TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ADOLFO NELIO MANZANO QUINTERO contra LA UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP- y otro. Rad. 110013105-022-2017-00557-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte accionada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de diciembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor ADOLFO NELIO MANZANO QUINTERO como pretensiones principales depreca se condene a la UGPP a la reliquidación de su pensión, conforme a su último año de servicio, tomando como factores salariales: salario, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, festivos y prima semestral; en consecuencia, se le ordene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional a que tiene derecho, los intereses moratorios, así como a la indexación de las sumas anteriormente reconocidas. Lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Finalmente, de manera subsidiaria solicitó se condene a la UGPP a la reliquidación de su pensión, conforme a los últimos 10 años de cotización, tomando como factores salariales: salario, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, festivos y prima semestral.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló haber nacido el 22 de junio de 1942 y al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía

aproximadamente 51 años de edad; que trabajó para el Ministerio de Obras Públicas del 01 de noviembre de 1960 al 31 de diciembre de 1993, es decir, 33 años y 02 meses; así mismo, trabajó para el Instituto Nacional de Vías-INVIAS desde el 01 de enero de 1994 hasta el 31 de julio de 1994, es decir 07 meses. El 22 de junio de 1997 cumplió 55 años y los aportes a pensión de las entidades empleadores se realizaban a CAJANAL, entidad que le reconoció y ordenó el pago de la pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de $385.187, efectiva a partir del 22 de junio de 1998, pero con efectos fiscales a partir del momento en que cesara el pago de la Resolución del 13 de julio de 1994 que reconoció pensión convencional. Que en dicha Resolución la entidad reconoció que laboró un total de 12.148 días, nació el 22 de junio de 1942, que cuenta con más 55 años de edad y adquirió el status jurídico el 22 de junio de 1997 y la liquidación de la prestación fue con el 75% del promedio de lo devengado sobre el salario promedio de 04 meses, es decir asignación básica, dominicales y feriados y horas extras; precisó, su último cargo fue de operador de maquinaria pesada. Sin embargo, CAJANAL revocó la aludida Resolución y lo reliquidó en cuantía de $744.771, con efectividad a partir del 22 de junio de 2002, contrario a la primera Resolución, esta entidad liquidó la prestación con el 85% sobre el salario promedio de los últimos 10 años y tomando como factores salariales: asignación básica y horas extras. Que El 02 de marzo de 2017 la UGPP negó la reliquidación de su pensión y la confirmó el 15 de mayo de 2017. Indicó que durante el último año de servicios percibió los siguientes factores salariales: salario, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, horas extras, festivos y prima semestral, tal como lo indicó el formato 3B de fecha del 07 octubre de 2016. El mismo formato con fecha del 17 de julio 2017 señaló que dentro de sus últimos 10 años de servicio percibió salario, horas extras, dominicales y festivos, pero no hace referencia a los demás factores salariales que percibió (Fls. 28 a 34).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas, para ello manifestó que mediante la Resolución del 02 de marzo de 2017 se le indicó al demandante las razones por las que se negó la reliquidación de su pensión, entre las cuales se refirió que adquirió el status de pensionado el 22 de junio de 2002, bajo los art. 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por el art. 9 de la Ley 797 de 2003 y junto con otras disposiciones legales, conllevan a que no sea viable la reliquidación pensional en vigencia de la aludida Ley. Adicionalmente, el actor cumplió con los requisitos legales y conforme al principio de inescindibilidad expresado en la Resolución, se aplicaron los factores salariales del Decreto 1158 de 1994; razón por la cual las demás pretensiones derivadas de la principal pierden

sustento. Mediante sentencia, la Corte Constitucional indicó que los regímenes pensionales que conforman el régimen de transición, se resuelven de acuerdo a los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, respetando la edad, tiempo y monto del régimen anterior pero la liquidación de su mesada se hará respecto a los últimos 10 años de servicio o el tiempo que les hiciere falta y la inclusión únicamente de factores salariales sobre los que efectivamente hubiere realizado aportes y que se encuentren establecidos en el Decreto 1158 de 1994. Propuso como excepciones de fondo, las de «prescripción», «imposibilidad de condena en costas», «sobre la indexación», «no pago de los intereses moratorios» y «genérica» (Fls. 37 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 14 de diciembre de 2020, declaró que el demandante tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 21 de junio de 2002, en cuantía inicial de $775.541; declaró como probada parcialmente la excepción de prescripción de la reliquidación de las mesadas pensionales anteriores al 18 de octubre de 2013; en consecuencia, condenó a la UGPP a pagar a favor del demandante las diferencias pensionales causadas a partir del 18 de octubre de 2013, teniendo en cuenta la diferencia entre la mesada que arrojó la mesada pensional inicialmente reconocida y la hallada por el Despacho, previo a los descuentos a que haya lugar; condenó a la accionada al pago de los intereses moratorios, a partir del 19 de febrero de 2017 y hasta que se efectúe el pago del retroactivo causado. Finalmente, absolvió a la UGPP de las demás pretensiones formuladas en su contra y le impuso en costas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó inicialmente que la pensión de vejez reconocida al actor, lo fue bajo la Ley 33 de 1985 tras considerarse que era beneficiario del régimen de transición, lo cual no estaba en discusión, advirtiendo sobre ello la forma de liquidación del IBL conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de remplazo de la prestación, sino diferente e independiente, pues esta base aplicada 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; razón por la cual, no existía divergencia alguna 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 encuentran afiliados y el IBL de la prestación. En ese orden, sostuvo que, para el caso bajo estudio, el promedio de lo devengado del demandante le es aplicable el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho pensional o el cotizado durante todo el tiempo si este promedio fuere superior, actualizado anualmente conforme a la variación del

IPC. Teniendo en cuenta lo anterior, sostuvo la juzgadora que no tiene vocación de prosperar lo solicitado por el demandante en lo relativo a que el cálculo se efectué con los valores percibidos en el último año, ya que dicho beneficio no fue traído por parte del régimen de transición, por lo que advirtió que el cálculo debió hacerse conforme al inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como fue reconocido por la accionada, encontrándose ajustado a derecho tal reconocimiento.

En cuanto a todos los factores salariales, concluyó que debía darse aplicación a lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 1158 de 1994, el cual estableció los factores salariales a tener en cuenta para conformar el IBL, precisando que el salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema pensional de los servidores públicos, estará constituido por la asignación básica mensual, los gastos de representación, la prima técnica cuando sea factor de salario, la prima de antigüedad ascensional de capacitación cuando sea factor de salario, la remuneración por trabajo dominical o festivo, la remuneración por trabajo suplementario de horas extras o realizado en jornada nocturna y la bonificación de servicios prestacionales. En tal medida, encontró que los factores salariales que pretendió el actor se le tuvieran en cuenta para establecer el IBL, esto es, salario, subsidio de alimentación, prima de navidad, prima de vacaciones, prima semestral, horas extras y festivos, podían ser tenidos en cuenta sólo los que obraron en la certificación allegada, es decir, el salario de la remuneración por trabajo dominical o festivo y la remuneración por trabajo suplementario, tal como aconteció en la Resolución en tanto que la demandada tuvo en cuenta la asignación básica y las horas extras.

En ese orden, el Juzgado hizo los cálculos correspondientes y obtuvo para el año 2002, fecha en la cual se le reconoció la pensión al demandante, un IBL que ascendió a la suma de $212.401, que al aplicarle una tasa de remplazo del 85,5% arrojó como primera mesada pensional la suma de $775.541, valor superior a la reconocida por la demandada mediante Resolución, esto es $744.771, diferencia de $30.079,83 a favor del accionante; analizada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, se analizó que la pensión le fue reconocida al actor el 09 de octubre de 2002 y la reclamación administrativa de la reliquidación fue elevada el 18 de octubre de 2016, la cual fue rechazada en el año 2017 y la demanda se radicó el 06 de septiembre de 2017, por lo que entre la fecha de la Resolución que reconoció la pensión y la fecha de la reclamación de la reliquidación, transcurrieron más de tres años; por lo que no se interrumpieron las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 2013. Sobre los intereses moratorios y en razón a que no se observó alguna causal por la que se permitiera exonerar a la accionada por estos pagos, puesto que el demandante al momento de presentar la solicitud le asistía el derecho de la

reliquidación solicitada, condenó a la demandada al pago de dicho intereses causados, desde el 19 de febrero de 2017 y hasta que se efectúe el pago de los valores condenados y la inclusión en nómina pensional; como quiera que prosperaron los intereses moratorios, absolvió a la demandada al pago de la indexación de las sumas condenadas.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandada, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, considerando que para esa entidad no es procedente la reliquidación enjuiciada, toda vez que se ha fijado el criterio de interpretación para la liquidación de las pensiones del régimen de transición conforme a las reglas del inciso 3º del art. 36 de la Ley 100 de 1993, regla ratificada y que se extendió a todas las pensiones reguladas por el régimen de transición, pues la manera de interpretar este régimen es respetando los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto entendido como tasa de remplazo del régimen anterior sin que esté incluido en la transición el IBL. Por esta razón, la UGPP liquidó la pensión del demandado de conformidad a la Ley citada. Además, en el caso bajo debate no es viable tener en cuenta conceptos salariales diferentes a los ya incluidos, puesto que la liquidación contiene los valores en la norma vigente al momento del cumplimiento del status pensional. Adicionalmente solicitó que no se le condene en costas y agencias en derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. La parte actora en procura de que se confirme la decisión de primer grado; la accionada solicitando la absolución de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación tanto en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP como el recurso de apelación por ésta interpuesto, determinar si es procedente reliquidar la pensión del demandante conforme lo ordenó la juez a quo, esto es, teniendo en cuenta el tiempo que le hacía falta para pensionarse y aplicando como tasa de remplazo 85.5%. De ser así, se revisará lo atinente a la excepción de prescripción y la procedencia de los intereses moratorios.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, corresponde indicar que fue acreditado al plenario que la Caja Nacional de Previsión -CAJANAL, a través de la Resolución No. 030760 del 30 de diciembre de 1998, le concedió al demandante la pensión de jubilación regulada en la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; cuya cuantía ascendió a la suma de $385.187.33, para lo cual se tuvo en cuenta un IBL de $513.583,11 y una tasa de remplazo del 75% (fls. 2 a 4). Posteriormente, mediante Resolución 29268 del 09 de octubre de 2002, se revocó el anterior actor administrativo, para en su lugar, reconocer la pensión de vejez consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, cuyo monto se calculó en los términos de los artículos 21 y 34 ibídem, con el IBL de los últimos 10 años de cotización equivalente a $876.201.38 y se le aplicó una tasa de remplazo del 85%, para una mesada de $744.771,17 (fls. 5 a 11).

En los citados actos administrativos se destaca que el demandante cotizó un total de 1.735 semanas y que la revocatoria del primer acto administrativo obedeció a que con la Ley 100 de 1993, la tasa de remplazo le era más favorable que la otra opción del 75% contemplada en la Ley 33 de 1985 por ser beneficiario del régimen de transición, aspecto que también se encuentra fuera de la discusión, así como que también conservó tal prerrogativa al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que contaba a la entrada en vigencia del mismo con más de 33 años de servicios al Ministerio de Obras Públicas e INVIAS, donde laboró como obrero, chofer y operador de maquinaria pesada, entre el 01 de noviembre de 1960 y el 31 de julio de 1994, de modo que ostentó la calidad de trabajador oficial y según los certificados de información laboral que reposan de folios 20 a 27, estuvo efectuando sus aportes a pensión a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL.

Decantado lo anterior, y en aras de dar solución al problema jurídico planteado, la primera conclusión a la que se llega es que la pensión que actualmente ostenta el demandante es la consagrada en el Ley 100 de 1993, no por ser beneficiario del régimen de transición, que lo es, y si bien la demanda no es un modelo a seguir, auscultándola como es el deber del juzgador laboral, se puede establecer que el querer del actor no es otro que la prestación sea liquidada en los términos de la parte final del inciso 1° del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es, con el «salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio», pero escindiéndola y dando aplicación a una tasa de remplazo del 85% que le fue establecida en virtud del artículo 34 de la ley 100 de 1993. Ahora bien, como pudo

verse en precedencia la juez a quo accedió a reliquidar la prestación teniendo en cuenta el IBL en los términos expuestos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo que le hacía falta para pensionar y aplicando la aludida tasa de remplazo del 85%, situación que desde luego no está permitida, tal como se explicará a continuación.

En efecto, sobre el aspecto de la reliquidación deprecada, en principio, ésta Corporación arriba a la misma conclusión absolutoria, en razón a que le asistió razón a la juez de primer grado en el sentido que no puede accederse en forma favorable a las pretensiones, pues en últimas la pretensión está dirigida a obtener la reliquidación de conformidad con el promedio salarial devengado en el último año de servicios, forma de liquidar que como bien fue determinado en la decisión apelada, no aplica para las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición.

Ello es así, pues es criterio pacífico de la H. Sala Laboral de la CSJ, que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, deben verificarse con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que establece que para quienes a 1º de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste. En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1º de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que la citada Corporación determinó que los factores salariales a tener en cuenta en pensiones de jubilación reguladas por la Ley 33 de 1985 reconocidas en virtud del régimen de transición, corresponde a los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994, conforme lo expuso en las CSJ SL17777-2016, SL4657-2017 y SL4961-2018.

Por lo tanto, de conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales antes indicados, se arribaría a una conclusión absolutoria, ello en razón a que si bien el demandante con base en lo reglado por la Ley 33 de 1985, satisfizo la edad de 55 años el 25 de abril de 1995, lo cierto es que el derecho se causó faltándole menos de 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que su IBL

corresponderá al promedio de lo cotizado en el tiempo servido entre la entrada en vigencia de dicha Ley y hasta el momento que causó el status de pensionado, esto es, tomando como factores salariales los establecidos por el Decreto 1158 de 1994, tal como lo realizó la entidad demandada, dado que sólo era posible tener en cuenta los conceptos correspondientes a sueldo, horas extras, dominicales y festivos, razón por la cual, hasta ahí le asistía razón a la Juez de Primera Instancia en sus razonamientos.

No obstante, como la pensión que se pretende reliquidar está reconocida con base en la Ley 100 de 1993, no podía dársele una aplicación sesgada, escindiendo y tomando apartes de cada normatividad, dando aplicación al régimen de transición para calcular el IBL sobre el tiempo que le hacía falta al demandante, y aplicar la tasa de remplazo según el artículo 35 de la Ley 100 de 1993. En ese sentido, lo correcto era dar aplicación al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tal como lo efectuó la entidad accionada en la Resolución 29268 de 2002, específicamente por los últimos 10 años que le eran más favorables. En tal medida, en aras de verificar si la liquidación efectuada por la accionada se encuentra conforme a derecho, se realizan los cálculos del caso y estos arrojan lo siguiente:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO COTIZADO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO INDEXADO	IBL
DESDE	HASTA							
1/08/1984	31/08/1984	$ 29.581	1	2,360000	66,730000	30	836.415	$6.970,13
1/09/1984	30/09/1984	$ 28.530	1	2,360000	66,730000	30	806.698	$6.722,48
1/10/1984	31/10/1984	$ 29.481	1	2,360000	66,730000	30	833.588	$6.946,56
1/11/1984	30/11/1984	$ 28.530	1	2,360000	66,730000	30	806.698	$6.722,48
1/12/1984	31/12/1984	$ 29.481	1	2,360000	66,730000	30	833.588	$6.946,56
1/01/1985	31/01/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$6.932,51
1/02/1985	28/02/1985	$ 34.068	1	2,790000	66,730000	30	814.824	$6.790,20
1/03/1985	31/03/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$6.932,51
1/04/1985	30/04/1985	$ 33.660	1	2,790000	66,730000	30	805.065	$6.708,88
1/05/1985	31/05/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$6.932,51
1/06/1985	30/06/1985	$ 33.660	1	2,790000	66,730000	30	805.065	$6.708,88
1/07/1985	31/07/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$6.932,51
1/08/1985	31/08/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$6.932,51
1/09/1985	30/09/1985	$ 32.538	1	2,790000	66,730000	30	778.230	$6.485,25
1/10/1985	31/10/1985	$ 34.782	1	2,790000	66,730000	30	831.901	$ 6.932,51
1/11/1985	30/11/1985	$ 67.320	1	2,790000	66,730000	30	1.610.130	$ 13.417,75
1/12/1985	31/12/1985	$ 1.122	1	2,790000	66,730000	30	26.836	$ 223,63
1/01/1986	31/01/1986	$ 43.028	1	3,420000	66,730000	30	839.549	$ 6.996,24
1/02/1986	28/02/1986	$ 38.864	1	3,420000	66,730000	30	758.303	$ 6.319,19
1/03/1986	31/03/1986	$ 44.000	1	3,420000	66,730000	30	858.515	$ 7.154,29

1/04/1986	30/04/1986	$ 47.720	1	3,420000	66,730000	30	931.098	$7.759,15
1/05/1986	31/05/1986	$ 44.144	1	3,420000	66,730000	30	861.324	$7.177,70
1/06/1986	30/06/1986	$ 42.720	1	3,420000	66,730000	30	833.540	$6.946,16
1/07/1986	31/07/1986	$ 49.706	2	3,420000	66,730000	30	969.842	$8.082,02
1/08/1986	31/08/1986	$ 44.144	2	3,420000	66,730000	30	861.324	$7.177,70
1/09/1986	30/09/1986	$ 42.730	1	3,420000	66,730000	30	833.735	$6.947,79
1/10/1986	31/10/1986	$ 44.144	1	3,420000	66,730000	30	861.324	$7.177,70
1/11/1986	30/11/1986	$ 42.720	1	3,420000	66,730000	30	833.540	$6.946,16
1/12/1986	31/12/1986	$ 66.334	1	3,420000	66,730000	30	1.294.291	$10.785,76
1/01/1987	31/01/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/02/1987	28/02/1987	$ 57.696	1	4,130000	66,730000	30	932.216	$7.768,47
1/03/1987	31/03/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/04/1987	30/04/1987	$ 52.830	1	4,130000	66,730000	30	853.595	$7.113,29
1/05/1987	31/05/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/06/1987	30/06/1987	$ 69.406	1	4,130000	66,730000	30	1.121.419	$9.345,16
1/07/1987	31/07/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/08/1987	31/08/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/09/1987	30/09/1987	$ 52.830	1	4,130000	66,730000	30	853.595	$7.113,29
1/10/1987	31/10/1987	$ 54.591	1	4,130000	66,730000	30	882.048	$7.350,40
1/11/1987	30/11/1987	$ 65.157	1	4,130000	66,730000	30	1.052.767	$8.773,06
1/12/1987	31/12/1987	$ 42.264	1	4,130000	66,730000	30	682.876	$5.690,63
1/01/1988	31/01/1988	$ 64.304	1	5,120000	66,730000	30	838.081	$6.984,00
1/02/1988	29/02/1988	$ 54.307	1	5,120000	66,730000	30	707.788	$5.898,23
1/03/1988	31/03/1988	$ 93.812	1	5,120000	66,730000	30	1.222.671	$10.188,92
1/04/1988	30/04/1988	$ 65.760	2	5,120000	66,730000	30	857.063	$7.142,20
1/05/1988	31/05/1988	$ 71.990	2	5,120000	66,730000	30	938.254	$7.818,78
1/06/1988	30/06/1988	$ 65.760	1	5,120000	66,730000	30	857.063	$7.142,20
1/07/1988	31/07/1988	$ 84.910	1	5,120000	66,730000	30	1.106.643	$9.222,02
1/08/1988	31/08/1988	$ 67.952	1	5,120000	66,730000	30	885.632	$7.380,27
1/09/1988	30/09/1988	$ 65.760	1	5,120000	66,730000	30	857.063	$7.142,20
1/10/1988	31/10/1988	$ 83.698	1	5,120000	66,730000	30	1.090.856	$9.090,47
1/11/1988	30/11/1988	$ 65.760	1	5,120000	66,730000	30	857.063	$7.142,20
1/12/1988	31/12/1988	$ 67.952	1	5,120000	66,730000	30	885.632	$7.380,27
1/01/1989	31/01/1989	$ 105.909	1	6,570000	66,730000	30	1.075.689	$8.964,07
1/02/1989	28/02/1989	$ 113.322	1	6,570000	66,730000	30	1.150.985	$9.591,54
1/03/1989	31/03/1989	$ 107.202	1	6,570000	66,730000	30	1.088.828	$9.073,56
1/04/1989	30/04/1989	$ 95.508	1	6,570000	66,730000	30	970.054	$8.083,79
1/05/1989	31/05/1989	$ 92.504	1	6,570000	66,730000	30	939.542	$7.829,52
1/06/1989	30/06/1989	$ 116.521	1	6,570000	66,730000	30	1.183.477	$9.862,31
1/07/1989	31/07/1989	$ 104.807	1	6,570000	66,730000	30	1.064.500	$8.870,83
1/08/1989	31/08/1989	$ 92.504	1	6,570000	66,730000	30	939.542	$7.829,52
1/09/1989	30/09/1989	$ 96.053	1	6,570000	66,730000	30	975.584	$8.129,86

