencia jurídica y social, desafortunadamente, no exhibe la claridad

deseable, en el horizonte de la inteligencia fácil de su texto, de la comprensión acorde con su finalidad, lo que, de contragolpe, evitaría interpretaciones dispares, que flaco servicio prestan a la seguridad jurídica del país. Faltó, en realidad, la adecuada precisión, el tratamiento coherente y armónico y el rigor del lenguaje.

Empero, ello no impide considerar que del texto del aludido acto reformativo de la Constitución no se infiere, como lo pretende la censura, que automáticamente dejaron de tener vigencia y efectos jurídicos los acuerdos sociales pactados entre empleadores y sindicatos en materia de pensiones, y mucho menos, los derechos adquiridos por los trabajadores con anterioridad a la entrada en vigor de esa reforma constitucional. Y en este asunto debe tenerse en cuenta que la pensión extralegal que se le reconoció al demandante fue consagrada en una convención colectiva de trabajo que se suscribió en el año 1982 y que ese derecho prestacional ya había ingresado al patrimonio de su titular desde el 16 de noviembre de 1998, cuando se le otorgó la prestación, es decir, muchos años antes del 25 de julio de 2005, fecha de la publicación inicial del Acto Legislativo en el Diario Oficial No. 45980.

Lo que si queda claro es el celo del constituyente por salvaguardar los derechos adquiridos, esto es, 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.

Y ello tenía que ser así, en cuanto traduce el respeto a la propia carga de principios y valores reflejados en la Carta; concretamente, el Acto Legislativo puso a buen recaudo el valor seguridad jurídica que permea el artículo 58, en cuanto garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, “los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”.

Son varios los pasajes del Acto Legislativo que evidencian su firme propósito de respetar los derechos adquiridos en materia pensional. En efecto, se lee: “El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley”. “En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”. “Sin perjuicio de los derechos adquiridos,”.

Toda una profesión de fe en la seguridad jurídica y, en tránsito por esa vía, en la dignidad humana, como valor fundante del Estado Social de Derecho.

Sobre esa base axiológica de respeto por los derechos adquiridos en materia pensional, el constituyente, en el Acto Legislativo 01 de 2005, -quizá acuciado por la necesidad de potenciar los principios de universalidad y de solidaridad, informadores del Sistema de Seguridad Social Integral creado por la Ley 100 de 1993, que habían entrado en crisis, en tanto que por el mecanismo de la negociación colectiva, se crearon sistemas pensionales, que originaron odiosas discriminaciones e inequidades- contempló esta prohibición categórica:

“A partir de la vigencia del presente acto legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones.”

De tal suerte que, a partir del 25 de julio de 2005 fecha en que cobró vigencia el Acto Legislativo 01, no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del sistema general de pensiones, por el camino de los pactos o convenciones colectivos de trabajo, de los laudos de árbitros o, en general, por cualquier acto jurídico.

En adelante, sólo el legislador -y dado el caso, el propio constituyente- están legitimados para regular las condiciones pensionales. Sólo a ellos está reservada la potestad de gobernar el tema de las pensiones.

Pero es claro que quedan a salvo, conforme se dejó expresado, los derechos adquiridos al amparo de actos jurídicos con aliento antes de esa fecha, los que merecerán acatamiento y respeto y, en manera alguna, pueden ser desconocidos o vulnerados.

Consciente el constituyente de la existencia, al momento de comenzar a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, de convenciones colectivas, pactos colectivos, laudos arbitrales o acuerdos válidamente celebrados, dispuso de una especie de régimen de transición, en los siguientes términos:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se

Sobre este aspecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia SU 555 de 2014, en la que, entre otros aspectos, frente a los derechos convencionales y el Acto Legislativo 01 de 2005, indicó: “(...) a) Se considerarán derechos adquiridos, aquellos surgidos de las convenciones vigentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y, a las que tengan acceso las personas que cumplieran los requisitos para esa misma época (...)”.

Así las cosas, iterando que los beneficios derivados de la convención colectiva de 1990 1991, entraron al patrimonio del demandante, constituyendo un derecho

mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este acto legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del texto citado se desprende que las que perderán vigor el 31 de julio de 2010 serán las “reglas de carácter pensional que rigen a la vigencia de este acto legislativo”, pero, como es obvio concluir, no los derechos que se hubieren causado antes de esa fecha, al amparo de esas reglas pensionales.

No encuentra la Corte que el propósito del constituyente al reformar el artículo 48 de la Carta Política fuese el de eliminar los derechos pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues en la exposición de motivos siempre se hizo referencia a los regímenes pensionales y en el texto presentado a consideración del Congreso, que se mantuvo en la norma finalmente aprobada, se habló de las reglas especiales en materia pensional. Un derecho no puede ser confundido con un régimen o con una regla. Y ese entendimiento resulta acorde con el propósito del constituyente de garantizar los derechos adquiridos, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, para este caso una regla, y otra, diferente, la vigencia de ese derecho una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma con los requisitos establecidos en dicho acto.

Desde luego, la existencia del derecho y su exigibilidad no dependen del aliento jurídico de la norma que lo creó, pues lo que interesa es que se haya causado o consolidado, esto es, entrado al patrimonio del titular, mientras esa norma rigió. Así secularmente se ha entendido la tradicional doctrina de los derechos adquiridos y obviamente ello no podía ser cambiado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005.

Aceptar la interpretación efectuada por la censura equivaldría a admitir que el constituyente señaló una vigencia temporal a derechos legítimamente adquiridos, lo que, sin duda, supondría una suerte de expropiación de esos derechos que no se corresponde con el real propósito de la reforma del artículo 48 de la Constitución.

Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredidos.

Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo párrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la prosperidad del cargo planteado por la recurrente.

adquirido, debe advertirse que no son de recibo los argumentos de la alzada, pues tal como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, este auxilio constituye un derecho adquirido por el demandante que no puede desconocerse por aplicación de normas posteriores, y en todo caso, a juicio de esta Sala, su reconocimiento no se constituye en un doble pago por un mismo derecho, pues la mesada semestral para pensionados, es un beneficio extralegal pactado que no puede ser entendido como la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la ley 100 de 1993, nótese que así se puede advertir del mismo texto convencional, al establecer la cuantía de la prebenda en aplicación de la misma convención, esto es determinando su valor en 1.2 salarios mínimos convencionales, de donde se advierte que una es la mesada 14 legal y otra la mesada semestral convencional.

Finalmente y en lo que tiene que ver con los argumentos de apelación de la parte actora, en punto a la excepción de prescripción, se ha de recordar **la exigibilidad del derecho lo fue a partir de junio de 1990**, por tratarse de una mesada semestral, cosa distinta es que hubiera adquirido el derecho pensional el 29 de diciembre de 1989, elevando su reclamo a la mesada semestral convencional solo hasta el **20 de septiembre del 2019** (página 75 Archivo 1 expediente virtual) acudiendo a la jurisdicción el 30 de octubre del 2019 (página 78 Archivo 1 expediente virtual), evidenciándose, transcurrió el termino trienal establecido en el artículo 151 del C.P.L. y S.S. desde la exigibilidad del derecho y hasta los tres años anteriores a la reclamación (20/09/2016), es decir, operó dicho fenómeno respecto de la mesada semestral causada de junio de 1990 a junio del 2016, por ende tal como se dijo en primera instancia, el pago de las mesadas procede **a partir del año 2017**, pues como ya se explicó la mesada semestral del año 2016 (junio) quedó cobijada por el fenómeno extintivo de la prescripción.

De esta manera se agota la competencia de la Sala, por el estudio de los motivos de apelación resultando las motivaciones hasta aquí expuestas suficientes para confirmar la decisión de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

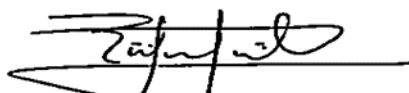
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que preceden.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JESÚS HELÍ PINZÓN CAMARGO CONTRA LA EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (RAD. 36 2017 00392 01).

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por el demandante y las demandadas, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de marzo del 2021 (Audiencia virtual, record: 34:15), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y a la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JESÚS HELÍ PINZÓN CAMARGO.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandante. Liquídense con la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo accionante.”

Inconforme con la decisión la apoderada del demandante interpone recurso de apelación manifestando no estar de acuerdo con las consideraciones expuestas por la falladora de primer grado, señalando estar demostrado que el actor trabajó por más de 20 años de servicio en la Empresa de Licores de Cundinamarca y

estaba al servicio para el 31 de marzo de 1995, por lo que cumplió los requisitos pensionales convencionales con anterioridad a lo establecido en el párrafo transitorio tercero del acto legislativo 01 del 2005 y los requisitos que se encuentran en el artículo 59 de la convención colectiva, esto es, que la persona haya trabajado con entidades estatales por más de 20 años de servicio, laborando 10 de ellos con la demandada o 15 años o más con esta, teniendo derecho a una pensión igual al 92% del promedio salarial del último año siempre y cuando hayan estado al servicio de la empresa al 31 de marzo de 1995.