1/10/1989	31/10/1989	$ 95.553	1	6,570000	66,730000	30	970.505	$8.087,54
1/11/1989	30/11/1989	$ 101.020	1	6,570000	66,730000	30	1.026.037	$8.550,31
1/12/1989	31/12/1989	$ 104.004	1	6,570000	66,730000	30	1.056.345	$8.802,88
1/01/1990	31/01/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/02/1990	28/02/1990	$ 106.540	1	8,280000	66,730000	30	858.625	$7.155,21
1/03/1990	31/03/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/04/1990	30/04/1990	$ 114.150	1	8,280000	66,730000	30	919.955	$7.666,29
1/05/1990	31/05/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/06/1990	30/06/1990	$ 114.150	1	8,280000	66,730000	30	919.955	$7.666,29
1/07/1990	31/07/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/08/1990	31/08/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/09/1990	30/09/1990	$ 114.150	1	8,280000	66,730000	30	919.955	$7.666,29
1/10/1990	31/10/1990	$ 117.955	1	8,280000	66,730000	30	950.620	$7.921,84
1/11/1990	30/11/1990	$ 117.758	1	8,280000	66,730000	30	949.029	$7.908,57
1/12/1990	31/12/1990	$ 122.891	1	8,280000	66,730000	30	990.403	$8.253,35
1/01/1991	31/01/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/02/1991	28/02/1991	$ 135.296	1	10,960000	66,730000	30	823.750	$6.864,58
1/03/1991	31/03/1991	$ 219.068	1	10,960000	66,730000	30	1.333.796	$11.114,97
1/04/1991	30/04/1991	$ 95.640	1	10,960000	66,730000	30	582.304	$4.852,54
1/05/1991	31/05/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/06/1991	30/06/1991	$ 144.960	1	10,960000	66,730000	30	882.589	$7.354,91
1/07/1991	31/07/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/08/1991	31/08/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/09/1991	30/09/1991	$ 144.960	1	10,960000	66,730000	30	882.589	$7.354,91
1/10/1991	31/10/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/11/1991	30/11/1991	$ 144.960	1	10,960000	66,730000	30	882.589	$7.354,91
1/12/1991	31/12/1991	$ 149.792	1	10,960000	66,730000	30	912.009	$7.600,08
1/01/1992	31/01/1992	$ 149.792	1	13,900000	66,730000	30	719.109	$5.992,58
1/02/1992	29/02/1992	$ 140.128	1	13,900000	66,730000	30	672.715	$5.605,96
1/03/1992	31/03/1992	$ 271.792	1	13,900000	66,730000	30	1.304.797	$10.873,31
1/04/1992	30/04/1992	$ 226.612	1	13,900000	66,730000	30	1.087.901	$9.065,84
1/05/1992	31/05/1992	$ 185.252	1	13,900000	66,730000	30	889.343	$7.411,19
1/06/1992	30/06/1992	$ 179.760	1	13,900000	66,730000	30	862.977	$7.191,48
1/07/1992	31/07/1992	$ 185.752	1	13,900000	66,730000	30	891.743	$7.431,19
1/08/1992	31/08/1992	$ 185.752	1	13,900000	66,730000	30	891.743	$7.431,19
1/09/1992	30/09/1992	$ 179.760	1	13,900000	66,730000	30	862.977	$7.191,48
1/10/1992	31/10/1992	$ 185.752	1	13,900000	66,730000	30	891.743	$7.431,19
1/11/1992	30/11/1992	$ 179.760	1	13,900000	66,730000	30	862.977	$7.191,48
1/12/1992	31/12/1992	$ 212.160	1	13,900000	66,730000	30	1.018.521	$8.487,67
1/01/1993	31/01/1993	$ 259.107	1	17,400000	66,730000	30	993.690	$8.280,75
1/02/1993	28/02/1993	$ 208.040	1	17,400000	66,730000	30	797.845	$6.648,71
1/03/1993	31/03/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07

1/04/1993	30/04/1993	$ 222.900	1	17,400000	66,730000	30	854.834	$7.123,62
1/05/1993	31/05/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07
1/06/1993	30/06/1993	$ 233.996	1	17,400000	66,730000	30	897.389	$7.478,24
1/07/1993	31/07/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07
1/08/1993	31/08/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07
1/09/1993	30/09/1993	$ 222.900	1	17,400000	66,730000	30	854.834	$7.123,62
1/10/1993	31/10/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07
1/11/1993	30/11/1993	$ 222.900	1	17,400000	66,730000	30	854.834	$7.123,62
1/12/1993	31/12/1993	$ 230.330	1	17,400000	66,730000	30	883.329	$7.361,07
1/01/1994	31/01/1994	$ 324.290	1	21,330000	66,730000	30	1.014.528	$8.454,40
1/02/1994	28/02/1994	$ 251.720	1	21,330000	66,730000	30	787.495	$6.562,46
1/03/1994	31/03/1994	$ 296.386	1	21,330000	66,730000	30	927.232	$7.726,93
1/04/1994	30/04/1994	$ 279.229	1	21,330000	66,730000	30	873.555	$7.279,63
1/05/1994	31/05/1994	$ 278.690	1	21,330000	66,730000	30	871.870	$7.265,58
1/06/1994	30/06/1994	$ 269.700	1	21,330000	66,730000	30	843.745	$7.031,21
1/07/1994	31/07/1994	$ 373.690	1	21,330000	66,730000	30	1.169.072	$9.742,27
TOTAL, DÍAS						3.600		
TOTAL, SEMANAS						514,29	IBL	909.477,85
TASA DE REEMPLAZO		85%					PENSION	773.056,17
SALARIO MÍNIMO		2.002					PENSIÓN MÍNIMA	309.000,00

En ese sentido, el IBL debe ser objeto de reajuste de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y como ya se explicó, su estimación se efectuó con base en el promedio salarial devengado durante los últimos 10 años, por serle más favorable, desde el año 1984, hasta el año 1994, con base en los factores salariales devengados de conformidad con el Decreto 1158 de 1994, según las certificaciones laborales obrantes a folios 20 a 27 y 63 a 83, el cual arrojó un IBL por la suma de $909.477,85, cifra a la que le aplicó una tasa de reemplazo del 85%, la cual se adecúa a lo reglado por el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, y que en todo caso no fue objeto de discordia, determinándose el valor de la mesada pensional inicial en la suma de $773.056,17, valor que obviamente resulta más favorable al que le fue reconocido por la entidad accionada ($744.771), pero inferior al que calculó la juez de primera instancia ($775.541). Por lo anterior, habrá de modificarse la decisión de primera instancia.

En lo que se refiere a la excepción de prescripción, habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia en cuanto la declaró parcialmente probada, puesto que el reconocimiento pensional se hizo el 09 de septiembre de 2002 (fls. 5 a 11), y según las Resoluciones RDP 008293 del 02 de marzo de 2017 y RDP 019894 del 15 de mayo de 2017, se solicitó el reajuste pensional el 18 de octubre de 2016 (fls. 12 a 19); por ello, quedaron cobijadas con el fenómeno extintivo de la prescripción las diferencias

causadas con anterioridad al 18 de octubre de 2013, en los precisos términos del artículo 488 del CST, en concordancia con el 489 de la misma obra y el 151 del CTPSS, habiéndose presentado la demanda el 06 de septiembre de 2017 (fl. 35).

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, esta Sala venía sosteniendo el criterio según el cual no había lugar a su procedencia, cuando de reajustes pensionales se trataba, en el sentido de que la entidad no se sustraía del reconocimiento de las mesadas pensionales, no obstante lo anterior, conforme al reciente criterio expuesto por la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL3130-2020, reiterada en la CSJ SL3090-2020, se recogió tal tesis para reinterpretar dicho artículo, enseñando lo siguiente:

> «2. Como ya se anunció, una revisión atenta de la referida doctrina, obliga a la Corte a reconocer que no existe una razón jurídica objetiva para negar la procedencia de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, cuando se trata de reajustes de la pensión, pues eso no es lo que se deriva de la norma, interpretada de manera racional y lógica.
>
> En primer lugar, como antaño se había dicho en la sentencia CSJ SL, 2 may. 2002, rad. 17664, la Corte debe partir de la base de que «[…] el legislador no distinguió clase, fuente u otras calidades de la pensión», ni limitó expresamente la procedencia de los intereses moratorios al hecho de que se adeudara la totalidad de la mesada y no solo una parte de ella.
>
> En efecto, si se observa con detenimiento el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se puede notar que el legislador no hizo diferenciación alguna a la hora de establecer los intereses moratorios, ni en función de la clase de pensión legal que les sirviera de base, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL1681-2020, ni teniendo en cuenta si se trataba del pago completo de la mesada pensional o tan solo de algún saldo.
>
> Siendo ello así, lo primero que se debe consentir es que ni siquiera una interpretación literal de la norma llevaría a la conclusión que hasta ahora sostenía la Corte, en virtud de la cual los intereses moratorios solo proceden en los casos de mora en el pago completo de la mesada pensional y no como consecuencia de algún reajuste, pues eso no es lo que reza el texto de la disposición.
>
> Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[…] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales […]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.
>
> El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[…] en conformidad al tenor de la obligación […]» y que el «[…] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»

> En similares términos, en la sentencia CSJ SL, 9 jul. 1992, rad. 4826, esta corporación anotó al respecto:
>
> Que el pago deba hacerse "bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación", como lo dispone el artículo 1627 del Código Civil, no significa que pueda efectuarse de manera incompleta, pues en los textuales términos del artículo 1649 ibídem, "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".
>
> Así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte cuando dijo:
> "El pago, para que tenga entidad de extinguir la obligación, debe hacerlo el deudor al acreedor en las condiciones establecidas por la ley, entre las cuales merece destacarse la de que debe efectuar en forma completa, o sea, que mediante él se cubra la totalidad, a virtud de que el deudor no puede compeler al acreedor a que lo reciba por partes, salvo estipulación en el punto, pues sobre el particular establece el inc. 2º del art. 1626 del C. C. que el "pago efectivo es la prestación de lo que se debe" y, para que sea cabal, íntegro o completo, debe hacerse, además, con sus intereses e indemnizaciones debidas, tal como reza el inc. 2º del art. 1649 ibídem, cuando dispone que "El pago total de la deuda comprende el de los intereses e indemnizaciones que se deban".
>
> De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.
>
> Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora». (Lo resaltado es nuestro).

Así las cosas, esta Sala se acoge a dicha interpretación con los alcances allí definidos, precisando en todo caso que resulta aplicable la tesis expuesta desde la sentencia CSJ SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, donde se determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, lo cual se configura en el caso de marras, pues es claro que CAJANAL en su momento concedió la prestación de forma oportuna, inclusivo dando aplicación favorable a la Ley 100 de 1993, aplicando para su liquidación el IBL de los últimos 10 años, y si bien se encontró en el trámite del presente proceso una diferencia en favor del pensionado, ello bien pudo obedecer a la utilización de alguna fórmula matemática distinta en el año 2002, pues recuérdese que hasta el año 2007, la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020 unificó el criterio y la fórmula en torno a la forma que debía indexarse, liquidar y obtener el IBL, guarismos que, desde luego, fueron los utilizados en esta instancia para obtenerlo. De modo que, para esta Sala de Decisión, tal situación, sí es una razón atendible que permite exonerar a la accionada de los

intereses moratorios, en su lugar, se accederá a la indexación de las sumas resulten del retroactivo por diferencias. Por lo tanto, se revocará este puntual aspecto de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, y en lo que atañe a la imposición de costas, resulta imperante para la sala recordarle a la recurrente que en voces del artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio será condenada a su pago, de acuerdo con lo anterior y en tanto no se acreditó ninguna circunstancia que exonere a la entidad de su pago se deberá confirmar la sentencia impugnada.

De igual manera, se adicionará la decisión en lo atinente a la autorización a la UGPP para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

En tal virtud, quedan resueltos tanto el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la UGPP, como la apelación por ella formulada. De tal modo que se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que el valor de la mesada inicial asciende a la suma de $773.056, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ABSOLVER a la accionada del pago de intereses moratorios. En su lugar, CONDENAR a la indexación de las sumas objeto de

condena al momento del pago efectivo, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: ADICIONAR la aludida sentencia, en el sentido de AUTORIZAR a la UGPP a realizar los descuentos a que haya lugar por concepto de los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud del retroactivo pensional causado, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.

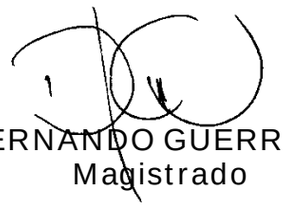
CUARTO: CONFÍRMAR en lo demás la decisión. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

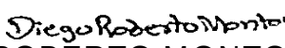
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BERTHA SUSANA NIETO MONCADA contra COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 110013105-026-2019-00099-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de febrero de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora BERTHA SUSANA NIETO MONCADA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad de la afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en tanto no fue precedida por una decisión informada. En consecuencia, se condene a PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá recibir los montos trasladados y reactivar su afiliación. Finalmente se condene a las demandadas a todo lo Ultra y Extra Petita, más las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, mencionó que nació el día 05 de octubre de 1963, e inició a cotizar en el RPMPD, en cabeza del Instituto de los Seguros Sociales —ISS desde el 05 de diciembre de 1988 hasta el 18 de agosto de 1998, fecha en la cual efectuó el traslado al RAIS, mediante la afiliación a

PORVENIR S.A.; indicando que el fondo privado no le brindó la información adecuada y completa, pues solo se refirió a las ventajas del traslado, guardando silencio sobre las desventajas y las diferencias entre los diferentes regímenes pensionales. Explicó que el 18 de diciembre de 2018 elevó petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado al RAIS y la reactivación de su afiliación en el RPMPD, no obstante, la entidad negó el pedimento por ser improcedente. Asimismo, manifestó que el 27 de diciembre de 2018 radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A., solicitando la copia de los documentos de la afiliación, así como la información que le suministraron en ese momento y una proyección de la mesada pensional que le correspondería en uno y otro régimen (Fls. 1 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante tenía plena autonomía para realizar el traslado, en consecuencia, la actora era consciente del contenido del formulario de afiliación y en señal de ello, lo suscribió en forma libre, espontánea y sin presiones. Adujo que la afiliación a la AFP PORVENIR fue válida, máxime teniendo en cuenta que no probó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Explicó que la afiliación se produjo en 1998, esto es, hace más de 20 años, por lo cual, el paso del tiempo y su continua cotización al fondo privado, subsanaron cualquier vicio que hubiese podido existir. Concluyó que corresponde a la AFP PORVENIR realizar un estudio para verificar si la demandante se encuentra cobijada por lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010, caso en el cual sí sería procedente el traslado. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (Fls. 69 a 75).

La AFP PORVENIR S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante se afilió al RAIS de manera libre de presiones o engaños, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación que contiene la declaración escrita que exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Aseveró que siempre garantizó el derecho de retracto a la demandante, en tanto, el 14 de enero de 2004 la AFP

publicó en el diario El Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad de los afiliados de trasladarse de régimen. Manifestó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Explicó que los funcionarios de la AFP están capacitados para brindar la información veraz y completa sobre el RAIS, aunado a que, las características de cada régimen se encuentran establecidas en la ley, sin que sea posible que las partes pacten algo diferente. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (Fls. 97 a 112).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 22 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de agosto de 1999; condenó a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin descontar suma alguna por concepto de administración a COLPENSIONES, quien deberá aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, la AFP debe probar que brindó al afiliado información completa sobre los riesgos y ventajas del traslado, de tal suerte, que aquel pueda actuar bajo los parámetros de un consentimiento informado, so pena de declarar la ineficacia del acto. Asimismo, explicó que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados, precisando que el grado de ese deber ha cambiado con el paso del tiempo hasta llegar a exigir el buen consejo y la doble asesoría. En ese sentido, encontró que la AFP no informó a la demandante sobre las características propias del RAIS, así como beneficios, desventajas y condiciones de cada régimen pensional, precisando que el formulario de afiliación sólo contiene datos generales de la actora, de modo que no permite establecer la información brindada al momento del traslado, aunado a que, según dedujo del interrogatorio de parte de la accionante, la AFP sólo indicó las ventajas, tales como, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, sin explicar cómo podía acceder a ese beneficio, ni los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión.

RECURSOS DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR S.A., apeló la decisión con el fin de que sea revocada en su totalidad, argumentando que al momento del traslado brindó la información completa, clara y comprensible a la actora, pese a que no puede acreditar tal hecho de otra forma que con el formulario de afiliación, en tanto, es materialmente imposible llamar a juicio al funcionario que en ese momento brindó la asesoría o allegar una prueba que en ese momento no existía, siendo una carga imposible de demostrar. Al punto, recordó que el formulario de afiliación es un documento en el que las partes manifestaron su voluntad y con el cual se materializa el derecho de libre escogencia estipulado en la Ley 100 de 1993, asimismo, aseveró que la AFP cumplió con el mandato que ordena que el traslado de régimen se realice por escrito e incluyó la manifestación de que se efectuó de forma libre y voluntaria. Expresó su inconformidad con la declaratoria de la ineficacia conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dado que no se acreditó la existencia de una conducta dolosa que haya atentado o impedido la afiliación del actor. Agregó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni manifestó inconformidad alguna ante el RAIS durante los años que estuvo afiliada allí. Afirmó que mientras a la AFP se le impone una carga probatoria imposible de cumplir, a la parte actora solo se le exige que haga negaciones indefinidas en la demanda. Precisó que no se tuvo en cuenta que la demandante afirmó no recordar la información suministrada al momento del traslado y que la misma se benefició de las ventajas del RAIS y ahora también desea beneficiarse también del RPMPD. En relación a la devolución de los gastos de administración indicó que esos descuentos también se efectúan en el RPMPD porque tienen la finalidad de prever las contingencias de invalidez y muerte de los afiliados, de modo tal que no son emolumentos que tengan la finalidad de financiar la pensión, ni que pertenezcan al afiliado. Igualmente expresó que la AFP descontó los gastos de administración, en virtud de un mandato legal y que en caso de ser enviados a COLPENSIONES se produciría un enriquecimiento sin justa causa a favor de tal entidad por cuanto no fue quien realizó la buena administración de los aportes de la actora. Por ello, solicitó ser absuelta de trasladar de los gastos de administración, máxime teniendo en cuenta que la AFP siempre actuó en cumplimiento de la ley.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, la demandada PORVENIR S.A presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia. A su turno, COLPENSIONES allegó alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en el libelo contestario, argumentando que no es procedente el traslado de régimen pretendido por la actora. Por su parte, la parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 16 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 05 de octubre de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR el 18 de diciembre de 2018 y el 27 de diciembre de 2018, respectivamente (fls. 22 a 26), es decir, cuando evidentemente ya faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 96 semanas cotizadas al ISS, equivalentes a 1 año, 10 meses y 12 días (CD´s fls. 28 y 81), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 18 de agosto de 1999 (Fl. 37), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 37), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (18 de agosto de 1999), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

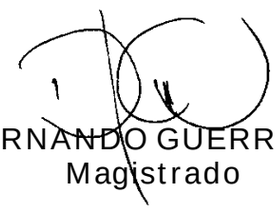
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ANDRÉS ALBERTO AYALA RAMÍREZ contra SAP COLOMBIA. Rad. 110013105-012-2019-00044-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor ANDRÉS ALBERTO AYALA RAMÍREZ, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia, a fin de que se declare que celebró un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de abril de 2014 hasta el 18 de enero de 2016 con la empresa SAP COLOMBIA S.A.S. Solicitó se declare que la terminación del contrato laboral es nula, toda vez existió un vicio en su consentimiento al aprovecharse de su condición especial, mediante engaño y coacción psicológica al momento de inducirlo a firmar la terminación de su contrato laboral, sin que ello reflejará su verdadera voluntad libre y espontánea; en consecuencia, solicitó el reintegro al cargo que ocupaba, o uno de igual o similar jerarquía al momento la terminación del contrato. En el mismo sentido, solicitó se condene a la demandada al pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta que se produzca el reintegro solicitado, teniendo en cuenta que el salario devengado era de $8.891.558

correspondientes al salario integral, y adicional a ello devengaba un salario variable de $6.421.681 mensuales al momento de la terminación del contrato de trabajo.

Como pretensión subsidiaria, solicitó se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 01 de abril del 2014 y finalizó el 18 de enero de 2016, con un salario de $8.892.558 correspondientes al salario integral, y que adicionalmente devengaba un salario variable $6.421.681 mensuales al momento la terminación de su contrato de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, pidió se condene a la accionada al pago de las comisiones por desempeño a las que el actor tenía derecho, correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016, junto con la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del CST, y los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, asimismo se ordene a la demandada a liquidar y pagar las prestaciones sociales a que tenía derecho teniendo en cuenta los factores salariales señalados. Además, solicitó se declare que fue despedido de manera ilegal como quiera que estaba en estado de debilidad manifiesta por la limitación que presentaba encontrándose en tratamiento médico, despido que se hizo sin permiso del Ministerio de Trabajo, y en consecuencia se ordene la indemnización de 180 días de salario, conforme lo señala el artículo 26 de la ley 361 de 1997, junto con la indemnización del artículo 64 literal B numerales 1 y 2 del CST. Finalmente solicitó se condene a la parte accionada a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que existió un contrato laboral a término indefinido con la empresa SAP Colombia S.A.S. que inició el 01 de abril del año 2014 y terminó el 18 enero del 2016, que su cargo era de ejecutivo de televentas, con un salario integral mensual de $8.892.558; que cuándo inició el contrato de trabajo la demanda del indicó que recibiría una retribución por cumplir con sus objetivos, equivalente a $77.060.172 en forma anual, esto es $6.421.681 pesos mensual, adicionales al salario integral mensual pactado; asimismo, explicó que el empleador le pagaría un salario básico mensual en los meses de diciembre de cada año siempre y cuando superara el período de prueba, evento que así ocurrió.

Resaltó que hasta diciembre del año 2014 cumplió su cuota de objetivos y no se le pagó el salario variable respecto del contrato, agregó que el 08 de septiembre del año 2014 su compañera sentimental con quién convivió durante más de 6 años falleció, deceso que le causó una alteración en su estado de salud mental generándole una depresión grave, la cual fue tratada por la EPS Sanitas y Colsanitas a las cuales se encontraba afiliado, ocasionándole diferentes incapacidades médicas

psiquiátricas, hasta que fue remitido a un centro hospitalario especializado donde fue internado por el grave deterioro de su salud mental y física, hospitalización que tuvo lugar desde el 01 de diciembre 2014 hasta el 28 de enero del 2015 en la clínica Montserrat, donde permaneció en cuidados intensivos e intermedios; que posteriormente participó en un proceso de adaptación desde el 2 de febrero 2015 hasta el 13 de febrero del 2015; que una vez terminada su incapacidad médica el 14 de febrero del año 2015, se reintegró sus labores en la compañía SAP Colombia S.A.S. donde hasta el momento de su despido se encontraba en tratamiento psiquiátrico farmacológico y terapéutico; precisó que el tratamiento farmacológico continúa hasta finales del año 2017 y el terapéutico aún continúa la fecha de la presentación de la demanda.

Resaltó que a su reintegro, el empleador de manera unilateral cambió las condiciones laborales, toda vez que le exigió cumplir metas de productividad impidiéndole promocionar todos los productos de la empresa, limitándolo a sólo unos de ellos; agregó que hasta el 18 de enero del 2016 estuvo en tratamiento médico psiquiátrico y pese a haber transcurrido dos años de su pérdida, aun presentado secuelas, su capacidad para decidir y su voluntad se encontraban disminuidas, al encontrarse en tratamiento psiquiátrico farmacológico.

Finalmente, comentó que el 18 enero del año 2016 se ejerció presión para que terminara la relación laboral, indicándole que si no lo hacía se verían obligados a despedirlo, reforzando su argumento manifestándole que de aceptar el acuerdo, la terminación del contrato le permitiría ingresar en un futuro a la compañía y tendría beneficios de indemnización, además le cubrirán su salud por 3 meses adicionales; sin embargo reiteró que esta terminación no representó su libre voluntad (fls. 01 a 15 y 92 a 105).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad SAP COLOMBIA S.A.S. contestó la demanda sin oposición a la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes; sin embargo, se opuso y solicitó se rechace la pretensión que pretende declarar que el vínculo laboral no terminó de mutuo acuerdo, toda vez que las partes suscribieron el acuerdo de manera libre y voluntaria el documento “acuerdo de terminación con efectos de transacción y conciliación”, no existiendo ningún vicio en el consentimiento del demandante. Recalcó que no se ejerció ningún tipo de

presión, engaño o coacción psicológica, no siendo procedente declarar la nulidad del acuerdo jurídico celebrado de manera libre y voluntaria, aseveró que el documento se firmó hace más de 3 años, y un año después de su incapacidad médica por episodio de depresión; agregó que el accionante no gozaba de fuero de salud o condición especial de debilidad manifiesta.

Por otro lado, aclaró que el último salario del accionante fue de $8.962.915 y que no devengaba un salario mensual variable, ya que nunca recibió pagos mensuales a este título, que la única suma variable que podía llegar a recibir era anual que se le pagaba si cumplía con las condiciones de causación y pago establecidas por la compañía en un periodo específico. Indicó que la compañía pagó en su totalidad el valor de las comisiones a las que tiene derecho el demandante por los años, 2015 y 2016, por otro lado, la comisión variable del año 2014 no la recibió toda vez que no estaba incluido en el “Customer Relationship Management” así que no tenía derecho a recibir comisiones para ese año. Propuso como excepciones de fondo las de «cosa juzgada», «prescripción», «transacción y cosa juzgada», «inexistencia de un vicio del consentimiento y terminación válida del contrato de trabajo de mutuo acuerdo», «improcedencia del reintegro: inexistencia de despido y de dictamen de pérdida de capacidad laboral o de invalidez emitido por autoridad laboral competente», «ausencia de titularidad del demandante de los beneficios consagrados en el artículo 26 de la ley 361 de 1997», «actuación indebida del demandante», «pago», « inexistencia de obligaciones y cobro de lo no debido», « el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones», « buena fe de la compañía», y como excepción subsidiaria la de, «compensación» (fls. 115 a 144 y 347 a 377).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 16 de marzo de 2021, absolvió a SAP COLOMBIA S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el accionante, declaró probada la excepción de « inexistencia del derecho y de la obligación».

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que existió un contrato laboral entre las partes desde el 01 de abril de 2014 a término indefinido con un salario integral; que culminó el 18 de enero del año 2015; precisó que las comisiones conforme el artículo 127 del CST, sea cual fuere su denominación son constitutivos de salario, sin embargo fue objeto de discusión el valor de las mismas no encontrando un valor definido que permita establecer la causación, los valores de referencia y las

condiciones en las cuales debía ser liquidada las mismas, pues si bien sólo se estableció que se realizaron los pagos por los meses de agosto a noviembre de 2015 y para enero de 2016, motivo por el cual no se encontró viable la reliquidación al no poder establecer un salario variable en los términos que fue alegado.

De otra parte, en lo referente a la pretensión de reintegro, o la indemnización por despido sin justa causa, recalcó que conforme el artículo 26 de la ley 361 del año 1997 los trabajadores en situación de discapacidad generan estabilidad laboral reforzada, siendo responsabilidad del empleador demostrar la ocurrencia de una causal de carácter objetivo, resaltó que la incapacidad relevante es una reducción sustancial de la posibilidad de obtener y preservar un empleo adecuado, sin embargo esta discapacidad relevante cuanta con exclusiones como lo son la renuncia del trabajador o el mutuo acuerdo; así para el caso en concreto se determina que la discapacidad relevante si la hubiere, estaría excluida y no generaría la protección especial del artículo 26 de la ley 361 de 1997, al respecto de la existencia del mutuo acuerdo precisó que el dictamen pericial apunta a señalar específicamente que el consentimiento o que la voluntad del trabajador se vio menguada, al forzarlo o al conminarlo de manera coactiva a celebrar este acuerdo, sin embargo precisó que en el interrogatorio de parte de la demandada no sé confesó que hubiere existido error, fuerza o dolo, de otra parte señaló que de la historia clínica a folio 47 se demostró que para el 28 de enero del año 2015, fecha de egreso del trabajador habían pasado 58 días de su condición depresiva, observando en el accionante una mejoría, sin reflejar una circunstancia post clínica, recalcó que la hospitalización fue el 28 de enero de 2015 es decir que había transcurrió 1 año a la terminación del contrato de trabajo, así mismo destacó que el concepto médico a folio 68 determinó que para abril de 2015 había logrado un estabilidad en sus síntomas depresivos, sin embargo persistía un curso de tristeza que le impedía llegar a su estado habitual, durante mayo de 2015 comenzó a notar deterioro en la dinámica en su actividad laboral atribuyéndose este al estado de tristeza pese al uso diario del medicamento promoviendo conflicto y situaciones de riesgo con bajo esfuerzo continuo, que en el 2015 hubo tendencia a la soledad y el proceso de reducción del medicamento que se tenía planeado se detuvo, en el primer trimestre del año 2017 continuó la misma situación, y en octubre de 2017 le suspendió el uso de medicamento, así para el año 2018 predominó irritabilidad, tristeza fluctuante, por lo que no había retornado a su estado habitual previo al fallecimiento de su prometida, sin embargo resaltó el despacho que esa evolución no tiene un parámetro médico de referencia que pudiera establecer que las fluctuaciones del estado anímico del demandante hayan sido registradas y lograr determinar esa mengua en el consentimiento, el demandante;

también manifestó que trabajó en la ETB, por otra parte el 18 de enero de 2016 la empresa le propuso un acuerdo de terminación, no de despido, detalló que de acuerdo al contenido del acuerdo este se dio el 29 de enero de 2016 es decir 11 días posteriores, circunstancia que determina que el desempeño laboral desde el 2015 y 2016 no se evidencia una circunstancia en historia clínica o aportes documentales que haya sido tratado por un médico que haya determinado esa mengua, no observando vicio del consentimiento ni condición de discapacidad relevante para determinar que la terminación del contrato hubiese sido una decisión unilateral, concluyó que toda vez que operó la causal legal del artículo 61 del código sustantivo del trabajo no existiendo lugar a indemnización por despido sin justa causa.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, el apoderado judicial del demandante apeló la decisión, argumentando para ello que en lo que tiene que ver con la falta de pago de las comisiones del actor, hubo inconsistencias en los pagos finales frente al año 2014, por lo tanto su inconformidad estuvo centrada exclusivamente en eso. Agregó que como las comisiones también hacen parte del salario, y hubo incumplimiento por la demandada, deberá condenársele a indemnización moratoria del Artículo 65 del CST.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial del accionante, presentó alegatos de conclusión en los similares términos a los expresados en libelo inicial del proceso y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, ordenando el reintegro del actor, el pago de la indemnización contemplada en la Ley 361 de 1997, así como el pago de las comisiones a que tiene derecho el trabajador. Por su parte, la apoderada de la demandada, alegó de conclusión solicitando se confirme la sentencia, bajo los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión establecer si las comisiones por desempeño correspondientes a los años 2014, 2015 y 2016, son constitutivas de salario y si así fuere determinar la procedencia del reconocimiento y pago de la indemnización moratoria señalada en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 18 de enero de 2016, así se evidencia del contenido del contrato en comento visible a folios 18-21 y 193 a 199, y de la copia del «acuerdo de terminación con efectos de transacción y conciliación» obrante a folios 200 a 201 del expediente.

Por otra parte, tampoco es objeto de controversia que en el transcurso de la relación laboral, el demandante ostentó el cargo de «Ejecutivo de televentas senior 1», pues así se desprende de los documentos antes referidos; e igualmente se desprende que, el actor a la finalización del vínculo contractual devengaba salario integral en la suma de $8.891.558, de acuerdo con la liquidación del contrato de trabajo, la cual se observa a folio 336 del plenario. Asimismo, conforme la oferta laboral allegada a folio 17 y 327-328, se aprecia que al actor se le informó que sería elegible para una bonificación anual por objetivos equivalente a $77.060.172 de acuerdo con el paquete «SAP Total Rewards», sujeto al plan de compensación SAP y una bonificación en diciembre equivalente a un sueldo básico mensual por año servido o fracción proporcional al tiempo de trabajo, lo anterior una vez superara los dos meses de periodo de prueba, y en caso de lograrse los objetivos de rendimiento y sujeto a financiación de la empresa.

Señalado lo anterior, se observa que en lo relacionado con el pago de comisiones de desempeño, la parte demandada SAP COLOMBIA S.A.S., arrimó con su contestación los siguientes documentos:

- Respuesta a derecho de petición, indicando el salario devengado y el salario variable del demandante señor ANDRÉS ALBERTO AYALA RAMIREZ (Comisiones- bonificación por objetivos), visible a folios 191-192.
- Reglas sobre el crédito de cuotas de ventas en campo 2014 de SAP COLOMBIA S.A.S., a folios 221 a 241
- Plan global de incentivos SAP para roles generadores de ingresos en traducción oficial, a folios 268 a 287.
- Documentos Adendo – Variaciones regionales en traducción oficial, a folios 288 a 324.

Igualmente, se recepcionaron los interrogatorios a las partes, quienes en lo referente a este punto señalaron:

- INTERROGATORIO DE PARTE LUIS FERNANDO DIAZ TIRADO: Manifestó que el accionante no tenía una retribución por objetivos, que desconoce cuántos productos manejaba luego del reintegro, porque cada año se redistribuyen en general para todo el equipo de ventas, por otro lado, precisó que las comisiones y su causación se realizaba conforme los planes de compensación que establecen las condiciones, explico que un vendedor cuando encuentra oportunidades de ventas debía registrarlas en un sistema que se llama el CRM con su nombre y cuando las oportunidades se cierran, el sistema interno realizaba el pago correspondiente no en porcentajes si no en unas curvas conforme cumplen las cuotas. Precisó que desconoce si el demandante reclamó sus comisiones correspondientes al año 2014 en el año 2016; concluyó que el accionante solicitó información de las comisiones por correo electrónico, y posterior a su respuesta firmaron la documentación de mutuo acuerdo;
- INTERROGATORIO DE PARTE AL DEMANDANTE ANDRES ALBERTO AYALA RAMÍREZ: Manifestó que dado su reporte en el CRM para los años 2015 y 2016 cumplió con alrededor 13% de sus metas por lo que recibió comisiones de desempeño; adujo que, al finalizar la relación laboral, le manifestó a la demandada que faltaban unos valores por incluir en su liquidación, correspondientes al año 2014. Al interrogarlo el juez en lo atinente al promedio de las comisiones que le adeudaron en el año 2014, respondió que no conoce el valor exacto pero que sabe que fue cercano al target, que sus metas eran de $77.000.000 si las lograba cumplir, y que los negocios que se cerraron fueron: AVANZO 1, AVANZO 2, COMPAÑÍA DE JESÚS, ARISTAS, IQ OUTSOURCE, MQA, RDS, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, KFC, INDEPENDENCE DRILLING y SEGUROS CONFIANZA. Informó que estaba con las líneas de negocio del portafolio Cloud, para un segmento llamado Negocios Generales, que es el segmento número 2, del target de la mitad de las empresas de SAP.

Descendiendo al caso de marras, se tiene que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo determina que las comisiones son un elemento integrante del salario, toda vez que retribuyen el servicio prestado por el trabajador:

> "...Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones

> habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones…" (Negrilla de la Sala).

Lo anterior, quiere decir que el salario lo integra todo lo que recibe el trabajador como contraprestación de sus servicios, desempeñando las funciones propias de su cargo dentro de la empresa; por lo tanto las comisiones por ventas constituyen salario.

Establecido lo anterior, debe la Sala verificar si al finalizar la relación laboral al demandante le adeudaban comisiones de desempeño correspondientes al año 2014, 2015 y 2016, o si por el contrario la demandada SAP COLOMBIA S.A.S. canceló en debida forma las comisiones causadas por el actor durante la vigencia de la relación laboral, encontrando que no se evidencian elementos de convicción algunos, que permitan a esta Sala determinar con claridad y certeza en qué consistían las comisiones en comento, pues desconoce esta Corporación la forma de liquidarlas, la forma de pago, los porcentajes o curvas a aplicar, el target que debían cumplir los vendedores, y más importante aún, se desconoce completamente, si el actor cumplió con los requisitos para ser merecedor de las anteriores comisiones, y en caso afirmativo, no se pudo comprobar cuales de estas fueron pagadas y cuales no.

Además de lo anterior, ninguna de las pruebas recaudas en el curso de la primera instancia, le permite a la Sala realizar una comparación efectiva sobre aspectos relacionados y las reglas a cumplir por los vendedores, así como los factores de elegibilidad para la compensación del paquete «SAP Total Rewards», o incluso si el demandante logró alcanzar los objetivos de rendimiento exigidos por la empresa.