Precisa que la voluntad de las partes era que las personas tuvieran acceso a dicha pensión convencional cuando estuvieran trabajando al 31 de marzo del 1995, aduciendo el error de transcripción que se debe corregir es el de la fecha de 1985 porque esa no era la voluntad de las partes al firmar esa convención, advirtiendo el error a diferencia de lo interpretado por el juzgado no era que las partes quisieran que las personas fueran beneficiarias de esta convención en términos de materia pensional cuando estuvieran solamente al servicio de esta empresa a marzo de 1985, sino a marzo de 1995, razones por las cuales solicita se acceda a las pretensiones de la demanda por cuanto el actor cumplió con lo establecido en la segunda parte de ese artículo 59 de la convención colectiva de trabajo, teniendo en cuenta para ello la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la constitución política para señalar que las partes quisieron corregir ese error en la fecha del artículo 63 de 1985 por 1995. (Audiencia virtual 4 de marzo del 2021, record: 35:00)¹

¹ “Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación para que la Honorable sala laboral del Tribunal revoque en su totalidad la sentencia que se acaba de proferir teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Como bien lo dijo el despacho de primera instancia está demostrado que mi poderdante trabajo por más de 20 años de servicio en la empresa Licores de Cundinamarca y estuvo al servicio de esta al 31 de marzo de 1995, así mismo se encuentra también probado dentro del expediente que mi poderdante cumplió los requisitos pensionales convencionales con anterioridad a lo establecido en el párrafo transitorio tercero del acto legislativo 01 del 2005 y que los supuestos de hecho que cumplió efectivamente son los que se encuentran en el artículo 59 de la convención colectiva del trabajo suscrita con la empresa licores de Cundinamarca la cual se encuentra vigente hasta la actualidad. Como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de radicado 23389 del 30 de septiembre del 2004 dentro del artículo 59 de la convención colectiva suscrita con la empresa Licores de Cundinamarca y el sindicato de la misma el cual es beneficiario mi poderdante, en dicha norma se establecen dos supuestos de hecho: El primero en cuanto a que una persona haya trabajado con entidades estatales por más de veinte años de servicios siempre y cuando hubiera laborado diez años de servicio con la empresa y un segundo supuesto de hecho y es haber trabajado con la empresa licores 15 años o más de servicio, teniendo derecho a una pensión de jubilación igual al 92% del promedio salarial del último año siempre y cuando hayan estado al servicio de la empresa al 31 de marzo de 1995, así lo estableció dicha sentencia e indico que ese segundo supuesto de hecho los requisitos a demostrarse para acceder a la pensión de jubilación convencional es haber trabajado quince o más años de servicio a la empresa licores de Cundinamarca y haber estado activo al 31 de marzo de 1995 en dicha entidad.

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JESÚS HELÍ PINZÓN CAMARGO, en éste ordinario, las pretensiones relacionadas a folios 1 y 2 (Archivo 1 expediente digital), las cuales sustenta en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 4 del mismo Archivo ; aspirando de manera principal se declare que ha trabajado al servicio de la Empresa de Licores de Cundinamarca desde el 10 de mayo de 1989 mediante contratos a término fijo, y a partir del 8 de agosto de 1990 y en la actualidad a través de contrato a término indefinido, es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1999, en consecuencia se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión convencional de jubilación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 desde que cumplió los 20 años laborados al servicio de la accionada, junto con el reconocimiento del retroactivo por mesadas pensionales desde el 15 de junio del 2009, daños y perjuicios causados, indexación de los valores adeudados, aumentos de Ley, condenas *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho a los demandados. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones, tras considerar la *a quo* que el artículo 59 de la Convención Colectiva solo resulta aplicable**

Ahora bien conforme lo indica el despacho y conforme a la prueba aportada a folio 181 del PDF y 134 del expediente cuando vamos a ver la finalidad o la teleología de la firma de la convención colectiva de trabajo, encontramos que las partes a 1995, la convención que se está diciendo que se encuentra necesario mi poderdante, pues su voluntad era que las personas tuvieran acceso a dicha pensión convencional cuando estuvieran trabajando al 31 de marzo de 1995, eso se puede evidenciar conforme a esa mismo oficio del que hablo la sentencia de primera instancia cuando se dice que el error de transcripción que se debe corregir es la fecha de 1985 porque esa no era la voluntad de las partes al firmar esta convención, el error a diferencia de lo interpretado por el juzgado no era que las parte quisieran que las personas fueran beneficiarias de esta convención en términos de materia pensional cuando estuvieran solamente al servicio de esta empresa a marzo de 1985, sino a marzo de 1995. Si bien y esto es así porque además resulta un poco curioso e ilógico pretender que una pensión con solamente a servicios exclusivos de la empresa de licores de Cundinamarca tuviera una condición más gravosa que la condición presentada en el artículo 59 para trabajar al servicio del estado con menos tiempo en la empresa de licores de Cundinamarca, eso resulta un poco exótico dado que si bien las partes en cuestión de que fue la empresa de licores de Cundinamarca y el sindicato al firmar la convención pues pudiera haber acordado que efectivamente se diera una mejor prerrogativa a las personas que trabajaran con exclusividad a la empresa de licores de Cundinamarca que ha otras entidades del estado por los mismos quince o veinte años de servicio.

Así las cosas y conforme a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia sala laboral se solicita a la sala laboral del tribunal que revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda en cuanto mi poderdante cumplió con lo establecido en la segunda parte de ese artículo 59 de la convención colectiva de trabajo y de manera subsidiaria se aplique el principio de favorabilidad contenido en el artículo 53 de la constitución política en cuanto establece conforme a la prueba que se encuentra dentro del expediente a folio 181 del PDF y 134 del expediente que efectivamente las parte quisieron corregir ese error en la fecha del artículo 63 de 1985 por 1995 se aplique este principio de favorabilidad de que trata la constitución política y las normas laborales y se acceda a las pretensiones de la demanda.”

cuando se trata de servicios compartidos con otras entidades estatales, no siendo el caso del actor quien siempre laboró para la misma entidad, precisando la norma aplicable sería la contenida en el artículo 58 de tal Acuerdo Convencional que hace referencia a la pensión por servicio exclusivo a la demandada, la cual está condicionada a lo señalado en el artículo 63 del mismo compendio, en cuanto a que para ser acreedor de dicha pensión debía estar vinculado para 1985, requisito que no cumplió actor por haber ingresado en 1989.

De tal manera, previo a resolver el presente asunto, ha de advertirse, no es motivo de controversia en ésta instancia la vinculación del actor con la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA desde el 10 de mayo de 1989 hasta el 30 de julio de 1990 mediante contratos a término fijo inferiores a un año y a partir del 8 de agosto de 1990 al 10 de noviembre del 2017 en calidad de trabajador oficial a través de contrato individual de trabajo a término indefinido (Ver certificación obrante en el Archivo 11 expediente digital).

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico del presente asunto se circunscribe a determinar si resulta viable el reconocimiento y pago de la Pensión de Jubilación Convencional, teniendo en cuenta para ello el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo 1997-1999.

En esta dirección, para proceder al estudio de las pretensiones, resulta pertinente anotar como quiera que el fundamento jurídico de la prestación pensional lo es una norma de carácter convencional y que al expediente fue aportada copia del texto contentivo del acuerdo extralegal celebrado entre la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LAS INDUSTRIAS LICORERAS, FABRICAS e INDUSTRIAS DE LICORES DE COLOMBIA “SINALTRALIC”, fechado el 28 de julio de 1997 (página 50 Archivo 1 expediente digital) el cual cuenta con constancia de depósito², empezará la Sala por precisar que la disposición cuya aplicación reclama el demandante, es el artículo 59 de la Convención Colectiva de trabajo, sin que ahora se discuta la aplicabilidad de los beneficios convencionales al actor, aunado a que ésta se encuentra vigente desde el 1° de abril de 1997 (Art.

² Del 8 de agosto de 1997.

89 Convención Colectiva, página 49 Archivo 1 expediente digital) al tenor de lo dispuesto en el artículo 478 del C.S.T.

Pues bien, dicho artículo convencional establece:

“Artículo 59. Pensión de jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales: La Empresa pensionará sin tener en cuenta la edad del trabajador y con el noventa por ciento (90%) del promedio de salarios devengados durante el último año de servicios, a quienes hubieren laborado veinte (20) años con entidades estatales, siempre y cuando hubieren laborado diez (10) de ellos con la Empresa, sin embargo, si el trabajador hubiere laborado con la Empresa quince (15) años o más de los veinte (20) años servidos al Estado, tendrá derecho a una pensión de jubilación igual al noventa y dos (92%) por ciento del promedio salarial del último año, siempre y cuando haya estado al servicio de la Empresa a 31 de marzo de 1995. (Resalta la Sala).