Bajo esta óptica, si bien el demandante Señor AYALA RAMÍREZ, afirmó que cerró los negocios: AVANZO 1, AVANZO 2, COMPAÑÍA DE JESÚS, ARISTAS, IQ OUTSOURCE, MQA, RDS, CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ, KFC, INDEPENDENCE DRILLING y SEGUROS CONFIANZA, y que recuerda que «casi» alcanzó el target establecido por la empresa, lo cierto es que esta situación no fue demostrada siquiera someramente, como quiera que no fue allegado ningún tipo de documentación ni se dejó claridad en la declaración surtida por él; inclusive, del interrogatorio de parte realizado al representante legal de la demandada, se desprende que el actor no tenía retribución por objetivos y que la causación de las comisiones se realizaba conforme los planes de compensación que establecen las condiciones, pues un vendedor cuando encontraba oportunidades de ventas las

registraba en el sistema CRM con su nombre y las mismas al cerrarse, el sistema interno se encargaba de realizar el pago correspondiente, el cual no era en porcentajes si no en curvas, presentándose esta situación absolutamente confusa, con dudas y vacíos acerca de la forma de liquidarlas y acerca de los parámetros empleados para ello.

Así entonces, la ausencia de material probatorio le indica a esta Corporación que el demandante no probó suficientemente el hecho en que basa su acusación, por lo que sus pretensiones al respecto no pueden ser acogidas.

Es claro, que en aplicación de los principios generales que regulan la actividad probatoria, es menester que quien afirma un hecho le corresponde la carga de probarlo a través de los mecanismos consagrados como idóneos por la ley para tal efecto, so pena de infringir el principio ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI e impedir como consecuencia de dicha infracción que las resultas del fallo pudieren resultarle favorables.

Al respecto ha expresado la Honorable. Corte Suprema de Justicia en Casación del 31 de Mayo de 1947 (“G. del T.”, T. II, Pág. 156), como jurisprudencia admitida y reiterada lo siguiente:

> “Sabido es que en materia probatoria es principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas, ha sido tenida como conforme con la razón y con los demás elementos dictados de la justicia. Siendo que la prueba es el medio legal que sirve para demostrar la verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.”

Y, en Sentencia del 17 de Marzo de 1.951 (“G. del T.”, t. IV, Pág. 144, se expresa:

> “El principio que incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas tiene validez general en el Derecho Laboral Colombiano, que ha creado un conjunto de reglas para facilitar ciertamente la demostración en juicio de los hechos debatidos, inspirándose al efecto en los principios propios de esta nueva disciplina jurídica, pero sin que los juzgadores puedan producir decisiones en conciencia. Por esto ha sido reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que el nuevo derecho no implica relevo de pruebas, es tanto más valedera cuanto que existe un Código Procesal del Trabajo que regula la manera de hacer valer en juicio los medios legales de

> pruebas y del sistema probatorio que rige esta clase de litigios, lo cual justifica la producción de los fallos conforme a las reglas de derecho establecidas y no en conciencia".
>
> "Hay prestaciones que pueden librarse judicialmente en condiciones sumamente ventajosas para el trabajador, desde el punto de vista de la carga probatoria, porque sólo requieren la demostración de la existencia del contrato de trabajo con sus modalidades de tiempo servido y salario devengado y la de su terminación para que proceda el reconocimiento de los derechos que surgen de aquellos solos hechos, tales como los de cesantía y vacaciones disfrutadas".

En el caso concreto, de acuerdo con los anteriores lineamientos jurisprudenciales, la Sala considera que no se dan los supuestos requeridos por el demandante, para acceder a la protección del derecho pretendido.

Para finalizar, en cuanto a los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte demandante se destaca que su fundamento estuvo encaminado a lograr la revocatoria total de la sentencia, a fin de conseguir el reintegro del actor y el pago de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, realizando así adiciones a lo inicialmente manifestado en el recurso de apelación que aquí se discutió (Pago de comisiones), lo cual en esta instancia del proceso es de entender que no está permitido por no ser el momento procesal pertinente, puesto que las inconformidades en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en fecha 16 de marzo de 2021, debió exponerlas en dicha calenda, al momento en que el Juez A quo notificó la decisión por estrados, conforme lo indica el artículo 66 del CPT y de la S.S., al señalar:

> «Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.»

Tal previsión guarda armonía con la instauración del principio de consonancia de la sentencia de segunda instancia en materia laboral que se encuentra regulado a continuación como artículo 66 A, según el cual la sentencia de segunda instancia, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, que no son otras que sobre las cuales se mostró y sustentó en su oportunidad la inconformidad del recurrente al momento de su formulación.

De acuerdo a lo anteriormente expresado, considera la Sala que no hay lugar a conceder las peticiones del recurso de apelación y mucho menos lo manifestado con posterioridad en los alegatos de conclusión, razón por la cual se confirmará la sentencia recurrida en todas sus partes y así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

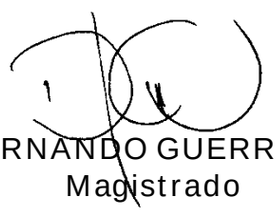
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de RAFAEL GARCÍA SERNA Y FRANCISCO ANTONIO HERNANDEZ CORREA contra la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSE DE CALDAS. Rad. 110013105-008-2019-00164-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

Los señores RAFAEL GARCÍA SERNA y FRANCISCO ANTONIO HERNÁNDEZ CORREA, promovieron demanda ordinaria laboral con el fin de que se ordene a la demandada a liquidar y pagar lo correspondiente a los siguientes valores: el auxilio denominado mesada semestral para pensionados causada en el mes de junio de 2016, en equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales; mesada semestral para pensionados causada en el mes de junio de 2017, en equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales; mesada semestral para pensionados causada en el mes de junio de 2018, el equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales; la mesada semestral para pensionados que se causen en el mes de junio de los años subsiguientes a la expedición de la sentencia que ponga fin al proceso, en equivalente a 1.2 salarios mínimos convencionales. Por otro lado,

solicitaron se ordene a la demandada al reconocimiento y pago de la indexación sobre los dineros reconocidos y adeudados, los intereses moratorios, más el pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, el señor RAFAEL GARCÌA SERNA relató que ingresó a laborar para la demandada el 08 de octubre de 1993, mediante contrato a término indefinido, como trabajador oficial de la Institución y se retiró el 03 de marzo de 2009. Le fue reconocida y pagada la pensión de jubilación convencional por haber cumplido con los requisitos y reglas establecidas en la Convención Colectiva antes del 31 de julio de 2010, mediante las Resoluciones del 20 de marzo de 2009, acto administrativo proferido por el rector de la accionada. Por lo anterior, presentó derecho de petición el 10 de noviembre de 2017, solicitando el reconocimiento y pago del auxilio denominado mesada semestral para pensionados previsto en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1990-1991 causados en el mes de junio de 2016 y 2017; no obstante, este derecho fue rechazado por la Institución. Con relación al señor FRANCISCO ANTONIO HERNANDEZ CORREA, se indicó haber ingresado a laborar para la accionada el 28 de mayo de 1993, mediante contrato de trabajo a término indefinido, como trabajador oficial de la Institución y se retiró el 02 de junio de 2010. Con posterioridad le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por haber cumplido con los requisitos y reglas establecidas en la Convención Colectiva antes del 31 de julio de 2010, mediante las Resoluciones del 24 de octubre de 2011, acto administrativo proferido por el rector de la accionada. El 09 de junio de 2017 decidió interponer derecho de petición con el fin de que se le reconociera y pagara el auxilio denominado mesada semestral para pensionados previsto en la Convención Colectiva de trabajo de 1990 a 1991, causados en el mes de junio de 2016 y 2017; no obstante, este derecho fue rechazado por la Institución.

Precisaron los demandantes, que son beneficiarios del régimen de transición, por cuanto cumplieron con los requisitos exigidos en la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993 suscrita entre la demandada y el SINTRA UD antes del 31 de julio de 2010; igualmente, a ambos les fue reconocida y pagada la pensión de jubilación convencional. Adicionalmente, dada su calidad de trabajadores oficiales y de los efectos legales de sus respectivos contratos a término indefinido, los hacen beneficiarios Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y el sindicato de trabajadores de la Universidad Distrital-SINTRA UD, Institución que

ha venido pagando la mesada semestral a sus pensionados que consolidaron su derecho de pensión con anterioridad al 28 de julio de 2005. Sin embargo, la Universidad Distrital reconoció y pagó hasta el 2013 la prima semestral a los pensionados que consolidaron su derecho convencional entre el 29 de julio de 2005 al 31 de julio de 2010, esto para quienes tenían expectativas legítimas y dando aplicación al Acto Legislativo 01/2005, el cual eliminó el reconocimiento y pago de la mesada semestral contenida en el art. 142 de la Ley 100/1993, a los pensionados que consolidaron su derecho entre el 29 de julio de 2005 al 31 de julio de 2010; por tal motivo, el Sindicato de pensionados ASOTOP.UD, organización a la cual pertenecen los demandantes y la Universidad Distrital se reunieron en febrero de 2013 con el fin de equiparar las divergencias presentes en relación al Acto Legislativo y el art. 15 Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991; como resultado de la reunión se acordó la suscripción de un acta de compromiso. En el acta de compromiso, la Universidad le reconoció y pagó a los demandantes, desde el año 2011 hasta el 2015 el auxilio denominado «mesada pensional para pensionados conforme a lo establecido en el art. 15 Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991», ingresando dicho monto a su patrimonio y constituyó por ello un derecho adquirido. Por otro lado, desde la fecha del reconocimiento de su pensión, esto es desde el año 2009 y hasta la presentación de la demanda, la accionada les ha pagado los derechos adquiridos como demás beneficios, emolumentos y garantías contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo; así como también se les ha reconocido como trabajadores oficiales que adquirieron su derecho pensional. Que, en el mes de junio de 2016, la Universidad de manera unilateral les suspendió el auxilio consistente en una mesada semestral equivalente a 1.2 salario mínimos convencionales vigentes a todos los pensionados que consolidaron su pensión convencional entre el 29 de julio de 2005 al 31 de julio de 2010, pese a estar en vigencia el acta de compromiso suscrita y mencionada con anterioridad. El Sindicato ASOTOP.UD en cabeza de su presidente, el 28 de junio de 2016 solicitó nuevamente el cumplimiento del auxilio denominado mesada semestral para pensionados contenidos en el art. 15 de la Convención Colectiva (fls. 03 a 15 y 112 a 127).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISO JOSE DE CALDAS contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el régimen constitucional y legal que regula las pensiones de jubilación que se

otorgan con sustento en Convenciones Colectivas de Trabajo, no pueden modificarse en razón a que de conformidad con lo establecido en el Acto Legislativo 01 del 2005, las normas que regulan pensiones de jubilación convencionales tienen un alcance limitado desde la entrada en vigencia de dicho Acto Legislativo, es decir, desde el 27 de julio del 2005. Agregó, que a los pensionados de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas que adquirieron el status pensional antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, desde la adquisición del derecho y hasta la fecha se les está reconociendo la mesada 14 como lo dispone 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 de 1990, en atención al principio de favorabilidad. Como excepciones de fondo, propuso las de «excepción genérica» y «prescripción» (Fls. 133 a 148).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 04 de marzo de 2021, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada a pagar a favor de los demandantes de forma indexada la mesada semestral para pensionado prevista en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991, a partir de la primera quincena de junio del año 2016, en suma inicial de $2.540.872, pago que deberá continuar realizando año a año en la primera quincena de junio conforme al factor 1.2 sobre el salario mínimo convencional que certifique la demandada. Declaró como no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva y condenó en costas a la accionada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que el beneficio convencional solicitado, se configuró al momento mismo que se otorgó el derecho pensional, pues el auxilio se estableció para los pensionados de la Universidad ingresando el derecho a la mesada semestral para pensionados al patrimonio de los demandantes a partir de su reconocimiento que, para el caso del señor Rafael García, fue en el mes de diciembre de 2008 y para el caso del señor Francisco Hernández, en octubre de 2011. Precisó para este último, que los derechos para su reconocimiento pensional fueron causados antes de la fecha señalada, julio de 2010; por ende, se configuró un derecho adquirido que no podía ser modificado o suprimido por el Acto Legislativo 01 de 2005 ni mucho menos por una decisión unilateral de la demandada quien en años después eliminó el pago de dicho beneficio; no obstante, el derecho de los pensionados se causó antes de la entrada

en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. Por lo tanto y teniendo en cuenta que los beneficios de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991 entraron al patrimonio de los accionantes, constituyeron un derecho adquirido. Adicionalmente, indicó, el reconocimiento de la prima convencional no se configuró en un doble pago por un mismo derecho, ya que el beneficio de la mesada semestral para pensionados es un auxilio extralegal pactado que de manera alguno pudo ser entendido como la mesada adicional consagrada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, pues así se comprendió del texto convencional al establecer la cuantía en la aplicación de la misma convención, esto es, al determinar su valor en el salario mínimo convencional; aunado a ello, la accionada desvirtuó la identidad entre la mesada 14 con la mesada convencional reclamada, al pactar con la asociación de pensionados en el año 2013 la continuidad del pago de la mesada semestral de pensión a sus afiliados que consolidaron el derecho entre el 26 de junio de 2005 y el 31 de julio de 2010. Respecto de la excepción de prescripción propuesta sostuvo la juzgadora que la exigibilidad de las mesadas pensionales rogadas en la demanda surgieron al momento en que la encartada suspendió el pago, esto es en el mes de junio de 2016, se verificó que el señor Francisco Hernández elevó derecho de petición el 09 de junio de 2017 y el señor Rafael García lo hizo el 10 de noviembre de 2017, acudieron a la jurisdicción el 06 de marzo de 2019, por lo que no excedieron el termino trianual para que la acción fuera permeada por el fenómeno prescriptivo, por lo que no estaba probada.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación, argumentando que el pago de la mesada pensional a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 fue limitado en su reconocimiento, tanto de pensiones como de beneficios convencionales; razón por la cual, la Universidad está en cumplimiento de un deber legal de reconocer la mesada 14 y para evitar un detrimento no se debería reconocer ese auxilio reconocido en una Convención Colectiva, ya que se estaría haciendo un doble pago por ese reconocimiento a los pensionados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, las partes presentaron alegaciones, la parte actora solicitado se confirme la sentencia; y la parte accionada, en similares términos a los de la alzada en procura de que se revoque.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si el extremo activo tiene derecho al Auxilio de la Mesada Semestral consagrado en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene que no es objeto de debate que a los demandantes se les reconoció el status de pensionados en época anterior, así: al señor RAFAEL GARCÍA SERNA mediante Resolución 670 del 04 de diciembre de 2008 al registrar más de 15 años de servicios y contar con más de 50 años de edad, posteriormente a través de la Resolución No. 105 del 20 de marzo de 2009 se le reconoció la pensión de jubilación (CD fl. 171 y fl. 10); en cuanto al señor FRANCISCO HERNÁNDEZ CORREA, el status de pensionado se le reconoció mediante Resolución 657 del 21 de octubre de 2011, partir del 31 de julio de 2010 (CD fl. 171 y fl. 164) y mediante Resolución No. 665 del 24 de octubre de 2011 se le reconoció y ordenó el pago de la pensión de jubilación. En ambos casos, el reconocimiento tuvo como base el artículo 10 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1993. De igual modo, como aspecto no discutido en esta instancia, se encuentra el hecho que los actores ostentaron la calidad de trabajadores oficiales de la universidad accionada y que son beneficiaros de las convenciones colectivas 1990-1991 y 1992-1993 (fls. 31 a 64).

MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS

Definido lo anterior, la Corporación procede a resolver el problema jurídico planteado indicando que la fuente normativa de la pretendida mesada semestral se encuentra en la convención colectiva suscrita entre la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS y su sindicato de trabajadores, vigente para los años 1990 y 1991, tal y como lo definió en su momento la A quo y que no fue objeto de reparo por las partes en el recurso de alzada, establecido lo anterior, se

evidencia que dicho beneficio se encuentra consagrado en la cláusula 15, la cual establece lo siguiente:

> «ARTICULO 15o: MESADA SEMESTRAL PARA PENSIONADOS: El Artículo 10o. de la Convención Colectiva de Trabajo de 1989 queda así: Los pensionados por 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 del mes de junio de cada año».

Teniendo en cuenta la anterior norma convencional, y el reparo presentado por la parte accionada, la Sala de Decisión observa que los demandantes, pensionados en efecto, laboraron por más de 15 en la institución universitaria, tal como se desprende de los aludidos actos administrativos que les reconocieron la pensión de jubilación (fls. 10 a 30).

Teniendo en cuenta lo anterior, dicha cláusula convencional debe ser analizada a la luz del parágrafo transitorio 3 del acto legislativo 01 de 2005, el cual establece que todas las reglas pensionales establecidas en pactos o convenciones colectivas fenecieron el 31 de julio de 2010, conforme lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones y que estaban vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, solo regían hasta el 31 de julio de 2010. Así, en la sentencia SU-555 de 2014, con respecto a las pensiones convencionales explicó:

> «[…] la primera frase del parágrafo transitorio 3° cuando aludió a que "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", protegía tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo", y precisó que "seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo".
>
> "[…] la segunda parte de este parágrafo transitorio crea una norma de transición para las reglas de carácter pensional contenidas en los pactos o convenciones colectivas que se suscribieran entre el 29 de julio de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, señalando que en ellas no podrán consagrarse reglas pensionales que resulten más favorables a las que se encontraban vigentes a esa fecha, resaltando, de manera inequívoca, que las mismas perderán su vigor el 31 de julio de 2010, de manera que, después de esa fecha, sólo

> regirán las normas contenidas en las leyes del Sistema General de Pensiones».

De igual manera, la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de justicia, en sentencias CSJ SL 31000, 31 en. 2007, SL 30077, 23 en. 2009, SL 39797, 24 abr. 2012, SL1409-2015, SL4963-2016, reiteradas en sentencia SL-12498-2017 y CSJ SL 4540 de 2019. No obstante, el referido criterio fue rectificado por la Corporación de cierre de esta jurisdicción en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, oportunidad en la cual indicó:

> «Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.° 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.
>
> «Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.
>
> «Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.
>
> "Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.° y 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.
>
> "En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:
>
> a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de

> julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.
>
> b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.
>
> c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010».

Establecido lo anterior, es menester precisar que la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre la Universidad Distrital Francisco José de Caldas y SINTRAUD el 7 de junio de 1989 (Fls. 55 a 64), cuya vigencia, si bien tenía una duración de 24 meses a partir de 1° de enero de 1990, no existe constancia de su denuncia, por lo tanto, se tiene por sentado conforme las reglas previstas en el artículo 478 del C.S.T, que la misma se continuo prorrogando de forma automática cada 6 meses.

Bajo esta exégesis, se tiene que para la data en que los demandantes causaron el derecho al reconocimiento y pago de sus respectivas pensiones de jubilación de carácter vitalicio, esto es 04 de diciembre del 2018 y 31 de julio de 2010, calendas para las cuales les fue reconocido el status pensional por parte de la accionada, la precitada norma convencional se encontraba vigente.

Siendo dable aclarar, que dicha disposición convencional para la referida data de causación pensional no podía haber perdido su vigencia por mandato del Acto Legislativo 01 del 2005, por cuanto las normas convencionales en rigor se mantuvieron por lo menos hasta el 31 de julio del 2010 o hasta tanto se hubiere previsto su vigencia.

Implica lo aludido que el derecho al reconocimiento y pago del Auxilio Semestral Convencional alegado quedó causado con antelación a la pérdida de vigencia de la referida norma, a la luz de lo reglado en el Acto Legislativo 01 del 2005, reiterando que en el reciente pronunciamiento del máximo órgano de cierre, se consignó que «b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en

mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010», siendo que los beneficios pensionales se consolidaron por lo menos, al 31 de julio de 2010.

En ese orden de ideas, se trataba de derechos adquiridos y plenamente consolidados, que en manera alguna debían ser desconocidos por la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, con arreglo a lo dispuesto en el pluricitado Acto Legislativo, y por tanto, los argumentos planteados tanto en la alzada como las reglas jurisprudenciales citadas en los alegatos de esta instancia no resultan aplicables al caso de marras.

Finalmente, es de destacar, en lo que refiere a la prohibición constitucional concebida en el artículo 128 Superior, acorde al cual está vedado para una persona recibir más de una asignación proveniente del erario público, que bastaría indicar que dentro del plenario la encartada no allegó prueba de ninguna índole que permita corroborar que la parte demandante percibía otra asignación de naturaleza pública, concomitante con el derecho pensional alegado; por el contrario, se corrobora que las pensiones de jubilación convencional, tan solo fueron disfrutadas por los promotores del juicio, una vez les fue aceptada su renuncia de la Institución de Educación Superior, hoy demandada.

Aunado a ello tampoco milita en el plenario prueba de ninguna índole que nos permita verificar que la parte demandante viene percibiendo una mesada adicional, siquiera similar al Auxilio Semestral que hoy se disputa.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

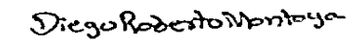
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por GABRIEL HERNANDEZ BERMEO contra TEAM FOODS COLOMBIA S.A. Rad. 110013105-026-2017-00098-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada judicial de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 05 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor GABRIEL HERNANDEZ BERMEO instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se condene a TEAM FOODS COLOMBIA S.A. a pagar el reajuste de los salarios, primas legales y extralegales, cesantías e intereses de cesantías dejados de percibir desde el 12 de febrero de 2016, incluyendo la indexación de tales sumas. Asimismo, que se condene a la demandada a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que labora para TEAM FOODS COLOMBIA S.A., desde el 05 de enero de 1998, mediante un contrato laboral a término indefinido, desempeñando actualmente el cargo de Operario de Margarinas y devengando un salario de $1.386.793 pesos. Explicó que el 28 de julio de 2009 suscribió acta de imputabilidad, a través de la cual, la demandada le

comunicó que las primas extralegales, vacaciones, auxilios de alimentación y transporte se convertirían en salario a partir del 01 de agosto de 2009, aunado a que no podía recibir doble beneficio en caso de unirse a un sindicato, lo que a su juicio constituyó una prohibición a sindicalizarse, precisando que no pudo conocer a cabalidad tal documento dado que nunca tuvo conocimiento ni copia de aquel. Manifestó que se afilió a la organización sindical SINTRAIMAGRA, por lo cual se beneficia de la Convención Colectiva suscrita por el sindicato y la sociedad demandada. Aseveró que el 18 de febrero de 2016 la accionada le informó que su salario había sido disminuido, es decir, que ya no devengaría $1.760.700 pesos, sino $1.386.793, afectando el monto de cotización a seguridad social, las cesantías e intereses. Afirmó que el acta de imputabilidad es un mecanismo utilizado por la demandada para desincentivar la afiliación al sindicato. Por lo anterior, el 08 de agosto de 2016 elevó petición ante TEAM FOODS COLOMBIA S.A., solicitando el pago del salario que devengó hasta el 15 de febrero de 2016. Agregó que la accionada no le realizó ninguna reclamación dentro de los tres (3) años siguientes a la firma del acta de imputación (Fls. 2 a 7).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad demandada TEAM FOODS COLOMBIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que no adeuda salarios, primas legales o extralegales, cesantías e intereses al demandante, sino que ha pagado de forma oportuna e íntegra tales sumas. Precisó que el demandante devenga un salario de $1.738.195 pesos y que la sociedad nunca ha prohibido a los trabajadores la afiliación a un sindicato, que, en señal de ello, el actor se ha vinculado y desvinculado varias veces de SINTRAIMAGRA con total libertad, en ejercicio de su derecho de asociación. Afirmó que le comunicó al actor su condición salarial porque había ingresado nuevamente a la organización sindical, de tal forma que recibió los beneficios de la Convención Colectiva, en atención al acta de imputabilidad que el demandante suscribió de manera libre, voluntaria y de común acuerdo con la empresa. Agregó que no existió la desmejora de la condición salarial del accionante y que el mismo pretende desconocer el acta de imputabilidad que suscribió de forma libre y voluntaria, sin manifestar inconformidad alguna. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada», «cobro de lo no debido», «buena fe de la demandada Team Foods Colombia S.A.», «mala fe del demandante», «pago», «prescripción», «compensación» y «genérica» (Fls. 78 a 86).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 05 de marzo de 2021, absolvió a TEAM FOODS COLOMBIA S.A., de cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido. Condenó en costas al demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que conforme a los artículos 127 y 128 del CST los valores que no constituyen salario deben ser pactados de forma expresa, tal como en el sub lite, puesto que en el contrato de trabajo suscrito por las partes se estipuló que cualquier beneficio extralegal como primas de navidad, junio y vacaciones, auxilios de transporte y alimentación no serían constitutivos de salario. Precisó que las partes suscribieron un acta de imputabilidad en el que acordaron que las primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, auxilios de transporte y alimentación se convertirían en salario a partir del 1 de agosto de 2009, aunado a que el total anual de esos beneficios extralegales serían imputables a cualquier otro beneficio que reconociera la demandada en razón a un mandato legal o convencional en caso de que el actor se uniera a una asociación sindical, de tal suerte que no recibiera una doble ganancia por el mismo concepto. Encontró que el acta de imputabilidad goza de plena validez, en tanto, no fue tachada de falso y no se alegó, ni acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento por parte del demandante, que contrario sensu, el actor no realizó observación alguna sobre tal documento y se benefició desde 2009 del mismo. Aseveró que el acta de imputabilidad tenía la finalidad de evitar un trato desigual con respecto a los trabajadores no sindicalizados, en tanto, el demandante recibiría los beneficios convencionales, más los extra legales otorgados por la empresa. Agregó que no evidenció una desmejora de las condiciones laborales, dado que el actor se benefició de otros beneficios pactados en la convención colectiva. En torno al material probatorio, explicó que no es dable acceder a la tacha formulada por la accionada contra el testimonio de HECTOR AUGUSTO ROMERO, en tanto, la declaración fue objetiva, coherente y espontánea.

De otro lado, manifestó que no se acreditó que la accionada hubiera desplegado actos de persecución sindical, ni que el acta de imputabilidad tuviera el objetivo de frustrar la afiliación al sindicato o la desafiliación del mismo, máxime cuando SINTRAIMAGRA aún existe dentro de la empresa y ha celebrado varias Convenciones Colectivas con ella, precisando que el hecho de ofrecer beneficios a los trabajadores no sindicalizados no constituye una persecución sindical.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del demandante GABRIEL HERNANDEZ BERMEO, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad con el hecho de que la A quo consideró que ofrecer beneficios a los trabajadores no sindicalizados no constituye una persecución sindical, pues a su juicio, pese a que el acta de imputabilidad se firmó de manera libre y voluntaria, la misma buscaba desincentivar la afiliación al sindicato. Agregó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, existe una persecución sindical cuando un trabajador no sindicalizado recibe una mayor remuneración que uno sindicalizado, tal como sucede en el sub lite, razón por la cual, a su juicio, los trabajadores de la empresa demandada no se afilian a la organización sindical. Precisó que nunca se alegó una falta de voluntad del actor a la hora de firmar el acta de imputabilidad, que contrario sensu, lo disputado es que la empresa atentó contra el derecho de asociación sindical al otorgar mejores beneficios a los trabajadores no sindicalizados. Aseveró que la demandada atentó de forma directa contra el derecho de sindicalización y de negociación colectiva, dado que, estableció que los beneficios contenidos en la convención colectiva constituirían salario para los no sindicalizados, recordando que prácticas como esa han hecho que Colombia este en el ojo del huracán de la OIT. Agregó que según los documentos emanados del Tribunal Superior de Bogotá que fueron allegados por la demandada, se evidencia que se trata de un pacto colectivo que supera la convención colectiva en cuanto a los mismos beneficios. Adujo que no se tuvieron en cuenta las declaraciones y documentos obrantes en el expediente, en tanto, el material probatorio acredita la existencia de una diferencia salarial. Explicó que si bien es cierto el demandante se beneficia de toda la convención colectiva, debe tenerse en cuenta que se suscribió una modificación al contrato, un Ius Variandi que fue aceptado y que no es temporal, al cual se debe aplicar la regla del mejor beneficio al trabajador en caso de duda. Manifestó que nunca se buscó que el actor percibiera un doble beneficio sino que se reconociera que esos emolumentos de la convención colectiva hacen parte del salario como se indicó en el acta de imputabilidad y tal como los percibía el accionante. Reiteró que existe un pacto colectivo que contravía la convención colectiva porque ofrece mejores beneficios, haciendo evidente una persecución sindical al desincentivar la afiliación a la organización, en tanto, los trabajadores evidencian que se desmejora su salario y en el ejercicio contable concluyen que reciben la misma remuneración que los no sindicalizados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la apoderada judicial del demandante, presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada. Por su parte, la apoderada judicial de TEAM FOODS COLOMBIA S.A, allegó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el libelo contestatario del proceso y solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación establecer si el demandante, GABRIEL HERNANDEZ tiene derecho al reajuste de los salarios, las primas legales y extralegales, las cesantías e intereses de las cesantías recibidas desde el 12 de febrero de 2016, teniendo en cuenta el salario devengado con anterioridad a esa fecha, que contenía las primas extralegales de navidad y vacaciones, junto con los auxilios de alimentación y transporte.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis objeto de controversia, cabe resaltar que no existe duda que entre las partes existe una relación laboral desde el 05 de enero de 1998, como así se evidencia del contenido del contrato laboral visible a folios 44 y 45, aunado a que en los escritos de demanda y contestación no se invocó oposición alguna frente a tal hecho (fls. 2 a 7 y 78 a 86).

Para resolver el problema jurídico planteado, es menester precisar que los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para

enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con los números 84485 del 14 de octubre de 2020 (SL4342-2020) y 68303 del 14 de noviembre de 2018 (SL5159 de 2018), estimó lo siguiente:

> «Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.
>
> Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.
>
> Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:
>
> > El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
> >
> > La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).
> >
> > Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
> >
> > Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido,

> sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.
>
> De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.
>
> Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)».

Descendiendo al caso de autos, se encuentra que en el contrato laboral celebrado por las partes (fls. 44 a 45) se pactó una cláusula de exclusión salarial, en los siguientes términos:

> «CLAUSULA TERCERA: LA EMPRESA pagará como remuneración por los servicios prestados un salario mensual de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($250.000) MONEDA CORRIENTE. PARAGRAGO: 1.-Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba EL TRABAJADOR o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como la alimentación habitual o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o navidad, o cualquier otra que reciba durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie a cualquier título y bajo cualquier denominación, no constituye salario».

Tal clausula reza una exclusión salarial que se encuentra dentro de los parámetros legales y jurisprudenciales precitados, en tanto, no remuneran la labor del trabajador, sino que buscan mejorar sus condiciones laborales y su calidad de vida, aunado a que fueron excluidas expresamente como factores salariales.

No obstante, el 28 de julio de 2009 las partes suscribieron un documento denominado Acta de Imputabilidad (fl.87), mediante el cual acordaron que, a partir del 01 de agosto de 2009, esos factores que habían sido excluidos se convertirían en salario, señalando expresamente que:

> «Entre los suscritos a saber de una parte MARTHA CECILIA MORENO FARIAS quien actúa en nombre y representación de la empresa ACREGRASAS S.A., y de otra parte GABRIEL HERNANDEZ BERMEO mayor de edad quien actúa en su propio nombre y en calidad de trabajador, han acordado de manera libre, formal y expresamente que todas las primas extralegales como la de navidad, junio y de vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte, que viene recibiendo voluntariamente por parte de la Empresa, las cuales no constituyen salario para ningún efecto legal, a partir del 1 de agosto de 2009 se conviertan en salario, lo que daría lugar a que desde esa fecha su salario ordinario quedaría en la suma de $1.331.413».

Es preponderante señalar que en el aludido documento también se acordó que la cantidad anual recibida por concepto de las primas extralegales, los auxilios de alimentación y transporte serían imputables a cualquier beneficio o derecho que la empresa reconociera al trabajador por mandato legal o convencional, manifestando lo siguiente:

> «Así mismo las partes acuerdan que la cantidad anual de $4.253.413 que correspondía a las primas extralegales y a los auxilios de alimentación y transporte sean imputables a cualquier beneficio o derecho que tuviere que hacer o reconocer la empresa por disposición legal o por cualquier acuerdo colectivo, ya sea por medio de convención colectiva, laudo arbitral o cualquier otro medio o mecanismo en el evento de que el trabajador decida voluntariamente acogiéndose al principio del libre derecho de asociación sindical, sindicalizarse para obtener los derechos de la convención colectiva vigente en especial lo correspondiente a las primas extralegales y demás derechos que se han convertido en salario, de tal manera que nunca haya un doble beneficio por el mismo derecho o concepto».

Conforme a lo anterior, y en aras de dar solución a lo planteado en la alzada, esto es, si en definitiva, al dar aplicación a dicha acta de imputabilidad al momento de afiliarse al sindicato SINTRAIMAGRA, el actor sufrió una desmejora salarial por pate de la convocada a juicio dejando de tener en cuenta como factor salarial las primas extralegales, los auxilios de alimentación y transporte, constituyendo lo que a juicio de la parte recurrente, es una conducta violatoria del derecho de asociación sindical.

Al efecto, como pruebas relevantes, conducentes, pertinentes y útiles para tal fin, además del contrato de trabajo y la aludida acta de imputabilidad, se aportaron las siguientes:

1. Convención Colectiva de Trabajo suscrita por Team Foods Colombia S.A., y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria de Productos Grasos y Alimenticios –Sintramagra, vigencia 15 de enero de 2016 a 14 de enero de 2020, aportada con todos los requisitos de existencia y validez (fl. 26 a 43).
2. Comprobantes de nómina de Gabriel Hernández del periodo comprendido entre los años 2009 y 2018 (fls. 129 a 139).

3. Acta de imputabilidad suscrita por John Jairo Casallas Suarez y Acegrasas, hoy, Team Foods Colombia S.A. (fl. 140).
4. Comprobante de nómina de John Jairo Casallas Suarez del año 2017 (fl. 141).
5. Certificación de los ingresos fijos anuales del señor John Jairo Casallas Suarez, suscrita por Mónica María Suarez Villa en calidad de Gerente de Desarrollo de Talento de la sociedad demandada (fls. 142 a 144).

A la par, fueron escuchados los testimonios de William Romero Gonzales y Héctor Augusto Romero Riveros, quienes declararon que el demandante sufrió una desmejora salarial a partir del momento en el que se afilió a SINTRAIMAGRA, precisando que, tal circunstancia fue justificada con el acta de imputabilidad, documento por el cual la empresa diferencia las asignaciones salariales de los trabajadores sindicalizados y aquellos que no lo son.

Aunado a ello, el señor Richard Uriel Valderrama concurrió como testigo al ser el Coordinador Corporativo de Nómina de Team Foods Colombia S.A., quién explicó a grosso modo, que la empresa tiene dos sistemas de pago, uno para trabajadores sindicalizados y otro para quienes no pertenecen a la organización sindical, señalando que en el primer caso, los trabajadores se benefician de una prima vacacional correspondiente a 33 días de salario, una prima de diciembre que contiene el pago de 40 días de salario, un pago total anual de 365 días y transporte. Aclaró que los trabajadores no sindicalizados sólo reciben el salario, sin que sea posible para ninguno de los dos tipos de regímenes percibir dos veces el pago de algún beneficio como las primas extralegales.

A su vez, la representante legal de la demandada, esto es, Lina María Salcedo Veloza manifestó que el acta de imputabilidad es un acuerdo de voluntades suscrito de forma libre, por medio del cual se acordó que los beneficios extralegales allí estipulados constituirían salario a partir de 01 de agosto de 2009, los cuales serían imputables a cualquier otro emolumento que la empresa debiera pagar con motivo de una disposición legal o convencional. Explicó que el fin último de esa disposición es evitar que unos pocos trabajadores obtengan un doble provecho, de forma que quienes no son sindicalizados reciben los beneficios del acta de imputabilidad y los miembros del sindicato obtienen todos los rubros y emolumentos establecidos en la Convención Colectiva, hecho que, a su juicio, no permite que exista una desmejora en las condiciones del demandante.

Así las cosas, esta Sala de Decisión encuentra inicialmente, que dicha acta de imputabilidad goza de plena validez, al no haber sido tachada o desconocida por la parte actora en las oportunidades procesales que la legislación le otorga, esto es, en

la audiencia en la que se decretó como prueba, tal como lo estipula el artículo 269 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y SS. En tal medida, no es procedente restarle validez a lo allí contenido y por ende, no puede perderse de vista, que las partes de forma libre y voluntaria acordaron que todas las primas extralegales de navidad, junio, vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte, constituirían salario a partir del 01 de agosto de 2009 y que se extendería el beneficio hasta tanto el actor no recibiera otro pago por los mismos conceptos, en virtud de la ley, pacto colectivo, convención colectiva o laudo arbitral.

Ahora bien, con relación a la presunta vulneración del derecho de asociación sindical por medio del acta de imputabilidad, en razón a que percibió una disminución salarial desde su afiliación a la organización SINTRAIMAGRA. Es menester recordar que el derecho de asociación sindical tiene asidero en los artículos 38 y 39 de la Constitución Política, en los cuales se señala que se garantiza el derecho de libre asociación a todas las personas, especialmente a los trabajadores y empleadores, quienes están facultados para constituir sindicatos o asociaciones sin la injerencia del Estado. Adicionalmente, el derecho de asociación sindical ha sido objeto de pronunciamiento en varios instrumentos internacionales, tales como, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

En efecto, el ordenamiento colombiano se ha esmerado por proteger el derecho de asociación sindical por ser considerado una manifestación fundamental del Estado Social de Derecho, por lo cual, el CST estableció los actos que atentan contra este, a saber:

> «ARTÍCULO 354. PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN. <Artículo modificado por el artículo 39 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>
>
> 1. En los términos del artículo 292 del Código Penal queda prohibido a toda persona atentar contra el derecho de asociación sindical.
>
> 2. Toda persona que atente en cualquier forma contra el derecho de asociación sindical será castigada cada vez con una multa equivalente al monto de cinco (5) a cien (100) veces el salario mínimo mensual más alto vigente, que le será impuesta por el respectivo funcionario administrativo del trabajo. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar.
>
> Considérense como actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical, por parte del empleador:
>
> a). Obstruir o dificultar la afiliación de su personal a una organización sindical de las protegidas por la ley, mediante dádivas o promesas, o condicionar a esa circunstancia la obtención o conservación del empleo o el reconocimiento de mejoras o beneficios;

> b) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los trabajadores en razón de sus actividades encaminadas a la fundación de las organizaciones sindicales;
>
> c). Negarse a negociar con las organizaciones sindicales que hubieren presentado sus peticiones de acuerdo con los procedimientos legales;
>
> d). Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal sindicalizado, con el objeto de impedir o difundir el ejercicio del derecho de asociación, y
>
> e). Adoptar medidas de represión contra los trabajadores por haber acusado, testimoniado o intervenido en las investigaciones administrativas tendientes a comprobar la violación de esta norma».