En este orden de ideas, lo primero que advierte esta Sala de decisión es que la citada norma convencional hace referencia única y exclusivamente al reconocimiento de la pensión de jubilación cuando se han prestado servicios a diversas entidades del estado, estableciendo dos posibilidades para su reconocimiento, en punto a la tasa de reemplazo aplicable así:

- i. Haber laborado 20 años de servicio al estado, 10 de ellos con la Empresa de licores, caso en el cual la tasa aplicable sería el 90% y;
- ii. Haber laborado 20 años de servicio al estado, 15 o más de ellos con la Empresa de Licores y vinculación al 31 de marzo de 1995, para que tenga derecho a una tasa de reemplazo del 92%.

De este modo y teniendo en cuenta que el señor JESUS HELI PINZÓN CAMARGO si bien prestó su servicios por más de 20 años a la Empresa de Licores de Cundinamarca vinculándose desde el 10 de mayo de 1989 y hasta el 10 de noviembre del 2017, lo cierto es que la cláusula invocada no le puede ser aplicable pues como ya se anunció, de esta norma convencional solo se pueden beneficiar aquellos trabajadores que hayan prestado servicios a varias entidades del estado, y en el presente asunto ni tan siquiera es desconocido por la parte actora que su vinculación siempre fue para la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA, de modo que la norma que invoca no puede ser estudiada en su favor.

Por el contrario ha de tenerse en cuenta, la misma convención contempló diversas modalidades de pensión así:

- Art. 58 Pensión de Jubilación por servicio exclusivo a la Empresa.
- Art. 59 Pensión de Jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales.
- Art. 60 Pensión por despido sin justa causa.
- Art. 61 Pensión por despido sin justa causa por tiempo compartido con otras entidades del Estado.

De modo que para el caso del señor Pinzón Camargo la normativa convencional que le es aplicable es la dispuesta en el artículo 58 "*Pensión de Jubilación por servicio exclusivo a la Empresa*" y no la del 59 que se itera es para casos donde el trabajador ha prestado servicios a diversas entidades, precisándose en todo caso si bien ésta última norma -Art. 59- exige que la vinculación estuviera vigente para el 31 de marzo de 1995 -requisito que cumple el actor-, para las restantes modalidades de pensión (Artículos 58, 59 primera parte 60 y 61) se pactó en el artículo 63 que los beneficiarios de la pensión debían haber estado al servicio de la entidad para el 31 de marzo de 1985 (ver página 43 Archivo 1 expediente digital), por ende aunque el actor laboró por más de 20 años exclusivos a la demandada, su vinculación se dio para el 10 de mayo de 1989, esto es, no cumplió con lo dispuesto en el artículo 63 convencional³.

Téngase en cuenta que no puede pretender la parte accionante beneficiarse de una y otra norma en lo que le resulte más favorable, pues con ello se rompería el principio de inescindibilidad de la norma, por ende para el caso de autos la única norma que podría aplicarse sería de manera integral el artículo 58⁴ convencional y no el 59 como se solicita, el cual exige 20 años o más de servicios continuos con la demandada y vinculación al 31 de marzo de 1985.

³ **Artículo 63. Cláusula Especial:** A los beneficios sobre pensiones de que tratan los artículos precedentes, sólo tendrán derecho los trabajadores que habiendo cumplido los requisitos convencionales hubieren estado al servicio de la Entidad, al 31 de marzo de 1985.

En consecuencia, a los trabajadores que se vinculen o se hubieren vinculado a la Empresa mediante Contrato de Trabajo a partir del 1. de abril de 1985, se les aplicará para efectos pensionales, lo establecido en la ley en cuanto a tiempo de Servicio, edad, porcentaje sobre el salario del último año, etc.

⁴ **Artículo 58. Pensión de jubilación por servicio exclusivo a la Empresa:** La Empresa pensionará, sin tener en cuenta la edad con el noventa y cinco por Ciento (95% del promedio salarial devengado durante el último

Debe recordarse que las convenciones colectivas constituyen un todo y, por tanto, para desentrañar la intención de las partes su interpretación debe ser integral, armónica y útil a los intereses y expectativas razonables de ambas partes.

No advirtiéndose de la redacción del artículo 59 desde su vista gramatical, sistemática y teleológica que el querer de las partes fuera conceder pensiones de jubilación a todos los trabajadores independiente de si el servicio fue prestado a otras entidades del estado o únicamente a la Empresa de Licores, pues como ya se explicó se previó una pensión diferente para cada caso, sin que tal norma convencional –Art. 59- merezca otra interpretación o análisis ya que no se torna absurda ni desproporcionada, como tampoco, se puede entender que se trata de una especie de norma “*en blanco*” que dé lugar a interpretaciones, pues se itera su redacción no es abstracta o imprecisa, por el contrario es clara en señalar que se aplica para la **Pensión de jubilación por servicios compartidos con otras entidades estatales**, recordándose las estipulaciones de las partes resultan válidas y por sobre todo eficaces y en ese orden al ser claro que el actor no cumple con las prerrogativas del artículo 59 invocado por no haber prestado sus servicios a diversas entidades del estado, no pueden salir avante sus anhelos.

Ahora bien, aunque la recurrente aduce el desconocimiento del principio de favorabilidad, lo cierto es que para la Sala no existe conflicto alguno entre las normas de la convención a las que se ha hecho referencia –art. 59, 58 y 63- y por el contrario, lo que las mismas denotan es que fueron las partes en el ejercicio de la libre autonomía las que concibieron la creación de diversas pensiones dependiendo si el servicio fue prestado para varias entidades del estado o exclusivamente para la aquí accionada.

De acuerdo con lo anterior, la presunta transgresión al principio de favorabilidad que se plantea en la alzada, en la aplicación de las normas convencionales, no tiene asidero.

Memórese, al Juzgador no le está dado efectuar interpretaciones cuando la norma deviene clara en su tenor literal, y ello es lo que aquí ocurre, menos aun cuando

año de servicio a sus trabajadores que hayan laborado para ella durante veinte (20) años o más continuos o discontinuos

las mismas, se itera, son producto del acuerdo voluntades con los cuales no se estima vulneración de las prerrogativas del trabajador.

Lo expuesto resulta suficiente para confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

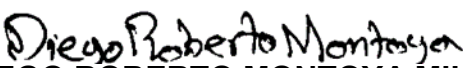
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones precedentemente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

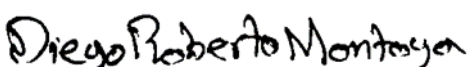
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

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

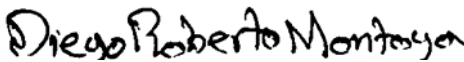
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLARA INES ORTIZ
MORENO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- y AFP PROTECCIÓN (RAD. 37 2018 00761 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJÍA GIRALDO, en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S, apoderada principal, y que fuera remitido mediante mensaje de datos el 12 de mayo del año en curso.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia por Colpensiones (fls. 148 y 149) y la demandante (fls. 152 y 153), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala, profieren la siguiente decisión, con fundamento en el artículo 15 numeral primero del Decreto 806 del 4 de junio del 2020.

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la apoderada de COLPENSIONES, como el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta,

contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1° de septiembre del 2020 (Cd. fl. 140, Record: 1:28:46), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante la señora CLARA INES ORTIZ MORENO al Régimen de Prima media con prestación definida, administrado en su momento por el instituto de los seguros sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó la Administradora de Fondo de Pensiones Santander, que tuvo como fecha de suscripción el 04 de julio del año 2000, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva y en consecuencia DECLARO valida la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el reconocimiento de bonos pensionales, si ya hubo lugar a ello, rendimientos financieros, aportes realizados de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a admitir el traslado de la demandante, y aceptar los valores que sean remitidos por parte de Protección S.A en los términos indicados en el numeral segundo de la presente providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: SIN COSTAS en el presente proceso.

SEXTO: ORDENO remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se surta grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de Colpensiones por cumplirse los requisitos contemplados en el artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y de la Seguridad Social, con la modificación introducida del artículo 14 de la ley 1149 del 2007.”

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante recurre la decisión únicamente en lo que tiene que ver con la absolución de las costas, manifestando que cuando el fondo privado de pensiones Protección compró los demás fondos privados de pensiones y existió esa fusión, no solamente asumieron las cosas buenas como los son los rendimientos y los frutos que están generando los aportes de todos los afiliados que existían en estas AFP, sino también sus deudas, sus errores, sus pasivos y todo lo que conlleva, precisando a ellos se les hizo una solicitud para que aceptaran el retorno de la demandante la cual fue negada, y por otra parte dentro todo el proceso judicial hicieron uso de todo su derecho de defensa y de contradicción razón por la cual

considera si cabe totalmente una condena en costas (Cd. fl. 140, record: 1:31:51)¹

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES solicita en la alzada revocar las condenas impuestas, en atención a que de tener como afiliada a la demandante en el RPM estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema basado en la prohibición legal de traslado en la que ya se ve inmersa la demandante y sin bien es cierto se ha impuesto el deber del buen consejo estudiado por las administradoras, también lo es que el afiliado tiene obligaciones que nacen en su calidad de ciudadano, aduciendo la información que extraña no haber recibido la demandante se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento.