Ahora, uno de los actos atentatorios contra el derecho de asociación sindical es el de obstruir o impedir la afiliación de los trabajadores a través de dádivas o promesas. En ese sentido, como lo ha sostenido de vieja data la jurisprudencia laboral, es dable presumir que el empleador viola el derecho a la libertad sindical cuando ofrece beneficios que puedan, en últimas, llevar a los trabajadores a abstenerse de ingresar a una organización sindical o cuando, estando en la misma, opten por su desafiliación. Así pues, cuando el empleador ofrece beneficios o prebendas superiores a los reconocidos convencionalmente y, tras ello, se genera una desafiliación sindical masiva, atentaba gravemente contra la libertad sindical, la negociación colectiva y la igualdad, ofrecimientos que pueden adoptar la forma de pactos colectivos o cualquier otra, como lo definió la Corte Constitucional en la sentencia SU-569-1996.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL3597-2020, recordó lo siguiente:

> «Comienza la Sala por recordar que tal como lo señaló el Tribunal y lo ha adoctrinado de tiempo atrás esta Corporación (CSJ SL, 28 en. 1999, rad. 11859), la concesión de beneficios superiores a través de pactos colectivos configura una práctica laboral reprobable que transgrede los derechos fundamentales a la libertad sindical, de libre asociación y negociación colectiva previstos en los artículos 39 y 55 de la Constitución Nacional, en armonía con los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, que hacen parte del bloque de constitucionalidad.
>
> En esa dirección, el Comité de Libertad Sindical lo ha sostenido reiteradamente y lo ratificó en la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, en el que señaló que «cuando en un proceso de negociación con el sindicato, la empresa ofrece simultáneamente mejoras en las condiciones de trabajo a los trabajadores no sindicalizados a través de convenios individuales existe un peligro serio de que se menoscabe la capacidad negociadora del sindicato y que se produzcan situaciones discriminatorias

> que favorezcan al personal no sindicalizado; además, ello puede promover la desafiliación de trabajadores sindicalizados»[1].
>
> Asimismo, en ese documento destacó que «la celebración de pactos colectivos con los trabajadores que no están sindicalizados o que se desafilian de las organizaciones sindicales y que ofrecen mayores ventajas que las convenciones colectivas, no fomentan la negociación colectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio núm. 98»[2], y que «la firma de un pacto colectivo con los trabajadores no sindicalizados no debe ser utilizada para menoscabar los derechos de los trabajadores afiliados al sindicato»[3].
>
> En el anterior contexto, la Sala advierte que la utilización de pactos colectivos de trabajo no puede menoscabar los derechos de los trabajadores, ni estar dirigidos a fomentar la desestimulación de la sindicalización o promover la desafiliación de los trabajadores ya sindicalizados, propósito que es evidente cuando los beneficios pactados de forma individual son superiores a las conquistas logradas por vía de la negociación colectiva de trabajo» (Resaltado de la Sala).

Así las cosas, extrapolada la iusteoría que antecede al caso de marras, es claro para esta Sala de Decisión que en este asunto no se dan los presupuestos para establecer que con la suscripción del acta de imputabilidad se hayan configurado conductas antisindicales por parte de la encartada, pues la misma fue creada con el fin de alcanzar una nivelación prestacional respecto de aquellos trabajadores que sólo reciben el salario ordinario, por no ser cobijados por la Convención Colectiva, de tal suerte que las primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, junto con los auxilios de alimentación y transporte constituyan salario, siempre que no perciban erogación alguna equiparable a los beneficios otorgados, práctica que persigue la igualdad prestacional de cara a todos los trabajadores de la entidad.

Aunado a lo anterior, es preciso manifestar que el señor Richard Uriel Valderrama confirmó que a los trabajadores sindicalizados se les debe efectuar el pago de unos emolumentos que los demás no reciben, esto es, un auxilio de alimentación y transporte y las primas extralegales de junio, navidad y vacaciones, mientras que, los trabajadores que no están cobijados por la Convención Colectiva perciben el salario ordinario mensual.

Ahora bien, es preponderante decir que para que el demandante siguiera disfrutando de los beneficios del acta de imputabilidad, era necesario que no recibiera una prestación equiparable a los allí estipulados. En ese orden, se advierte que la Convención Colectiva celebrada por SINTRAIMAGRA y TEAM FOODS COLOMBIA, vigente para la fecha de afiliación del actor al sindicato (fls. 26 a 40) consagró beneficios de la misma índole que los otorgados por el acta de imputabilidad, tal como se constata de los artículos 11 al 15 de tal instrumento,

---

[1] Organización Internacional del Trabajo (2018). Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT (6ª ed.). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párr. 1510.
[2] La libertad sindical..., cit., párr. 1342.
[3] Ob. cit., párr. 1347.

siendo improcedente reconocer al actor dos veces el mismo beneficio tal como lo previó el acta de imputabilidad que como ya se dijo goza de plena de validez. De tal forma que la afiliación a la organización sindical Sintraimagra convirtió al demandante en acreedor de los derechos establecidos en la Convención Colectiva, sin lugar a una desmejora en las condiciones laborales, puesto que recibe todos los emolumentos a los que tiene derecho por ser trabajador sindicalizado, los cuales resultan incompatibles con los otorgados en la aludida acta que sólo cobija a quienes no pertenecen a una organización sindical procurando una nivelación prestacional.

De igual modo, se observa conforme a los certificados de nómina del demandante y del señor John Jairo Casallas Suarez expedidos por TEAM FOODS COLOMBIA S.A. (fls. 129 a 139 y 141), así como del certificado de ingresos fijos anuales del Señor John Jairo Casallas emitido por la Gerente de Desarrollo de Talento (fls. 142 a 144), que en efecto hay una diferencia salarial entre lo devengado por el accionante y el Señor Casallas, pero ello por sí mismo, tampoco implica la existencia de una conducta violatoria del derecho de asociación sindical, ni vulneración al principio de igualdad.

Lo anterior, en razón a que dentro del certificado de ingresos fijos anuales de John Jairo Casallas (fls.142 y 143) se observa que la empresa hace la precisión de que los salarios entre los trabajadores son disimiles debido a que el Sr. Casallas se diferencia por su trayectoria laboral, experiencia, lealtad y alto desempeño para alcanzar objetivos, por lo cual, es posible que pese a que ocupen el mismo cargo uno de ellos devengue un mayor salario. De igual modo, el certificado de ingresos fijos anuales del Sr. Casallas (fl. 144) permite deducir que pese a que su salario mensual es superior al del demandante, aquel no percibe otros emolumentos que este último sí, tales como el subsidio de alimentación, el subsidio de transporte, la prima de navidad de 40 días, la prima extra de vacaciones de 33 días, mientras que, el demandante sí recibe tales rubros en razón de su afiliación a SINTRAIMAGRA, tal como lo acreditan los comprobantes de nómina de los años 2016, 2017 y 2018 (fls. 136 a 139).

En conclusión, encuentra esta Corporación que la empresa TEAM FOODS COLOMBIA S.A., ha pagado de forma correcta al promotor del juicio los salarios, las primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, más los auxilios de transporte y alimentación, por tanto no le asiste razón al recurrente al señalar que tiene derecho a un reajuste, por cuanto no se encontró que el acta de imputabilidad carezca de validez y menos que se trate de una manifestación violatoria del derecho de asociación sindical.

Así las cosas, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

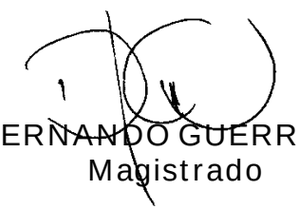
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por RAFAEL ACOSTA CARVAJAL contra ZTE COLOMBIA S.A.S. Rad. 110013105-032-2020-00297-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor RAFAEL ACOSTA CARVAJAL instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que existió un contrato laboral a término fijo con ZTE COLOMBIA S.A.S. desde el 18 de junio de 2018 hasta el 28 de mayo de 2020, fecha en la cual finalizó sin justa causa. Que se declare que tiene derecho a la nivelación de su salario básico teniendo en cuenta lo devengado por Elkin Yesid López del 01 de marzo de 2019 al 28 de mayo de 2020, en dado caso, de forma subsidiaria se declare que tiene derecho al ajuste de su salario básico con el devengado por Javier Sebastián Torres Morales y Gustavo Adolfo Angarita desde el 01 de marzo de 2019 hasta el 28 de mayo de 2020. Que se declare la ineficacia de la exclusión salarial del extra bono de $1.000.000 y en su lugar se declare que constituye salario. En consecuencia se condene a la demandada a re liquidar las cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios y vacaciones con base en la nivelación salarial que se efectué desde el 01 de marzo de 2019 hasta el 28 de mayo de 2020. Asimismo, se condene a la accionada al pago de la indemnización por despido sin justa causa y a la indemnización

moratoria del artículo 65 del CST con base en el ajuste salarial que se efectué, en tal caso, de manera subsidiaria se condene a su pago teniendo en cuenta los factores salariales pactados en el contrato. Finalmente, se condene a la demandada a pagar la indexación de las condenas, lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 18 de junio de 2018 suscribió contrato laboral a término fijo por dos meses con ZTE COLOMBIA SAS, desempeñando el cargo de ingeniero 2 en el proyecto ACS & ON AIR, cargo en el cual recibía una remuneración conformada por una salario básico de $1.800.000 pesos, un bono salarial de KPI de $400.000 sujeto a obtener 192 puntos y un bono extra KPI de $5.000 por cada punto adicional. Explicó que el contrato laboral fue prorrogado por la accionada en agosto de 2018 por el término de un mes hasta septiembre de 2018, fecha a partir de la cual se prorrogó automáticamente mes a mes hasta enero de 2019 cuando operó la prórroga automática del contrato por el término de un año, plazo que se prorrogó nuevamente hasta el 17 de enero de 2021 por no haber existido un preaviso.

De otro lado, explicó que el 31 de diciembre de 2018 ZTE COLOMBIA SAS celebró contrato de prestación de servicios de configuración Back Office con COMCEL S.A., el cual tendría una duración de 2 años, por lo cual, el 01 de marzo de 2019 fue trasladado para trabajar en tal proyecto ocupando el cargo de ingeniero Back Office y recibiendo una remuneración compuesta por un salario básico de $3.000.000 pesos, un bono KPI mensual salarial de $500.000, un extra bono de $1.000.000 y los recargos causados mensualmente. Adujo que la accionada le exigió suscribir un otrosí que excluía del salario el extra bono de $1.000.000 pesos, precisando que tal documento fue redactado por la empresa y que no lo firmó el representante legal de la mismo. Afirmó que todos los ingenieros Back Office del proyecto Claro Back Office y configuraciones tenían la misma jornada laboral y la misma eficiencia, no obstante, algunos trabajadores del mismo cargo devengaban un mayor salario, explicando que Elkin Yesid López obtenía una remuneración que incluía un salario básico de $5.000.000, un bono KPI mensual de $500.000, un extra bono de $1.000.000 y los recargos causados mensualmente. Igualmente, expuso que Sebastián Torres Morales y Gustavo Adolfo Angarita como ingenieros Back Office del proyecto Claro Back office y configuraciones devengaban un salario básico de $4.000.000, más un bono salarial KPI de $500.000, un extra bono mensual de $1.000.000 y los recargos causados mensualmente. Por ello, aseveró que ZTE COLOMBIA SAS se comprometió a nivelar su salario y el de sus otros compañeros con los demás ingenieros Back Office en un plazo de máximo 6 meses, término en el cual no se efectuó tal nivelación.

Expuso que el 28 de mayo de 2020 sus jefes Julio Bermúdez, Johan Beltrán y Heber Ladino mediante teleconferencia le comunicaron que el proyecto Claro Back Office y configuraciones había terminado, olvidando mencionar que tal contrato seguiría ejecutándose, que contrario sensu, le manifestaron que tenía dos opciones y que llegarían dos formatos a su correo electrónico, uno correspondiente a una terminación de mutuo acuerdo y otra de una terminación unilateral del contrato por parte de ZTE COLOMBIA SAS. Manifestó que en esa reunión le dijeron que si no enviaba vía e-mail la terminación de mutuo acuerdo se entendería finalizado el contrato laboral. Mencionó que al revisar el documento de terminación unilateral se percató de que allí se había señalado que su contrato era por obra o labor contratada. Alegó que al no haber enviado la terminación de mutuo acuerdo, la empresa procedió a realizar la liquidación en la cual no se tuvo en cuenta el extra bono de $1.000.000, ni el ajuste salarial prometido con los demás ingenieros Back Office, igualmente, no incluyó la indemnización por despido sin justa causa (Exp. Digital: 01 demanda 2020-297-ordinario, págs. 5 a 27).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad demandada ZTE COLOMBIA SAS, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que si bien es cierto el actor inició con un contrato a término fijo, el mismo fue promovido en el mes de marzo de 2019 al cargo de ingeniero Back Office (nivel 1) en el proyecto Back Office, por lo que se modificó la modalidad contractual a un contrato por obra labor, toda vez que las políticas del proyecto exigían que sus colaboradores fueran contratados en esa modalidad. Explicó que la diferencia salarial no obedeció a una situación de discriminación, sino que Elkin López desempeñaba el cargo de Ingeniero Senior Back Office, por lo que su labor era velar y garantizar que las actividades asignadas de alta y media complejidad se realizaran en el tiempo establecido, incluyendo una función de acompañamiento y supervisión al accionante, de allí que para tal función era necesario tener más de tres (3) años de experiencia en cargos de proyectos en el sector de telecomunicaciones en actividades Back Office. Precisó que el demandante estuvo en el cargo de Ingeniero Back Office (nivel 1) porque no contaba con la experiencia, aunado a que, la formación académica del mismo no estaba relacionada con el cargo que ocupó en el proyecto, por lo que se creó un plan de carrera para que adquiriera las competencias y conocimientos de la posición de Ingeniero Back Office. De la misma manera, expuso que la diferencia salarial con respecto a Javier Sebastián Torres Morales y Gustavo Adolfo Angarita Padilla, puesto que aquellos eran ingenieros back office (nivel 2), toda vez que iniciaron el plan carrera con anterioridad al demandante, por lo que ya habían subido en el escalafón

salarial. Señaló que el demandante tenía funciones y responsabilidades diferentes a las de los trabajadores mencionados obedeciendo a causas objetivas como la experiencia y la formación académica. Manifestó que el actor confesó que suscribió un pacto de exclusión salarial con respecto al extra bono, el cual era otorgado con la finalidad de suplir necesidades surgidas en la vida cotidiana como transporte, alimentación, vestido, entre otros y no enriquecer el patrimonio de aquel. Expresó que la modalidad contractual fue modificada mediante un otrosí, resultando un contrato de trabajo por obra o labor que tiene la vocación de culminar cuando la obra o labor lo hagan, conforme al artículo 61 del CST, de tal suerte que, la terminación del contrato del demandante obedeció a que la obra contratada finalizó, sin lugar al pago de indemnización alguna. Precisó que la indemnización moratoria solo está llamada a prosperar si el empleador omitió el pago de salarios y prestaciones al finalizar el contrato y en razón a la mala fe, circunstancias que no ocurrieron, en tanto, efectuó el pago de todas las acreencias laborales a favor del actor y no incurrió en ninguna conducta de mala fe. Resaltó que no es procedente el pago de indexación, por tanto el actor solicitó también la indemnización moratoria, esto es un emolumento que resulta incompatible con la indexación. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de las obligaciones reclamadas», «prescripción», «buena fe» y «excepción genérica» (Exp. Digital: 04. Contestación demanda, págs. 2 a 35).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 10 de marzo de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 18 de junio de 2018 y el 28 de mayo de 2020, el cual terminó sin justa causa por parte de ZTE COLOMBIA SAS; declaró que el actor tiene derecho a la nivelación salarial respecto de Elkin Yesid López Rubiano y que el extra bono constituye factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones. En consecuencia, condenó a ZTE COLOMBIA SAS a pagar al demandante lo correspondiente a la nivelación salarial, a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa, a la reliquidación de las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, aclarando que debe efectuar el pago de las vacaciones e indemnización debidamente indexadas desde el 28 de mayo de 2020. Condenó a la demandada a pagar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST desde el 29 de mayo de 2020 y hasta por 24 meses, momento a partir del cual deberá pagar intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que el demandante fue contratado para el cargo de ingeniero nivel 2 devengando un salario mensual de $1.800.000 de pesos hasta cuando fue trasladado al proyecto Back Office para lo cual suscribieron un otro sí. Adujo que pese a que la accionada manifestó que quienes entraban al proyecto Back Office debían tener un contrato por obra o labor y que por eso celebraron un otrosí cambiando la modalidad contractual, no encontró prueba alguna sobre ello, pues no se allegó el aludido otro sí justificándose en una denuncia de perdida de la carpeta laboral del accionante a pesar de que allegaron documentos de la misma, aunado a que, los testigos declararon no conocer si el demandante suscribió tal otrosí. Refirió que los testimonios de Heber Ladino Baquero y Johan Manuel Beltrán estaban claramente predispuestos para favorecer a la demandada, máxime cuando aún son trabajadores de aquella, en consecuencia, halló que no ofrecen credibilidad. Argumentó que al verificar la comunicación enviada al demandante respecto de la terminación del contrato de trabajo, encontró que se dijo que fue contratado para el cargo de ingeniero Back Office sin hacer referencia al otrosí mencionado por la accionada. En ese orden, concluyó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo durante toda la vigencia de la relación laboral y que fue terminado sin justa causa por parte de ZTE COLOMBIA SAS.

De otro lado, señaló que bajo la máxima “a trabajo igual, salario igual” corresponde al actor probar el trato diferencial y a la accionada acreditar una razón objetiva por la cual ello ocurre. En ese sentido, resaltó que el contrato laboral por obra o labor entre Elkin López y ZTE COLOMBIA SAS refiere que su cargo es Ingeniero Back Office y que devenga un salario básico de $5.000.000 de pesos. Tras comparar las hojas de vida del actor y Elkin López, concluyó que ambos son profesionales y tienen una especialización, siendo la fecha de graduación la única diferencia, pues el demandante se graduó dos años después. Adujo que la accionada no probó que el señor Elkin López hubiera sido contratado para el cargo de Ingeniero Senior, menos que aquel tuviera la experiencia especifica solicitada para ocupar el mismo, esto es, tres (3) años como Back Office en telecomunicaciones y que no halló una diferencia sustancial entre la hoja de vida del Señor López y el accionante. Respecto de la nivelación salarial con Gustavo Adolfo Angarita y Javier Sebastián Torres Morales, afirmó que no se allegaron las hojas de vida, ni certificados de estudios, ni experiencia específica, ni el plan carrera suscrito por los trabajadores para determinar una justificación de la diferencia salarial. Recordó que los testigos convocados por el demandante declararon que todos los ingenieros Back Office tenían las mismas funciones y responsabilidades, salvo el Señor Diego Arrieta quién era el líder técnico. Precisó que no la accionada no probó que Elkin López, Gustavo

Adolfo Angarita o Javier Sebastián Torres Morales ejecutaran labores de mayor complejidad que las desarrolladas por el actor. Por lo cual, arguyó que la demandada no justificó la diferencia salarial entre los trabajadores aun cuando era su deber.

En relación al extra bono expresó que conforme a lo normado por el CST y a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ para determinar la incidencia salarial de los bonos es menester estudiar si están encaminados a retribuir el servicio del trabajador. Resaltó que desde que el actor comenzó a laborar en ZTE COLOMBIA SAS le fueron cancelados los bonos de KPI y el extra bono y que aún después de ser trasladado al proyecto de Back Office seguía recibiendo tales emolumentos, mismos que eran incluidos para efectuar los aportes a pensión, lo cual sucedió hasta junio de 2019. Agregó que no se acreditó la existencia de un acuerdo de exclusión salarial respecto del extra bono y que tenía la finalidad de retribuir la ejecución de las funciones del actor, mas allá de que estuviera sujeto al cumplimiento de metas, puesto que cada mes se pagó lo mismo. En ese orden, concluyó que ese extra bono constituía salario por ser una retribución directa por el servicio prestado.

Adujo que es procedente el pago de la indemnización moratoria, por cuanto no hay justificación alguna de la exclusión salarial del extra bono para determinar que existió buena fe por parte de ZTE. Añadió que la indexación es procedente sólo sobre lo adeudado por vacaciones e indemnización por terminación del contrato sin justa causa, aclarando que sobre las demás condenas no procede porque se concedió la indemnización moratoria que cubre la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Frente a la prescripción precisó que no transcurrieron tres (3) años entre la finalización de la relación laboral y el inicio del proceso judicial.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de ZTE COLOMBIA SAS, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad respecto de la nivelación salarial ordenada y la inclusión del extra bono como factor salarial. Precisó que se probaron los factores objetivos para la diferencia salarial entre el demandante y Elkin Yesid López, en tanto, la documental allegada deja entrever una diferencia en el perfil ocupacional de aquellos y una mayor experiencia especifica del señor López cuando fue contratado a la empresa. Resaltó que las documentales de la experiencia específica de Elkin López fueron allegadas al plenario, incluso que fueron exhibidos por el testigo Johan Beltrán. Aseveró que al haberse probado causales específicas para la diferencia salarial entre el demandante y Elkin López no es dable ordenar el

reajuste. De otro lado, manifestó que el extra bono no constituye factor salarial y que tal como lo confesó el demandante en los hechos del 9 al 12 de la demanda suscribió un pacto de exclusión salarial respecto del extra bono, de tal suerte que ZTE COLOMBIA podía dejar de tener en cuenta tal emolumento para aportes a seguridad social y pago de impuestos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial del demandante, presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el libelo introductorio del proceso, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Por su parte, la accionada ZTE COLOMBIA SAS guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación establecer si el demandante, RAFAEL ACOSTA CARVAJAL tiene derecho a la nivelación salarial, teniendo en cuenta el salario devengado por ELKIN YESID LÓPEZ. Asimismo, se determinará si el extra bono de $1.000.000 de pesos pagado por ZTE COLOMBIA SAS al actor constituye o no salario.

CONSIDERACIONES

En cuanto a la nivelación salarial pretendida por el demandante, se debe tener en cuenta que el criterio que ha mantenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, consiste en que para determinar si en efecto se produce la violación del principio contenido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente ha de examinarse si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si por el contrario, conlleva un trato discriminatorio motivado en subjetividades del empleador.

En el anterior contexto, al no ser de aplicación automática lo previsto en el citado artículo 143, en concordancia con el artículo 13 de la Constitución Nacional, que dispone “a trabajo igual salario igual”, debe el operador jurídico establecer en cada caso particular y concreto en donde se debata tal situación, si los cargos con

funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plan de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta y nivel profesional o académico, entre otros aspectos a considerar.

Al respecto ha sido claro el criterio de la Jurisdicción Laboral frente al desarrollo del principio “a trabajo igual salario igual”, en cuanto a que la diferencia en la remuneración de trabajos equivalentes solo puede fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de rendimiento en la obra, pero, en ningún caso, en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión pública o actividades sindicales.

Por lo anterior, para acceder a una solicitud de nivelación salarial, no basta argüir el desempeño de un cargo de igual denominación, sino que se debe demostrar además, que las funciones ejercidas por uno y otro son iguales, y la remuneración de los demás frente a los que se dice son pares es igual para todos, pues solo así se pueden derivar las consecuentes repercusiones salariales, ya que son los celebrantes del contrato de trabajo, y no el juez, los llamados a estipular el salario retributivo del servicio, y sólo cuando se desconoce, el mínimo legal resulta procedente y viable la interpretación judicial para corregir el despropósito que el pacto en contrario a la ley conlleva, considerando que es sumamente claro que el concepto de igualdad implica, funciones y actividades iguales.

La anterior situación tiene razón de ser, reiterando que el concepto de igualdad presupone funciones y actividades iguales, pues no son otros los alcances que se le deben dar a los preceptos legales que consagran tal figura, ya que para ello deberá demostrase que cuando al menos dos personas ejecutan un trabajo con igual capacidad profesional o técnica, la misma antigüedad, la misma experiencia en la labor, la diferencia de salario se debe a un trato discriminatorio injustificado.

Igualmente, el artículo 53 de la Constitución Política, señala en forma perentoria los principios mínimos que el legislador habrá de tener en cuenta cuando dicte las normas integrales del Estatuto del Trabajo y que uno de ellos es justamente aquel según el cual todo trabajador tiene derecho a una remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, aspecto este último que se expresa, como lo han venido sosteniendo las altas Cortes, en términos de igualdad: "a trabajo igual, salario igual"; norma que además de estar dirigida a la protección especial del trabajo en condiciones dignas y justas, pues constituye un garante del

principio general de la igualdad, inherente al reconocimiento de la dignidad humana, que impone dar el mismo trato a las personas que se encuentran en idéntica situación, admitiendo la diversidad de reglas cuando se trata de hipótesis distintas.

Bajo la orientación de los preceptos legales y supralegales, toda distinción entre las personas, para no vulnerar el derecho constitucional a la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada en razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no pueden ser fruto de la voluntad, el capricho, la arbitrariedad o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de circunstancias distintas, que de suyo reclaman también trato adecuado a cada una, tales como la eficiencia, la jornada laboral y condiciones laborales, entre otras, entre las que cabe, lógicamente, el acuerdo de voluntades de las partes, cuando no se desconoce el mínimo de derechos, y el pacto en tal sentido resulte más favorable a los intereses del empleado.

Al respecto, resulta precisar que es reciente la modificación legislativa del precepto acabado de citar, en efecto el artículo 143 del Código Sustantivo de Trabajo en su redacción inicial había dado lugar para que la jurisprudencia de la Corte Constitucional indicara, con apoyo en el principio de auto responsabilidad probatoria, elevado a canon legal en el artículo 167 del Código General del Proceso, que correspondía al trabajador demostrar el parangón a partir del cual se infiriera el trato desigual, y sólo cuando ello se satisfacía, se trasladaba la carga de la prueba al empleador respecto del trato diferenciado. Basta con remitirse a la Sentencia T-079 del 28 de febrero de 1995.

Con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, desde el 29 de diciembre de 2011, se implantó una ventaja probatoria a favor del trabajador, en tanto, de plano, se presumirá injustificado todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Por ende, la ventaja probatoria que refulgió ulteriormente con su expedición, obliga al juzgador, cuando se denuncia la violación del aforismo «A trabajo igual, salario igual», a que aplique la presunción y con ella es obligación procesal del empleador acreditar en el juicio los elementos objetivos, vale decir evidentes por lo acreditados, que justifiquen el salario diferenciado, en orden a desterrar el conculcamiento del derecho fundamental a la igualdad de trato consagrado en

el artículo 13 de la Constitución Política. Esta percepción, es consecuente con la expuesta por la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-833 de 2012, al señalar:

> «El principio a trabajo igual, salario igual, responde entonces a un criterio relacional, propio del juicio de igualdad. Por ende, para acreditar su vulneración debe estarse ante dos sujetos que al desempeñar las mismas funciones y estar sometidos al mismo régimen jurídico de exigencias de cualificación para el empleo, son comparables y, no obstante ello, reciben una remuneración diferente. Se insiste entonces en que la discriminación salarial injustificada debe basarse en la inexistencia de un parámetro objetivo, discernible y razonable, que justifique la diferenciación».

Esta presunción de discriminación que se implementó en el sistema jurídico colombiano con la entrada en vigencia del artículo 7º de la Ley 1496 de 2011, no desconoce la Jurisprudencia que de antaño ha mantenido la H. Corte Suprema de Justicia, que en la sentencia del 19 de mayo de 2005, expediente: 24312, sostuvo:

> «El criterio que ha mantenido la Corte, es precisamente el de que para determinar si en efecto se produce la violación del principio contenido en el artículo 143 del Código Sustantivo del Trabajo, necesariamente debe examinarse si la diferencia salarial existente obedece a razones meramente objetivas, o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio motivado eventualmente en circunstancias subjetivas por parte del empleador.
>
> De modo que por no ser de aplicación automática el precepto "a trabajo igual salario igual", es que debe determinarse en cada caso particular y concreto, si los cargos con funciones idénticas, son desempeñados por trabajadores que se encuentran en un mismo plano de igualdad en cuanto a su eficiencia, calidad y cantidad de trabajo, experiencia en las actividades que ejecuta, es decir, su antigüedad, así como su nivel profesional o académico, entre otras».

Teoría que es reiterada en sentencia del 3 de agosto de 2007, expediente: 29468, de la misma Corporación, así:

> «Es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral».

Y ya en otra oportunidad, en Sentencia del 10 de octubre de 1980 puntualizó:

> «De otra parte la igualdad en condiciones de eficiencia, que le permite a un trabajador realizar una labor de igual valor a la que otro realiza, debe ser apreciada objetivamente, aunque no sólo en cuanto al rendimiento físico, pues no se trata de remuneración por rendimiento. Debe configurarse también trabajos de igual valor frente a aspectos de tanta importancia como la capacidad de iniciativa y el sentido de responsabilidad al equipo, al material, al trabajo y seguridad de los compañeros y al cumplimiento de órdenes e instrucciones».

El amparo al trabajador que es objeto de discriminación salarial por factores subjetivos o discrecionales por parte del empleador en virtud del principio tuitivo de la jurisdicción dada la posición débil de trabajador en la relación contractual laboral, se ha mantenido invariable en la doctrina de la CSJ <SL 17462 de diciembre 14 de 2014> en la que se puntualiza… «Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7º de la L. 1496/2011, según la cual «Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación», en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato».

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- INTERROGATORIO NANCY ANDREA QUIROGA ROJAS, representante legal de la demandada: Señaló que el demandante tenía un contrato por obra o labor, ya que si bien había iniciado a laborar en la empresa con un contrato a término fijo, este cambió su modalidad mediante un OTROSI suscrito por las partes. En cuanto al cargo ocupado por el demandante, manifestó que no era cierto que tuviera el mismo cargo que JAVIER TORRES Y GUSTAVO MORALES, por cuanto estos últimos ingresaron como «ingeniero 3», mientras que el demandante ingresó como «ingeniero 2», además de lo anterior, señaló que las funciones eran distintas y que estas personas realizaban actos que facturaban más dinero que las labores del actor y estaban en promociones

distintas; explicó que las actividades de «SEBASTIÁN Y GUSTAVO» se realizaban dentro de algo que se llama el Core, que significa que atendían fallas que afectaran zonas muy grandes, mientras que el actor trabajaba por fuera del Core. Adujo que el demandante conocía el plan de carrera y que no contaba con la experiencia que se requería para entrar al Back Office y Configuraciones, en tanto su hoja de vida no era apta para el cargo que llegó a ocupar, sin embargo, dijo que fue nombrado en el cargo porque el actor se comprometió a capacitarse para lograr la experiencia que requería el cargo. En lo atinente al extra bono que pagaba la demandada, adujo que ese auxilio era dado por la empresa como ayuda para el transporte y la alimentación, como quiera que la zona de la empresa es lejana y los trabajadores debían pedir domicilios, y que la empresa siempre confió en que los trabajadores destinaran ese auxilio para las necesidades específicas que se buscaba suplir.

- TESTIMONIO ELSA MARGARITA DEL PILAR SOLER POLANCO: Declaró conocer al demandante porque fueron compañeros de trabajo en ZTE. En cuanto al extra bono señaló que se pagaba como salarial, y que no conocía la destinación especifica que debía dársele, pues podían hacer lo que quieran con el dinero, y que ZTE no realizaba las verificaciones a fin de establecer la destinación del mismo. En cuanto al demandante y los trabajadores GUSTAVO ANGARITA, SEBASTIAN TORRES y ELKIN LÓPEZ, adujo que todos tenían el mismo cargo pues todos eran ingenieros back office, que cumplían las mismas funciones pero que no tenían el mismo salario. Informó que la demanda, les había dicho que iba a igualar los salarios y que al final todos tendrían el mismo sueldo pero que no se dio. Señaló que ingresó al proyecto con el demandante, después de 8 meses de haber iniciado, habiendo comenzado antes los señores «Sebastián, Gustavo Angarita, Diego Ledesma y Elkin»; adujo que a pesar de contar con 8 meses de diferencia, todos realizaban las mismas actividades.

- TESTIMONIO JULIO ENRIQUE BERMUDEZ RODRIGUEZ: Manifestó conocer al demandante desde hace más o menos cinco años, y que trabajó para ZTE por un periodo. Indicó que el actor tenía el cargo de analista back office, y que sus funciones eran realizar el proceso de integración, comisionamiento en las nuevas bases para Claro Colombia, además de otras funciones como borrado de esos elementos y hacer TBS en algunas estaciones. En cuanto a las funciones del actor respecto de los señores Sebastián Torres, Gustavo Angarita y Elkin López, adujo que todos ejecutaban las mismas actividades y que no había ninguna discriminación en la ejecución de las mismas, y además

cumplían el mismo horario. Relativo al extra bono, señaló que era por productividad y que era cancelado a todos los ingenieros back office del proyecto, que durante un tiempo fue salarial pero no sabe cuento tiempo lo fue. En lo que tuvo que ver con los salarios, manifestó que ZTE, se comprometió a nivelarlos después de un periodo de tiempo, pero que desconoce en cuanto tiempo lo harían. Respecto de los niveles de los cargos back office, dijo que se establecieron unos niveles al principio, pero que no sabe cómo fue el nivel para la contratación porque la asignación de actividades era la misma para todos. Respecto al reparto de la carga laboral, dijo que dependía del tipo de trabajo, si tenían que asignar cuatro actividades de la misma actividad las despachaba en el grupo y empezaban a evaluar dependiendo de la carga porque ya sabían que complejidad tenía una y otra actividad y trataban de equilibrar esa carga para no sobrecargar a una persona sino que todos estuvieran medianamente nivelados en el tema de la ejecución de las actividades.

- TESTIMONIO DARWIN JOHAN ROZO BLANCO: Adujo conocer al demandante porque fue su compañero en ZTE durante dos años aproximadamente. En lo atinente al proyecto back office, dijo que empezó en enero y que él y el demandante, ingresaron más o menos en marzo, que ingresó con «Rafael, Edna, Margarita y Adrián», y los que ya estaban desempeñando labores desde antes eran «Diego Ledesma, Sebastián y Gustavo Angarita», y que el único que tenía un cargo diferente era Diego Arrieta, ya que era el líder, sin embargo, también desempeñaba las mismas labores que los demás ingenieros. Referente al trato salarial a los empleados, señaló que los que entraron primero ganaban un poco más, pero entraban con la opción de renegociar el sueldo transcurridos 6 meses. En lo que concierne al extra bono, dijo que sí era salarial, porque se incluía para salud y pensión, y que estaba sujeto al rendimiento laboral. Aseveró que los proyectos On Air y Back Office eran distintos, pues en el primero hacían auditorias de los ítems nuevos, y en el segundo se integraban esos ítems, y que la diferencia de quienes habían llegado antes al proyecto back office, era que tenían más manejo de los contratistas y estaban más acoplados a los comandos de integración. De la nivelación salarial, dijo que debían transcurrir 6 meses para cumplir las metas a cabalidad, pero que al pasar estos 6 meses, les dijeron que no iban a esperar otro tiempo porque el señor China no quería pagar más por el proyecto. En cuanto a los currículos del actor y del señor Elkin López, señaló que ambos

tenían especializaciones, «Rafael» en gerencia de proyectos y «Elkin» en telecomunicaciones.

- TESTIMONIO GUSTAVO ADOLFO ANGARITA PADILLA: Fue compañero del actor, en ZTE en el proyecto Back Office, que igualmente era ingeniero y tenía el mismo cargo que el demandante. Explicó que todas las actividades las realizaban cada uno de ellos por igual, que la asignación podía variar dependiendo de la cantidad de trabajo que tenía cada uno de los ingenieros porque las actividades no siempre se terminaban el mismo día pero en concreto a todos les asignaban todo tipo de actividades siempre y cuando tuvieran el tiempo para sacarlo lo más pronto posible. Señaló que también perteneció al proyecto On Air, y que en ese proyecto era líder, en el cargo de ingeniero 2. Informó que la empresa tenía un proceso para llegar al valor que se tenía como sueldo de back office, para lo cual realizaron un método para ir aumentando de salario en un rango de seis meses; que todos los ingenieros eran iguales y que solo había una persona con un cargo diferente que era «Arrieta». Dijo que en el proyecto On Air, él era el jefe y que tenía a su cargo a 18 o 20 personas, mientras que en el back office todos eran ingenieros back office y hacían las mismas actividades porque no había actividades especializadas. Manifestó desconocer el plan de carrera, puesto que la empresa lo único que les dijo fue que el salario no podía subir completamente al entrar en Back office, pero que el sueldo iría incrementando. Del extra bono, señaló que era de un millón de pesos y para los ingenieros back office, que no tenía destinación específica y estaba sujeto a la productividad. Señaló que tuvo bastantes problemas con la nivelación salarial, y que Elkin López sí devengaba $5’000.000 completos por ser externo, por lo que no tuvo que seguir el plan de carrera pero que a él nunca se lo dijeron.