Así mismo aduce que el único motivo de la inconformidad de la demandante radica en el monto final de su mesada pensional, sin que este aspecto configure una lesión injustificada a su derecho pensional (Cd. fl. 140, Record: 1:33:16)².

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

CONSIDERACIONES

¹ “Su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de esta sentencia, solamente en lo correspondiente a la condena en costas, toda vez que cuando el fondo privado de pensiones protección compra los demás fondos privados de pensiones y existe esa fusión, ellos no solamente asumen las cosas buenas y las partes buenas como los son los rendimientos y los frutos que están generando todos los aportes de todos los afiliados que existían en estas AFP, sino también sus deudas, sus errores, sus pasivos y todo lo que conlleva, por lo tanto sobre ellos recae la responsabilidad de este tipo de proceso y a parte también a ellos se les hizo una solicitud para que aceptaran el retorno de m poderdante, fue negada, y por otra parte dentro todo el proceso judicial hicieron uso de todo su derecho de defensa y de contradicción razón por la cual, considero si cabe totalmente una condena en costas para esta parte demandante, sobre los demás puntos si considero que deben quedar tal cual como lo estableció su despacho, mil gracias.”

² “Gracias su señoría respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal superior de Bogotá Sala laboral para que revoque las condenas impuestas en esta instancia, toda vez que de tenerse a la señora Claudia como afiliada en el RPM se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema basado en la prohibición legal de traslado en la que ya se ve inmersa la demandante y sin bien es cierto la CSJ ha impuesto el deber del buen consejo estudiado por las administradoras, también lo es que el afiliado tiene obligaciones que nacen en su calidad de ciudadano y es que precisamente la información que extraña no haber recibido la demandante se encuentra contenida en la ley 100 de 1993, norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento, esta información se le brindo, como quedó demostrado en este proceso, no solo por lo contenido en el libelo demandatorio, sino también por las declaraciones de la demandante quien conocía los requisitos de uno y otro régimen, sus diferencias, y en virtud de esas informaciones suministradas por el fondo privado decidió trasladarse. Así mismo reitera que el único motivo de su inconformidad radica en el monto final de su mesada pensional, sin que este aspecto configure una lesión injustificada a su derecho pensional, razón por la cual solicito a los honorables magistrados en virtud del principio de (sic) de la prueba, absuelva a mi representada de todas las pretensiones aquí incoadas y solicito su señoría que conceda el recurso.”

Constituyeron los anhelos de la demandante, señora CLARA INÉS ORTÍZ MORENO, en éste proceso ordinario, las pretensiones relacionadas a folio 16, las cuales encuentran fundamento en los supuestos fácticos expuestos a folios 2 a 5 aspirando de manera principal se declare la nulidad del traslado y afiliación al RAIS y se ordene el retorno al régimen de prima media, en consecuencia se trasladen todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones**, por cuanto se declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS de la demandante, tras considerar que PROTECCIÓN no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación de la actora suministró la información suficiente, precisando dicho deber de información se encuentra establecido desde la misma creación de las AFP.

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

Así las cosas, a folio 20 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la accionante el 21 de diciembre de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió ese mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN los días 4 de mayo del 2018 y 15 de junio del 2018, respectivamente (fls. 21 a 26, 30 y

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

31), esto es, cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad requerida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 368,86 semanas de cotización (fl. 119⁴) equivalentes a 7 años, 2 meses y 2 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, como lo afirma Colpensiones en su alzada.

No obstante, lo anterior con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al Régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 4 de julio del 2000 (fls. 109 y 122), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a Santander hoy Protección y el registro SIAFF y en esa medida, resulta procedente su estudio.

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

⁴ Historia laboral para bono pensional aportada por Protección.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“(…).

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la Ley radica en ellas el deber de gestión de los

intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este

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

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

(…)

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

(…).

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.

En consecuencia, también en este aspecto es prospero el cargo, y para la definición de instancia son suficientes las anteriores consideraciones, para revocar la sentencia de primer grado, y en su lugar, declarar la nulidad del traslado que el demandante hizo del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien por virtud del regreso automático al régimen de prima con prestación definida del ISS., deberá devolver a ésta todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)”

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

Debe destacarse, las manifestaciones expuestas en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante (Cd. fl. 140, Record: 26:50), no acreditan de manera alguna que conociera las implicaciones de su traslado, pues de hecho aseguró que quien intervino en la afiliación fue la oficina de recursos humanos de la entidad donde estaba laborando y en ese orden para la Sala los argumentos de la accionante solo reafirman el incumplimiento de la AFP de sus deberes legales como administradora de pensiones, pues denotan la ausencia de una asesoría real y efectiva por parte de esa entidad a la demandante para efectuar el traslado de régimen, pues aunque no mediaron en la afiliación a través de sus asesores, igual le dieron trámite a la misma.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 122), plasmado en el formulario de afiliación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN, este no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. (Sentencias SL 12136 de 2014 y SL 1689 de 2019) y en todo caso, tal documento no constituye un medio de prueba *ad substantiam actus*, pues la afiliación y el deber de información que acarrea consigo dicho acto jurídico es susceptible de ser verificado a través de otros medios de convicción, que brillan por su ausencia en el plenario.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la demandada PROTECCIÓN antes Santander omitió en el momento del traslado de régimen (4 de julio del 2000, fl. 122), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es, omitiendo las consecuencias derivadas del cambio del régimen, y en esa medida, al tenor de la jurisprudencia traída a colación, ello deriva en la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen pensional así realizado, tal y como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia, confirmándose en este punto la decisión de primer grado.

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

En ese orden, la ineficacia del traslado de régimen es procedente y en consecuencia el traslado del saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y la activación de su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, tal y como lo indicó el *a quo*, de tal manera se prohiará la decisión de primer grado en este punto.

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

Advirtiéndose a Colpensiones en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera la Máxima Corporación ha expresado que las decisiones de

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

En lo que atañe a la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES (fl. 87)⁶, basta con indicar que, conforme el criterio señalado en la ya mencionada sentencia SL 1689 de 2019, el reconocimiento de un estado jurídico es imprescriptible, y en ese orden, la declaración de ineficacia del traslado no está sujeta al término prescriptivo, máxime teniendo en cuenta que además de ser la declaración de un estado jurídico, está íntimamente relacionado con el derecho pensional, razón suficiente para declarar no probada la excepción de prescripción, acogiendo ahora ésta Sala el criterio expuesto en las sentencias citadas frente a esta temática.

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

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

⁶ Por auto del 4 de febrero del 2020 se tuvo por contestada la demanda de Colpensiones (fl. 129)

SIN COSTAS en esta instancia.

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

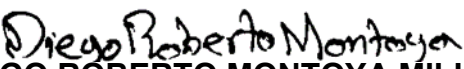
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal **QUINTO** del fallo apelado, para en su lugar **CONDENAR EN COSTAS** a la AFP PROTECCIÓN, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo proferido por el Juez 37 Laboral del Circuito de Bogotá.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

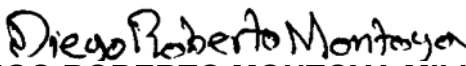
MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JORGE MANUEL
VIASUZ CAMPOS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES - COLPENSIONES (RAD. 38 2019 00160 01).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Reconocer personería adjetiva a la abogada LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido en sustitución por MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, en su calidad de representante legal de la firma MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., el cual fue remitido a esta Corporación mediante correo del 4 de mayo de los corrientes.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

Vencido el término de traslado otorgado, y habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por COLPENSIONES, mediante correo electrónico del 4 de mayo de 2021, el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

SENTENCIA

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con el fin de desatar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2021 (Audiencia virtual de trámite y juzgamiento, artículo 80 del C.P.T., récord 28:59 archivo 07, acta audiencia archivo 10, expediente digital), en la que se resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor JORGE MANUEL VIASUS CAMPO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas, amén de que no se acredita la configuración de los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000, en favor de la accionada.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el superior”

La ausencia de apelación contra la providencia anterior explica la presencia de las diligencias en esta sede judicial a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la parte demandante, a lo cual se procede, previa la constatación de que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado.