- TESTIMONIO HEBER LADINO VAQUERO: Actualmente labora en ZTE como Director de Proyectos, que inició en el cargo de Coordinador hace aproximadamente 5 años y dijo conocer al demandante porque laboró con él hace unos años. Dijo que «Rafael» inició en On Air, pasando por un proceso de capacitación porque él tenía unos conocimientos básicos y allá en ZTE le dieron capacitación, hasta diciembre cuando se abrió la nueva oportunidad del back office, por lo que la empresa empezó a buscar esos recursos dentro de ZTE, aclaró que pese a que el cliente pedía una experiencia mínima de 3 años en back office, negociaron con él para transformar a los ingenieros de On Air a back office, además que trajeron ingenieros expertos que había trabajado con

Nokia porque es la empresa dueña de la tecnología, agregó que los incrementos salariales fueron buenos, que en la primera fase Rafael pasó de ganar $1.800.000 a 3 millones, es decir, el 47% solo con nueve meses en la compañía, pese a que según los lineamientos de la empresa se necesitaba un mínimo de un año para hacer aumentos. Adujo que había un gerente de proyectos que era «Cesar Ríos» que tenía dos proyectos uno era el On Air, luego está el coordinador, después los líderes que tenían en el proceso de On Air que eran «Gustavo Angarita y Sebastián», posteriormente los externos que trajeron, «Arrieta y Elkin» quien tenía más de 3 años en back office y el grupo de los trabajadores que promovieron desde el proyecto On Air, precisando que se aventuraron a convertirlos en ingenieros back office por medio de capacitaciones. Informó que los ingenieros back office tenían unos rangos, y que habían dos promociones, la primera que venía de ser líderes y coordinadores porque tenían una experiencia más amplia, y al necesitar más personal hicieron unas pruebas y capacitaron a los ingenieros 2 de On Air, que esa capacitación la hacía «Arrieta y Elkin López» que al ser ingeniero back office senior, un experto los apoyaba técnicamente. Adujo que la complejidad de On Air era diferente, por eso el grupo Back office les resultaba atractivo, ya que les brindaba nuevos conocimientos, y que la expectativa a la entrada en el proyecto era que todos llegaran a máximo nivel con el tiempo. Dijo que en ZTE para obtener un aumento salarial, la persona debe llevar un año en la empresa o un año sin recibir aumento, sin embargo, lograron hacer aumentos como en el caso de Rafael de hasta casi 50% de salario. Añadió que era diferente la asignación de los líderes que ya tenían un salario superior al pasar al back office, por su experiencia, sus habilidades , aclaró que en el caso de Elkin Yesid se hizo una negociación inicial con la empresa porque su hoja de vida era totalmente diferente a las de las demás del back office, dijo que estaba en una maestría en telecomunicaciones, que estuvo varios años trabajando con el creador de la tecnología que es Nokia, por lo que él era ingeniero back office sénior. Agregó que inicialmente cuanto «Rafael» entró a On Air empezó ganando $1.800.000, aclarando que la experiencia que el traía para las actividades del On Air hacía que necesitara capacitación, además de que según su hoja de vida tenía un vacío de redes móviles de 2 años, que su último cargo antes de entrar a ZTE fue jefe de comunicaciones de algo que no tiene nada que ver con lo que se hace en ZTE, y que no se dieron los componentes de experiencia, de allí la diferencia salarial; añadió que cuando el pasó al back office se hizo una excepción al subirle el salario porque solo llevaba 9 meses en la empresa, haciendo un aumento en el básico $3.000.000, más el bono KPI

que era por productividad y un auxilio por mera liberalidad. Cuando fue interrogado por la similitud en las actividades de «Sebastián, Diego Arrieta y Rafael», dijo que no eran las mismas ya que los niveles de complejidad eran distintos. En cuanto al extra bono, dijo que era de un millón de pesos porque el proyecto tenía horas de trabajo extenuantes, que ellos lo gastaban en lo que quisieran, que por ejemplo, si estaban en la noche podían pedir domicilios en la oficia o se podían ir en taxi.

- TESTIMONIO JOHAN MANUEL BELTRAN: señaló ser Director de Proyectos de ZTE, y que conoció a «Rafael», porque estuvo en los proyectos On Air y Back Office. Adujo que ZTE tuvo que salir a buscar unos ingenieros que pudieran apalancar el conocimiento porque en ese momento no lo tenían en la empresa, dado que no tenían personas que cumplieran con el requisito del contrato que era 3 años de experiencia especifica en integración en redes móviles, por lo que se creó la figura del líder técnico que era «Diego Arrieta», así mismo, encontraron un externo que tenía un excelente curriculum que fue aprobado por el cliente que fue Elkin López, luego tomaron a tres líderes de On Air (Gustavo Angarita, Diego Ledesma y Sebastián Torres), que después necesitaron más, por lo que buscaron dentro de la empresa y fueron los mismos trabajadores los que se encargaron de buscar ese ascenso y ellos hablaron con el cliente directamente porque contractualmente no lo podían hacer. Aseveró que pese a que habían políticas dentro de la empresa decidieron hacer la excepción con esos trabajadores y hacerles un aumento de casi 40% cuando pasaron al back office, momento en el cual empezó un proceso de aprendizaje porque eran tareas complejas, aclaró que quienes entraron en marzo que eran «ingenieros 2», que se presentaron voluntariamente porque podían seguir en el cargo en el que estaban, que ellos eran inteligentes pero que tenían que aprender porque no sabían, añadió que incluso el cliente conocía que dentro de las actividades habían niveles porque según eso pagaba, que medía el pago según la complejidad. Durante la recepción del testimonio, en pantalla se proyectó la hoja de vida del actor precisando que el demandante sólo tuvo 11 meses de experiencia en redes de telecomunicación, luego pasó dos años sin trabajar en telefonía, que según su hoja de vida solo trabajó verificando, lo que es de un nivel mucho menor que integrar. Asimismo, se proyectó la hoja de vida del señor Elkin Yesid López, quien estaba cursando una maestría en telecomunicaciones cuando entró a la empresa, tiene experiencia en Nokia que es la empresa dueña de los servicios, que en ese cargo estaba configurando y en general interviniendo la red, lo cual

es muy diferente a sólo verificar). Explicó que en el proyecto se quedaron el ingeniero sénior y «Julio Bermúdez» porque eran los únicos que cumplían con los requisitos contractuales, y que «Diego Ledesma» se quedó en la empresa porque es certificado B2 de inglés en Cambridge, lo que es necesario porque en la empresa deben hablar con personas que no manejan el español. Explicó que en el contrato no todas las actividades eran iguales, sino que en habían 19 ítems para ejecutar, unos de alta, mediana y baja complejidad, que los ingenieros sénior hacían las de alta y mediana complejidad, que a nivel técnico hay unas actividades que requieren mayor atención porque su impacto en la operación puede ser muy alto, si algo salía mal se podían dejar sin señal ciudades completas, que las tareas de baja complejidad eran ejecutadas por los ingenieros de bajo nivel. Adujo que ninguno de los trabajadores que migraron de Back Office tenían la experiencia, que «Rafael», nunca atendió labores de alto impacto o alta complejidad, y que para eso se llevó a «Diego Arrieta y luego a Elkin», para traer el conocimiento y para que los demás aprendieran de ellos; señaló que todo el personal de ZTE maneja el mismo horario y que la diferencia radica en las labores de cada uno. Dijo que «Javier, Sebastián y Gustavo Angarita» eran líderes de un proyecto en el que Rafael era subordinado de ellos, de modo que no estaban en el mismo cargo, ni nivel técnico porque ellos en su rol de líderes habían tenido que enfrentar situaciones técnicas de alta complejidad porque eran quienes les solucionaban los problemas en On Air a los ingenieros nivel 2. Dijo que también hay que tener en cuenta que «Sebastián y Gustavo» tenían un nivel técnico más alto que Rafael, que incluso «Rafael» era subordinado de ellos porque tenían un conocimiento, experticia, habilidades fuertes y blandas mucho mayores que «Rafael». En cuanto al extra bono, dijo que el KPI se da por si cumplen unas metas de desempeño, que el extra bono es diferente porque la empresa decidía a quién se lo daba y a quien no, que ese no era salarial, que ellos esperaban que lo usaran en pro de su beneficio y tuvieran un mejor desempeño a nivel de la operación, sin que pudieran administrar en que se lo gastaban, además, señaló que la empresa no daba ese bono todos los meses, pues debía verificar si lo otorgaba o no.

Igualmente, fueron incorporadas al expediente las siguientes documentales:

- Contrato individual de trabajo a término fijo de dos meses del señor RAFAEL ACOSTA CARVAJAL, para el cargo de «ingeniero 2», con salario de

$1.800.000, del 18 de junio de 2018 (Expediente digital 01. DEMANDA 2020-297 – ORDINARIO Fl. 28-39; 04. Contestación demanda fl. 36-47)).

- OTROSI al contrato de trabajo de fecha 18 de agosto de 2018, mediante el cual se prorroga el contrato por un mes más (Expediente digital 01. DEMANDA 2020-297 – ORDINARIO Fl. 40-41, 04. Contestación demanda fl. 48-49).
- Certificación laboral, donde se señala que el último cargo desempeñado pr el actor fue el de Ingeniero Back Office (Expediente digital 01. DEMANDA 2020-297 – ORDINARIO Fl. 47).
- Certificación de modificaciones en el contrato de trabajo del actor (Expediente digital 01. DEMANDA 2020-297 – ORDINARIO Fl.48).
- Hoja de vida del demandante RAFAEL ACOSTA CARVAJAL (Expediente digital: 04. Contestación demanda fl. 50-62).
- Hoja de Vida ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO (Expediente digital: 04. Contestación demanda fl. 78-86).
- Plan de Carrera ZTE COLOMBIA (Expediente digital: 04. Contestación demanda fl. 87-91)
- Desprendibles de nómina del demandante (Expediente digital 01. DEMANDA 2020-297 – ORDINARIO Fl.49-59; 14. Respuesta ZTE requerimiento audiencia Fls. 5-28).
- Contrato individual de trabajo a término fijo de dos meses del señor ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO, para el cargo de «ingeniero Back Office», con salario de $5.000.000, del 23 de enero de 2018 (Expediente digital 11.Pruebas ZTE Fl. 3-10).
- OTROSI al contrato de trabajo de fecha 23 de enero de 2019, mediante el cual se adiciona parágrafo a la cláusula relacionada con el salario, donde se reconoce suma por valor de $500.000 como Bono KPI de desempeño (Expediente digital 11.Pruebas ZTE Fl. 11-12).
- Desprendibles de nómina del Señor ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO (Expediente digital 11.Pruebas ZTE Fl. 12-33).

Atendiendo los parámetros legales y jurisprudenciales, se tiene que en el proceso no es objeto de discusión en esta instancia, la existencia del contrato de trabajo entre demandante y demandada por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 2018 hasta el 28 de mayo de 2020, así como que al finalizar el contrato de trabajo, el actor ocupaba el cargo de «Ingeniero BackOffice», devengando un salario básico de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000), más bonificación denominada «extra bono» por valor de UN MILLÓN DE PESOS y «bono KPI» por QUINIENTOS MIL PESOS ($500.000). Ahora teniendo en cuenta el recurso de alzada, como único

parámetro de comparación se aportaron al proceso los comprobantes de nómina del Señor ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO, quien también ocupa el cargo de «Ingeniero BackOffice», y percibía la suma mensual CINCO MILLONES DE PESOS ($5.000.000), más QUINIENTOS MIL PESOS por «Bono KPI de desempeño», y bonificación denominada «extra bono» por valor de UN MILLÓN DE PESOS.

Ahora bien, de las pruebas testimoniales recibidas se pudo evidenciar que aunque los señores RAFAEL ACOSTA CARVAJAL y ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO, ostentaban el mismo cargo de «Ingeniero BackOffice», el último de estos había ingresado a ocupar ese cargo en ese proyecto, con anterioridad al actor; además, de lo anterior, de los testimonios de los señores HEBER LADINO VAQUERO y JOHAN MANUEL BELTRAN, que aunque fueron tachados de falsos en primera instancia, considera esta Sala de Decisión, que esta tacha no está llamada a prosperar; los anteriores testigos, señalaron que el señor LÓPEZ RUBIANO, gozaba de una mayor experiencia en el área, además que su preparación laboral estaba inclinada al sector de las telecomunicaciones, y era ampliamente conocedor del tema, toda vez que tenía experiencia en el proyecto Back Office, de Nokia, la cual es la dueña de los servicios. Aunado a lo anterior, se evidenció que el demandante al entrar a ocupar el mencionado cargo, no contaba con la preparación requerida por lo que debía capacitarse; además, se logró demostrar que el actor había migrado de otro proyecto denominado On Air, el cual era de menor complejidad que el proyecto Back Office.

Asimismo, aunque los testigos ELSA MARGARITA SOLER POLANCO, JULIO ENRIQUE BERMÚDEZ RODRÍGUEZ, DARWIN JOHAN ROZO BLANCO y GUSTAVO ADOLFO ANGARITA PADILLA, fueron contestes en señalar que todos eran ingenieros Back Office, y que todos cumplían las mismas funciones, también lo fueron en señalar que el Señor ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO, había ingresado al proyecto con anterioridad, por lo tanto, a juicio de esta Corporación, de entrada se presenta que el Señor LÓPEZ RUBIANO, contaba con una mayor experiencia que el actor, no solamente por haber ingresado con anterioridad al proyecto Back Office, sino porque la hoja de vida del actor permitía establecer que este solo tuvo 11 meses de experiencia en redes de telecomunicación, que luego pasó dos años sin trabajar en telecomunicaciones, y que según su experiencia solo trabajó «verificando», lo que es de un nivel mucho menor que «integrar»; de la misma manera, de la hoja de vida del señor ELKIN YESID LÓPEZ, se pudo establecer que tiene experiencia de más de dos años en Nokia que es la dueña de los servicios, y que en el cargo que desempeñaba, estaba «configurando» y en general interviniendo la red, lo cual es muy diferente a sólo verificar, que correspondía a la labor del actor.

Vale decir que las mencionadas pruebas, fueron las únicas allegadas tendientes a acreditar la presunta discriminación salarial, circunstancia por la cual, estima la Sala que en el presente caso, contrario a lo expuesto por el Juez de Primera Instancia, no quedó demostrada la igualdad de funciones, ni tampoco con base a qué criterios se generaban los salarios en ZTE, las razones de capacidad profesional o técnica, la antigüedad, la experiencia en la labor por parte del demandante, y del rendimiento en la obra o proyectos adelantados, ni de las labores específicas que cumplían cada uno de ellos. Es así como ninguna de las pruebas recaudas en el curso de la primera instancia, le permite a la Sala realizar una comparación efectiva sobre aspectos relacionados con conocimientos, experiencia, cumplimiento de horas y aquellos factores clave para determinar el salario que debía percibir el actor, con ocasión a la regla "a trabajo igual salario igual" y atendiendo lo ordenado por la jurisprudencia y la Ley.

Tal cual, se observa en reciente sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- SL1662 del 5 de mayo de 2021, la cual enseña:

> De otro lado, encuentra la Corte, que tampoco se equivocó el juez de segundo grado, al considerar que no es posible establecer que el demandante se encontraba en similares condiciones laborales frente a otro de sus compañeros de trabajo, para poder acceder a la nivelación salarial pretendida y a las demás pretensiones que se derivan de la misma.
>
> Lo anterior, porque el señor Llamas Walker no probó un trabajo en idénticas condiciones en cuanto a funciones desarrolladas, eficiencia, rendimiento y jornada laboral, con la señora Miryam Elsie Suárez Corrales, con quien buscaba se hiciera el cotejo, en tanto que se limitó a afirmar de manera genérica, que era su par, en iguales circunstancias; sin embargo, de ella solo se logra establecer, que a partir del 1º de junio de 2008, al igual que el actor, ocuparía el cargo de Profesional II, según se demuestra con la comunicación que obra a folio 54 del cuaderno principal; no obstante, no se acreditó identidad de funciones en los términos antes descritos, para poder dar aplicación a la figura prevista en el artículo 143 del CST.
>
> Dicha carga probatoria, sin duda alguna estaba en cabeza del recurrente con el fin de demostrar su dicho, de cara a la igualdad de condiciones laborales que alegaba, resultando pertinente traer a colación lo sostenido por esta Sala en Sentencia CSJ SL14349-2017, que sobre este puntal aspecto sostuvo:
>
> [...]
>
> Es claro que, si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante

comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

Así pues, no observa la Sala la interpretación errónea que le es achacada al tribunal. Es más, en el sublite, la igualdad salarial no fue pretendida propiamente con base en un escalafón; conforme a la situación fáctica establecida por el tribunal, «…el mismo accionante reconoce en la apelación de la providencia primigenia, que los coordinadores que laboran en la entidad de demandada tienen diferentes salarios, de conformidad con el racimo de funciones específicas, calidades e instrucción, según lo cual -dice el accionante- se maneja una escala remuneratoria, dentro de la cual no fue incluido. Sin embargo, no existe prueba en el plenario [afirmó el juzgador de alzada] que evidencie que efectivamente el actor se encuentre por fuera del rango de remuneración, es decir; no existen elementos de juicio que permitan efectuar una comparación objetiva respecto de los otros coordinadores. En consecuencia, al no existir fundamentos de orden fáctico y jurídico que hagan factible modificar la decisión apelada, esa se mantendrá»

Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575».

Bajo este horizonte, fuerza concluir entonces que no se avizoran los yerros enrostrados al juzgador de alzada, siendo lo anterior suficiente para que los cargos no prosperen.

En virtud de los argumentos expuestos, considera esta Corporación pertinente revocar lo atinente a este punto de la sentencia, ya que de acuerdo a los anteriores

lineamientos jurisprudenciales, no se dan los supuestos requeridos por el demandante, para acceder a la protección del derecho pretendido.

BONO EXTRALEGAL

Los artículos 127 y 128 del C.S.T., definen qué sumas pueden ser percibidas por el trabajador como salario y cuáles no. El primero, precisa que salario es no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, por trabajo suplementario, en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones. Por el contrario, no constituye salario, las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes solidarios, y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, ni las prestaciones sociales comunes ni especiales. Tampoco serán elementos constitutivos de salario, los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes así lo hayan dispuesto expresamente, tales como alimentación, habitación o vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Al respecto, la H. Sala Laboral de la CSJ, ha señalado en las sentencias radicadas con los números 84485 del 14 de octubre de 2020 (SL4342-2020) y 68303 del 14 de noviembre de 2018 (SL5159 de 2018), estimó lo siguiente:

> "Según los lineamientos del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», de tal suerte que, en virtud del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, tendrá carácter remuneratorio todo aquello que el empleador paga al trabajador en retribución de los servicios prestados, independientemente de la denominación que contractualmente se le dé.
>
> Aun cuando el legislador confiere a los interlocutores de la relación de trabajo la facultad de celebrar pactos de exclusión salarial, la autonomía de la voluntad no es ilimitada ni puede ejercerse arbitrariamente, pues de acuerdo con el postulado de primacía de la realidad, todo pago retributivo de la labor, constituye salario con

independencia de la estipulación contractual que se pacte o la denominación que se le dé.

Al respecto, en sentencia CSJ SL5159-2018 la Sala puntualizó:

> El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».
> La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).
>
> Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.
>
> Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.
>
> Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

De acuerdo al estudio desplegado en sede extraordinaria se concluye que la prima extralegal acá denominada «PNO CONST. SAL» constituye salario ante la ausencia

de pacto expreso, sumado a la imposibilidad de establecer su finalidad, de modo que debe seguirse la regla general que pregona que todo cuanto recibe el trabajador está destinado a retribuir sus servicios personales.

Aquí, conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida, carga que acá no se verificó (CSJ SL5159-2018 y CSJ SL12220-2017)."

A juicio de la aludida Corporación, no obstante dicha facultad, la cláusula de exclusión salarial no debe ser admitida inexorablemente, por el sólo hecho de su existencia, pues esa facultad de las partes no es absoluta y no puede interpretarse de tal forma que implique el total arbitrio de las partes para negarle la condición de salario a retribuciones que por ley la tienen, sino que por el contrario debe establecerse