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JORGE MANUEL VIASUZ CAMPOS en este ordinario, las pretensiones relacionadas en el acápite respectivo (págs. 87 a 89, archivo “01CuadernoFisico.pdf”, expediente digital), las cuales encuentran fundamento en los hechos consignados en la demanda (páginas 85 a 87 ibidem), aspirando se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reliquidar su pensión tomando como base las cotizaciones realizadas en toda la vida laboral teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados como trabajador de la E.S..E HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR en aplicación al principio de favorabilidad y a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, actualizando la acumulación de los aportes a valor presente, todo debidamente indexado. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable a sus aspiraciones**, por cuanto se absolvió de todas las pretensiones incoadas en contra a la accionada, al considerar el Juez de primera instancia que no es posible reliquidar la prestación reconocida al actor por cuanto la pensión fue reconocidas a su favor en virtud del régimen de transición del cual es beneficiario, advirtiendo, el IBL no fue susceptible de régimen de transición, por lo que debe aplicarse la regla contenida en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 21 de esa misma disposición, no siendo posible por tanto la reliquidación en consideración al promedio de todos los factores salariales devengados pues los que deben tenerse en cuenta están previstos en la

norma, anotando igualmente, el demandante no hizo referencia alguna a cuáles factores son los que estimaba debían incluirse ni las razones por las que las cifras empleadas por COLPENSIONES eran erradas. De otro lado, luego de realizar los cálculos respectivos, consideró que no había lugar a la reliquidación con el IBL de toda la vida pues este no le era favorable, en relación con la pensión que ya viene siendo pagada por la demandada.

Previo a resolver es necesario advertir, no es motivo de discusión en esta instancia que al demandante le fue reconocida pensión de vejez mediante Resolución 06741 de 27 de febrero de 2012, en cuantía de \$1.369.266 a partir del 1 de marzo de ese mismo año, cuya inclusión en nómina quedó supeditada al retiro del trabajador (págs. 5 a 10, *ibid.*), por encontrar acreditados los requisitos previstos en la Ley 33 de 1985, aplicable al actor por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Del mismo modo se advierte, dicha prestación ha sido objeto de varias reliquidaciones, a saber:

- Mediante Resolución GNR 361002 del 19 de diciembre de 2013 se incluye en nómina la prestación en cuantía de \$1.454.513, a partir del 17 de diciembre de 2012 (expediente administrativo, archivo 2).
- Por Resolución GNR 119940 del 28 de abril de 2015 se reliquida la pensión en suma de \$1.456.333 efectiva a partir del 17 de diciembre de 2012 (expediente administrativo, archivo 2).
- En Resolución GNR 267248 de 2015, COLPENSIONES reconoce el pago de una indexación, en cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, modificado por esta Corporación¹ (expediente administrativo, archivo 2).
- Finalmente, mediante Resolución GNR 380633 del 14 de diciembre de 2016, se reliquida la pensión en cuantía de \$1.460.825, para el 17 de diciembre de 2012, teniendo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y aplicando una tasa de reemplazo del 75%.

Pues bien, para resolver la controversia, es menester precisar procura el demandante la reliquidación de su mesada pensional teniendo en cuenta el IBL de

¹ En esa oportunidad proceso fue conocido por la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral de este Tribunal.

toda la vida laboral y todos los factores salariales percibidos como trabajador de la E.S.E. HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR.

Así, no es objeto de debate que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, siendo el reconocimiento pensional otorgado a la luz de lo dispuesto en Ley 33 de 1985.

En lo que atañe a la liquidación, es menester señalar, en cuanto a la definición del IBL aplicable a los beneficiarios del régimen de transición, a quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraban a más de diez años, caso de la actor pues estaba a más de 13 años, (cumplió los 55 años el 10 de junio de 2009, pág., 83, archivo 1, expediente digital) de consolidar su derecho pensional, el ingreso base de liquidación será el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo, como ocurre en el caso de autos, en tanto el señor VIASUZ CAMPOS cuenta con 1950,87 semanas cotizadas conforme se evidencia del reporte expedido por COLPENSIONES (páginas 131 a 151, archivo 1, expediente digital)

Así lo ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5221 Radicación No. 56550 del 4 de abril del 2017², la cual se acompasa con lo

² “(...) en tanto esta Sala de la Corte ha insistido que quienes se benefician del régimen de transición previsto en el art 36 de la Ley 100/93, conservan tres aspectos puntuales del régimen anterior al cual se encontraban afiliados, esto es, la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, porque tratándose del ingreso base de liquidación, este se encuentra gobernado por lo estatuido en el artículo 36 de la L. 100/1993. Así lo ha prolijado, en reiteradas oportunidades, entre otras, en sentencia CSJ SL16415-2014, en donde se dijo:

Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado.

Lo anterior significa que fue el propio legislador quien, al diseñar la forma como estarían estructurados los beneficios del régimen de transición que creó para quienes al momento en que entró a regir el sistema de pensiones les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho prestacional, que es el caso de la actora, dispuso que ese régimen estaría gobernado en parte por la normatividad que, antes de entrar en vigor ese sistema, se aplicaba al beneficiario y, en otra parte, por el propio artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero en uno solo de los elementos que conforman el derecho pensional: el ingreso base de liquidación.

expuesto en las Nos. 43336 del 15 de febrero de 2011, 39660 del 14 de junio de 2011, ésta última que reitera lo señalado en las sentencias proferidas dentro de los radicados Nos. 22151 del 18 de mayo de 2004, 35113 del 4 de agosto de 2009 y 39592 del 21 de diciembre de 2010

El criterio expuesto en precedencia se encuentra acorde con el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación No. 230 del 29 de abril de 2015, en el cual, en síntesis, se dejó claro que el IBL no es un aspecto sujeto a transición y por tanto, en este evento el IBL no se calcula con los salarios devengados en el último año de servicios.

Así mismo, recuérdese el inciso segundo del pluricitado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contiene el marco general que regla el denominado “*régimen de transición*” al establecer que la edad, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que reúnan las condiciones allí previstas serán las del régimen anterior al cual se encuentren afiliados, disponiendo expresamente en su parte final que “*Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley*”.

Ahora, respecto a los factores salariales a tener en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, debe indicarse, éstos son los contenidos en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994, norma que señala los factores que determinan el salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, incluidos quienes se encuentren amparados por los beneficios de la transición.

De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada. Por manera que no existe ninguna contradicción en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando señaló que el monto o porcentaje de la pensión de los beneficiarios sería el establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados y el ingreso base de liquidación de la prestación, para casos como el de la demandante, el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo, si este promedio fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor. (CSJ SL, rad. 43336 de 15 feb. 2011, CSJ SL, rad. 38684 de 6 sep. 2012; CSJ SL16900-2015; CSJ SL 5012-2015, 22 abr 2015 rad.44094 y CSJ SL 8772-2015, 24 jun 2015 rad.49924).

En la misma dirección, conviene memorar, en Sentencias SL 9518 con Radicación No. 40501 del 22 de julio del 2015 y 41070 del 14 de febrero de 2012, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia una vez más recuerda que los factores salariales a tener en cuenta para efectuar el cálculo del I.B.L., debe ser equivalente al ingreso base sobre el cual se realizaron los aportes al sistema general de pensiones, determinándose allí que las prestaciones que se reciban cuando se configura el riesgo de vejez, deben guardar correspondencia con los aportes vertidos al sistema, dentro de las reglas propias de cada uno de los regímenes pensionales.

De conformidad con lo anterior, en consideración de la Sala, los factores salariales que debían ser tenidos en cuenta para el cálculo del Ingreso Base de Liquidación, son los mismos sobre los cuales se realizaron las cotizaciones de manera efectiva o del capital aportado para financiarlas, que para el caso bajo estudio, no pueden ser otros que los indicados en la norma vigente para la época, esto es el Decreto 1158 de 1994³.

En este punto, se advierte del escrito introductor, en últimas lo pretendido es que se incluyan en el IBL los factores certificados por el HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR (páginas 29 a 81, archivo 1, expediente digital); sin embargo, en atención a que como se ha venido señalando a lo largo de esta providencia los factores salariales que se deben tener en cuenta son los establecidos en el Decreto 1158 de 1994, y en todo caso lo que se debe tener en cuenta es la base salarial de cotización, anotándose igualmente, como lo hizo el juzgador de primer grado, que el demandante no hizo referencia alguno a cuáles factores son los que aparentemente se desconocieron por COLPENSIONES en su liquidación.

³ **ARTICULO 1o.** El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación;*
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;*
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.*
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;*
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*

Por otro lado, siendo clara la procedencia del cálculo del IBL del actor con el promedio de lo devengado en toda su vida laboral, procede la Sala de decisión a realizar las operaciones aritméticas correspondientes, con el apoyo del Grupo liquidador creado por el Consejo Superior de la Judicatura, las cuales se incorporan como parte integrante de esta sentencia, anexándolas al plenario y que arrojan como IBL de toda la vida actualizado al año 2012 (año en que se le concedió la pensión de vejez al demandante), la suma de **\$1.106.268,84** al cual se le aplica una tasa de remplazo equivalente al 75% -que por demás no está siendo discutida-, para una mesada pensional de **\$829.701,63⁴** para el 17 de diciembre de 2012, suma que resulta inferior a la otorgada por Colpensiones que lo fue equivalente a \$1.460.825 (págs.. 23 a 28, archivo 1, expediente digital).

4

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1972	54	0,140	76,19	544,214	\$ 652,22	\$ 354.948,65	\$ 638.907,57
1973	348	0,160	76,19	476,188	\$ 660,00	\$ 314.283,75	\$ 3.645.691,50
1974	337	0,200	76,19	380,950	\$ 970,33	\$ 369.645,85	\$ 4.152.355,00
1975	365	0,250	76,19	304,760	\$ 1.290,00	\$ 393.140,40	\$ 4.783.208,20
1976	273	0,290	76,19	262,724	\$ 1.539,67	\$ 404.508,56	\$ 3.681.027,90
1977	318	0,370	76,19	205,919	\$ 1.896,60	\$ 390.546,60	\$ 4.139.793,95
1978	365	0,470	76,19	162,106	\$ 2.940,08	\$ 476.606,09	\$ 5.798.707,43
1979	239	0,560	76,19	136,054	\$ 4.410,00	\$ 599.996,25	\$ 4.779.970,13
1980	229	0,720	76,19	105,819	\$ 4.410,00	\$ 466.663,75	\$ 3.562.199,96
1981	365	0,910	76,19	83,725	\$ 4.410,00	\$ 369.228,46	\$ 4.492.279,62
1982	214	1,140	76,19	66,833	\$ 5.191,82	\$ 346.986,80	\$ 2.475.172,50
1983	205	1,420	76,19	53,655	\$ 10.506,00	\$ 563.698,69	\$ 3.851.941,05
1984	242	1,660	76,19	45,898	\$ 11.964,05	\$ 549.121,05	\$ 4.429.576,45
1985	365	1,960	76,19	38,872	\$ 14.610,00	\$ 567.926,48	\$ 6.909.772,17
1986	365	2,400	76,19	31,746	\$ 14.610,00	\$ 463.806,63	\$ 5.642.980,60
1987	365	2,900	76,19	26,272	\$ 21.420,00	\$ 562.755,10	\$ 6.846.853,76
1988	366	3,600	76,19	21,164	\$ 25.530,00	\$ 540.314,08	\$ 6.591.831,82
1989	365	4,610	76,19	16,527	\$ 39.310,00	\$ 649.680,89	\$ 7.904.450,82
1990	365	5,810	76,19	13,114	\$ 47.370,00	\$ 621.191,10	\$ 7.557.825,07
1991	365	7,690	76,19	9,908	\$ 54.630,00	\$ 541.256,14	\$ 6.585.283,01
1992	366	9,740	76,19	7,822	\$ 70.260,00	\$ 549.600,55	\$ 6.705.126,76
1993	320	12,190	76,19	6,250	\$ 89.070,00	\$ 556.705,77	\$ 5.938.194,85
1995	8	18,290	76,19	4,166	\$ 24.777,63	\$ 103.215,27	\$ 27.524,07
1996	360	21,840	76,19	3,489	\$ 479.877,67	\$ 1.674.078,73	\$ 20.088.944,74
1997	360	26,550	76,19	2,870	\$ 499.798,33	\$ 1.434.261,21	\$ 17.211.134,47
1998	360	31,230	76,19	2,440	\$ 673.402,25	\$ 1.642.859,99	\$ 19.714.319,86
1999	360	36,420	76,19	2,092	\$ 701.250,00	\$ 1.467.002,68	\$ 17.604.032,13
2000	349	39,790	76,19	1,915	\$ 950.404,01	\$ 1.819.836,18	\$ 21.170.760,90
2001	360	43,270	76,19	1,761	\$ 859.583,33	\$ 1.513.557,99	\$ 18.162.695,86
2002	360	46,580	76,19	1,636	\$ 876.750,00	\$ 1.434.082,92	\$ 17.208.995,06
2003	360	49,830	76,19	1,529	\$ 945.916,67	\$ 1.446.305,25	\$ 17.355.663,05
2004	359	53,070	76,19	1,436	\$ 1.174.490,58	\$ 1.686.158,61	\$ 20.177.698,09
2005	360	55,990	76,19	1,361	\$ 1.400.204,83	\$ 1.905.368,93	\$ 22.864.427,13
2006	360	58,700	76,19	1,298	\$ 1.579.620,42	\$ 2.050.277,33	\$ 24.603.328,02
2007	360	61,330	76,19	1,242	\$ 1.512.680,42	\$ 1.879.196,49	\$ 22.550.357,92
2008	360	64,820	76,19	1,175	\$ 1.710.148,17	\$ 2.010.123,25	\$ 24.121.478,95
2009	360	69,800	76,19	1,092	\$ 1.959.832,42	\$ 2.139.249,74	\$ 25.670.996,88
2010	360	71,200	76,19	1,070	\$ 2.105.444,75	\$ 2.253.003,31	\$ 27.036.039,69
2011	360	73,450	76,19	1,037	\$ 2.065.577,58	\$ 2.142.632,49	\$ 25.711.589,83
2012	346	76,190	76,19	1,000	\$ 2.014.050,43	\$ 2.014.050,43	\$ 23.228.715,00
Total días	12898	Total devengado actualizado a:				2012	\$ 475.621.851,74
Total semanas	1842,57	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.106.268,84
Total Años	35,57	Porcentaje aplicado					75%
		Primera mesada					\$ 829.701,63
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año				2012	\$ 566.700,00

De esta suerte, resulta la improcedencia de la reliquidación de la pensión, pues como quedó visto, realizando el cálculo de I.B.L. con lo devengado en toda la vida laboral del pensionado como fue pretendido, resulta un valor inferior al que viene siendo reconocido y pagado por la entidad demandada, advirtiéndose la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- actuó en legal forma pues tuvo en cuenta los dos supuestos de liquidación (IBL 1 -10 últimos años- e IBL 2 -toda la vida-), aplicando la tasa de reemplazo al más favorable que fue el IBL 1.

De esta manera se agota la competencia de la Sala y conforme a las motivaciones precedentes se confirmará la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

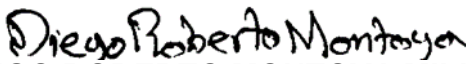
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones precedentes.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

MAGISTRADO PONENTE: DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN

**PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSE TOBIAS
QUEVEDO ZAMBRANO CONTRA TRANSCARGA LOGISTICA IHB S.A.S. e
ISMAEL HERNANDEZ BARACALDO (RAD. 39 2018 00431 02).**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado otorgado, habiéndose presentado los alegatos de instancia únicamente por el demandante (folios 160 a 162), el Magistrado Ponente en asocio de los demás Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, con fundamento en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020, profieren la siguiente

S E N T E N C I A

Asume la Sala el conocimiento del presente proceso, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por la Juez Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de febrero de 2021 (Audiencia virtual realizada a través de la plataforma Microsoft Teams, récord 2:28:31), en la que se resolvió:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones invocadas por el señor JOSE TOBIAS QUEVEDO ZAMBRANO en contra de TRANSCARGA LOGÍSTICA Y HB S.A.S y el señor ISMAEL HERNÁNDEZ BARACALDO como socio de la empresa.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandante dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$800.000.

TERCERO: CONCEDER el grado jurisdiccional de CONSULTA teniendo en cuenta que fue adversa la decisión al demandante.”

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación solicitando se valoren las pruebas y se revoque en su integridad la sentencia, ya que, en su sentir, no hubo una valoración integral al material probatorio practicado, pues no tuvo en consideración el despacho lo manifestado en los testimonios en cuanto a que ninguno les consta como se llevó

acabo la relación de trabajo después del año 2014, aunado a que no tuvo en cuenta las manifestaciones elevadas por el demandante en cuanto a la prestación personal del servicio, a la sujeción y disponibilidad al momento de conducir el vehículo asignado, a las rutas autorizadas y lo relacionado sobre quien le suministraba el pago de los anticipos, no estando de acuerdo tampoco con el hecho de que la afiliación a seguridad social se dio solo para agilizar los trámites de vinculación¹. (Audiencia del 18 de febrero de 2021, récord 2:29:52).

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

CONSIDERACIONES

Constituyeron los anhelos del demandante JOSE TOBIAS QUEVEDO ZAMBRANO, las pretensiones visibles en el escrito de demanda (folios 6 a 8), las cuales encontraron soporte en los fundamentos fácticos de folios 3 a 6, encaminadas a que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a

¹ “Muchas gracias su señoría dentro del término oportuno me permito presentar recurso de apelación con el fin de que los honorables magistrados de sala laboral se pronuncien sobre lo siguiente: En primera medida y con ocasión al estudio de la subordinación pues es claro que no hubo una valoración integral al material probatorio practicado, pues no tuvo consideración el despacho lo manifestado en los testimonios en cuanto a que ninguno de los testigos le consta como se llevó acabo la relación de trabajo después del año 2014, es decir ellos estuvieron un periodo donde tampoco siquiera les constaba donde estuvieran ellos trabajando prácticamente un año, ni siquiera les consta del año 2014 al 2017 fechas en las cuales mi representado dejo de trabajar con el señor Ismael Hernández, razón por la cual negó tajantemente pues el despacho los derechos de mi representado sobre supuestos que no constataron los testigos.

Por otro lado, no considero que la relación específicamente las sociedades de hecho (sic) las condiciones y características personalísimas es decir competen a las partes únicamente, por lo que no se puede derivar o no se pueden pedir de costumbres mercantiles o actos que reintegren competen a la (sic) entre dos personas. Así mismo no resalto la incongruencia entre los testigos de manera de manifestar por un lado de que le daban una bonificación (sic) si dejara o no como manifestó la testigo Estefany junto con lo adelantado por el otro señor testigo cuando manifestaban que ellos no recibían dinero adicional a su anticipo del 10%, es decir únicamente recibían el 10%, entonces se evidencia una controversia por lo manifestado en ambos testigos junto con lo interpretado por el despacho como quiera que en ese orden de ideas no tenían un conocimiento específico o por lo menos al testigo que también (sic) un vehículo no tiene conocimiento específico de que mi representado (sic) en \$350.000 como lo manifestó la señora Estefany. Así mismo tomo en cuenta certeramente el testimonio del testigo antes mencionado en cuanto las condiciones particulares de trabajo ¿sí? Se basó básicamente en las condiciones y en el dicho del testigo mas no tomo en cuenta las manifestaciones elevadas por mi representado en cuanto a la prestación personal del servicio, en cuanto a la sujeción y disponibilidad de mi representado al momento de conducir el vehículo asignado, en cuanto si tenía que conducir por las rutas autorizadas o no mediante quien le suministraba el pago de los anticipos ¿Quién cobraba los saldos y demás? Entonces el despacho básicamente considero lo manifestado por el testigo en cuanto la relación especifica del testigo con el señor Ismael Hernández mas no la relación especifica que tenía mi representado con el señor Ismael. Así mismo llama la atención de este apoderado que la señora juez determine que la seguridad social se afilio mi representado para agilizar los trámites de vinculación y demás decantando pues esto una falta del interés por el cumplimiento de los parámetros normativos con ocasión a una solemnidad o formalidad lo que da básicamente a entender que no le importa el medio, lo que importa es el fin situación que es totalmente contraria a lo normado. Entonces en consideración a esto y a la no valoración oportuna de las pruebas solicito señores magistrados se revoque el fallo de primera instancia, declarar todas y cada una de las pretensiones, muchas gracias su señoría.”

término indefinido desde el 1° de noviembre del 2012 hasta el 27 de octubre del 2017 con Transcarga Logística y solidariamente con el señor Ismael Hernández Baracaldo, en consecuencia se condene al pago de salarios, prima de servicios, compensación de las vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización por terminación unilateral del contrato, indemnización por no pago de cesantías, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, derechos *ultra y extra petita* y costas del proceso. **Obteniendo sentencia de primera instancia desfavorable** a sus aspiraciones, por cuanto se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, tras considerar que si bien se encontraba probada la prestación personal del servicio y, en esa medida, en aplicación de la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T existía contrato de trabajo, lo cierto es que la accionada logró derruir dicha presunción al acreditar la ausencia de subordinación.

Pues bien, para resolver la alzada ha de recordarse en los juicios del trabajo es primordial para el operador judicial establecer si existe o no contrato de trabajo, que resulta ser la fuente o causa de los derechos laborales y, acreditados los extremos temporales de la relación y el salario devengado, resultaría factible efectuar las liquidaciones a que hubiere lugar.

En autos, resulta ser justamente el distanciamiento principal entre las partes, la existencia o no de un contrato de trabajo, en tanto su declaración judicial constituye la pretensión principal del demandante, mientras que la traída a juicio se opone al afirmar que se trató de una vinculación bajo el esquema de una sociedad comercial de hecho (contestación demanda fls. 123 a 141), razón por la cual precisa la Sala, no tiene importancia la denominación que al mismo le asignen las partes, ni que se halle regido por estipulaciones especiales, pues lo que configura el contrato de trabajo es la forma como se ejecuta la prestación, es decir, debe hacerse primar la realidad sobre la apariencia formal, de acuerdo con el artículo 53 Constitucional y el entendimiento jurisprudencial y doctrinal en torno al tema.

De igual forma, es menester señalar, a la parte actora le basta acreditar la prestación personal del servicio, por cuanto en virtud de la ventaja probatoria consagrada en el artículo 24 del C. S. del T., se podría presumir la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, correspondiendo por tanto a la llamada a

juicio desvirtuar su existencia. Al respecto, puede consultarse la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dictada dentro del radicado 32701².

En ese orden de ideas, en el caso de marras no se encuentra en discusión la prestación personal del servicio del demandante en favor del extremo demandado por cuanto la misma fue aceptada desde la contestación de la demanda, por lo que el promotor del juicio se encuentra cobijado por la presunción del artículo 24 del C.S.T., antes referida, y en ese orden, la Sala abordara el estudio de las probanzas recopiladas en autos en aras de establecer si la encartada logró desvanecer la presunción en comento.

Bajo las premisas anteriores, del acervo probatorio se destacan los siguientes documentos:

- Licencia de transito del vehículo tipo CAMION placa CQT152 de propiedad Transcarga Logística IHB S.A.S. (fl. 24).
- Planillas de pago a Salud y ARL del demandante por parte de Transcarga Logística IHB S.A.S. (fls. 27 a 86).
- Respuesta a derecho de petición elevado ante el Ministerio de Transporte respecto del registro de manifiestos que reposa en el sistema para el actor, donde se señala al accionante como conductor del vehículo con placas CQT152 y las empresas a las cuales emitieron los manifiestos, sin que allí aparezca Transcarga Logística (fls. 89 a 95).
- Manifiestos de carga de agosto, septiembre y octubre del 2017 de la empresa PROVEEDOR Y SERVICARGA S.A. en los cuales se relaciona al demandante como conductor del vehículo de propiedad de la sociedad demandada (fls. 96 a 98).

Por otra parte, se recibió el interrogatorio de parte que absolvió la parte demandada³ quien indicó conocer al demandante porque manejó un vehículo de

² “El Tribunal estimó, como fundamento de su decisión, que conforme al artículo 24 del C. S. del T., se presumía que toda relación laboral está precedida de un contrato de trabajo, por lo que, de acuerdo con el artículo 177 del C. de P. C., es deber de la parte demandante entrar a demostrar la mentada relación y, del accionado, desvirtuar que en ella se configuran los elementos propios del contrato de trabajo (art. 23 del C. S. del T.).

A juicio de la Sala, la anterior interpretación del artículo 24 que hizo el ad quem, no ofrece reparo alguno, pues esa es la intelección genuina que se desprende del texto legal, cuya finalidad no es otra que aliviar la carga probatoria que normalmente pesaría sobre el trabajador de demostrar los elementos que configuran el contrato de trabajo, esto como medida protectora de la parte débil en la relación laboral.”

³ Audiencia del 18 de febrero del 2021, récord 10:27.

su propiedad de noviembre del 2012 a octubre del 2017, señalando la empresa solo cuenta con dos automotores e indicando que los conductores eran quienes conseguían la carga por ende ellos solo eran unos “comisionistas de carga” y en ese orden el demandante era un socio de dicho negocio en donde se beneficiaba del 10% del valor del flete y entregaba el 90% a la empresa, adujo que los dineros por anticipo eran entregados directamente al actor por parte de la empresa que le daba la carga y esta era la que daba todas las instrucciones del viaje, indicó que si bien se hizo la afiliación a seguridad social lo fue en calidad de intermediaria.

Asimismo, el demandante en su interrogatorio⁴ sostuvo que conducía los vehículos de Transcarga desde el 2011 hasta el 2017, señalando que la carga era conseguida por el señor Ismael Hernández representante de tal empresa. Afirmó que nadie lo controlaba, el cargaba sus viajes y era responsable de esa carga y que el señor Ismael Hernández nunca le dio instrucciones durante los viajes, aseguró haber recibido carga de la empresa demandada durante 4 años y luego por parte de otras sociedades. Igualmente refirió que era quien cobraba el dinero de anticipo por la carga pues con tal rubro iba y volvía de sus viajes.

De igual forma, se recibieron los testimonios de JOSE EUSEBIO TORRES⁵ y DAYAN STEPHANIE SIERRA PUENTES⁶.

El primero, quien adujo haber sido conductor de una tractomula de propiedad de Transcarga Logística, conociendo al demandante para el periodo del 2013 al 2014 como conductor del otro vehículo de esa sociedad, manifestó que entre la demandada y los conductores se hacía un convenio en el cual la empresa daba el vehículo y ellos lo conducían, destinando del valor total del flete un 90% para la empresa y el 10% para el conductor. Aseguró que la carga era conseguida por cada conductor quien se hacía responsable de la misma y que en algunas ocasiones Transcarga también les daba los datos de la empresa donde debían ir a cargar, más no entregaba como tal una carga. Comentó que eran los conductores quienes tenían el dinero del anticipo que daba cada empresa por el flete, del cual se sacaban los gastos del carro (gasolina, peajes) como también los gastos personales (alimentación y alojamiento) y de lo que quedaba del valor total del flete se daba el porcentaje a Transcarga y el que a ellos les correspondía,

⁴ Audiencia del 18 de febrero de 2021, récord 24:20.

⁵ Audiencia del 18 de febrero del 2021, récord 46:54.

⁶ Audiencia del 18 de febrero del 2021, récord 1:23:20.

precisando que si no salían viajes pues se quedaban en la casa descansando y que quienes supervisaban la carga y los viajes eran las empresas que daban tales fletes, reiterando era el conductor quien buscaba sus propios viajes.

A su turno, la segunda deponente, dijo conocer al demandante porque fue la secretaria de Transcarga Logística del 2013 al 2014, afirmando haber visto al demandante solo cuando iba a entregar el dinero de los viajes, por cuanto el 90% del viaje era de la empresa y el 10% del conductor, asegurando el acuerdo que existió entre las partes era que la demandada ponía a disposición el vehículo, el demandante lo conducía, pero la carga era dada por otras empresas y en ese orden la accionada solo fungía como un tercero, señaló que los anticipos de los viajes eran recaudados por el demandante y el mismo manejaba el dinero, nunca se le hizo llamados de atención ni requerimiento, pues el control de los viajes lo hacía la empresa que daba la carga, precisando que si bien la accionada efectuó los pagos a seguridad social el dinero salía del bolsillo del demandante y además ello se hizo porque sin salud ni ARL podían conseguir carga.

De esta manera y previo a continuar con el estudio correspondiente, es menester precisar, las manifestaciones de los testigos JOSE EUSEBIO TORRES y DAYAN STEPHANIE SIERRA PUENTES gozan de plena credibilidad para la Sala dado que los deponentes en sus versiones fueron espontáneos y coincidentes entre sí, sin que se advirtiera el ánimo de favorecer a las partes, explicando de manera clara cómo en la realidad se llevaban a cabo las funciones de los conductores de TRANSCARGA, cargo que aseguró el demandante desempeñó dentro de la compañía, precisando, aunque el relato del primero no versó específicamente sobre la relación que tuvo la demandada con el actor, sí explicó, de forma concisa, a partir de su experiencia como conductor al servicio de la demandada, cómo se realizaba la operación y cuál era el sistema empleado por la compañía para remunerar a ese tipo de trabajadores.

En este punto, valga advertir, no es posible, como lo sugiere el recurrente, que se desechen tales medios de prueba por haberse limitado la declaración de los testigos a los años 2013 y 2014 periodo en el cual tuvieron relación con la encartada, porque tales anualidades están comprendidas dentro del lapso temporal respecto del cual se persigue la declaratoria del contrato de trabajo y en todo caso las circunstancias por ellos narradas dan claridad a la Sala de lo vivido entre las partes aquí en contienda.

En este orden de ideas, del análisis de las pruebas aportadas en conjunto, valoradas bajo las reglas de la sana crítica, pues recuérdese que la decisión se funda en la libre formación del convencimiento del fallador (*artículo 61 del C.P.L.*), sin que existan tarifas probatorias o pruebas irrefutables, advierte esta Sala de decisión, tal como se aceptó por las partes y se anunció desde el inicio de esta providencia, no hay duda de una prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de TRANSCARGA LOGISTICA IHB S.A.S. realizando la labor de conductor del vehículo de propiedad de tal sociedad.

Sin embargo, pese a ello, resulta claro que la demandada logró desvanecer la presunción que cobijaba al actor, atendiendo a la realidad de cómo se ejecutaron las actividades que para dicha sociedad desarrolló, pues los elementos individuales aportados, esto es, la prueba testimonial y la documental resulta consistente para determinar que el demandante era quien se encargaba de conseguir la carga para los viajes realizados, sin recibir ningún tipo de ordenes por parte de Transcarga Logística, circunstancias que en todo caso fueron confesadas por el demandante en su interrogatorio de parte, pues de sus afirmaciones se desprende que él de forma libre y autónoma manejaba el vehículo, ya que fue enfático en señalar que nadie lo contralaba, era el responsable de la carga y no recibía ningún tipo de instrucciones por parte del señor Ismael Hernández representante legal de la accionada, con lo cual es posible determinar que en la actividad realizada por el demandante no medió subordinación, conclusión a la que se arriba en atención a la autonomía que tenía el actor para ejecutar su labor y la ausencia de llamados de atención o sanciones disciplinarias en su contra por parte de quien se alega fue su empleador, por el modo y la forma en que se desarrolló la labor como conductor, pues la pasiva como ya se vio no tenía injerencia alguna respecto del manejo del camión y las actividades ejecutadas por el demandante durante el viaje, teniendo el actor como únicos lineamientos los parámetros fijados por la empresa para la cual se prestaba el servicio de cargue que nunca fue Transcarga logística ya que ésta únicamente le suministro el automotor para desarrollar tal función a cambio del pago del 90% del flete recaudado.

Por lo anterior, lo que esta Sala de decisión evidencia es que la relación existente entre el demandante y la accionada, no era propia de un vínculo subordinante pues se itera el actor no estaba sujeto a las órdenes impartidas por Transcarga Logística, además es claro que el accionante no recibía un sueldo sino que tenía

una participación respecto del valor pactado como flete con la empresa que daba la carga, del cual hacía uso sin ningún tipo de restricción, pues el propio promotor del litigio indicó en su interrogatorio que el anticipo dado por la carga era cobrado por él y usado para “*ir y volver del viaje*”.

Así pues, no se aprecia por parte de esta Sala de decisión exigencias de exclusividad para la prestación de los servicios, cumplimiento de horarios, órdenes o llamados de atención en ejercicio de un poder disciplinario por parte del extremo demandado.

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con las planillas de aportes a seguridad social aportadas por el actor, en las que aparece como empleador TRANSCARGA LOGISTICA, es importante anotar, las mismas no resultan suficientes para acreditar el contrato de trabajo aquí alegado, debido a que tal documento por sí solo no da cuenta certera de esta circunstancia, aunado a que como ya se vio dicho vinculó fue desvirtuado por la parte accionada. Así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia de 10 de marzo de 2005, rad. 24313, reiterada en la SL15929-2017, en la cual indicó:

«[...]Y lo sostenido por el ad quem, en cuanto a que para cierta época aparezca afiliado el actor al ISS, no es suficiente para demostrar la existencia del contrato de trabajo al ser ello apenas un <mero indicio de ese tipo de vinculación>, no resulta un razonamiento equivocado, habida consideración que como lo ha reiterado la Corte de tiempo atrás <...el hecho de la afiliación al seguro social, no demuestra por sí sólo el contrato de trabajo, pues para la estructuración de este, se requiere la coexistencia de los elementos del contrato de trabajo> (Sentencia del 18 de marzo de 1994, radicado 6261)».

Así las cosas, como se ha venido señalando es claro para esta Sala de decisión, que la relación vivida entre las partes no estuvo regida por un contrato de trabajo pues como quedó visto, el extremo demandado desvirtuó la presunción que cobijaba al demandante, probando que el actor ejecutaba la labor de manera autónoma e independiente, razón por la cual, se itera, la prestación del servicio por parte del señor JOSE TOBIAS QUEVEDO ZAMBRANO, no acaeció en virtud de una relación laboral, pues simplemente el cómo conductor se dedicó a las labores propias de esa actividad, ejecutando su labor con plena autonomía y sin mediación alguna de la sociedad demandada, siendo partícipe de las ganancias que obtenía del vehículo de propiedad de la empresa demandada.

Razones por las cuales, se itera, la presunción que cobijaba al demandante (artículo 24 del C.S.T) se desvaneció, y contrario a ello, quedó demostrado que la labor por este desempeñada fue ejecutada bajo plena autonomía, por lo cual se prohijara la decisión de primera instancia.

Agotada como se encuentra esta instancia por el estudio de los motivos objeto de apelación, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia de primer grado.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

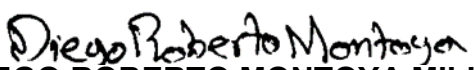
En mérito de lo expuesto el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

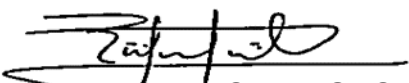
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN


RAFAEL MORENO VARGAS


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN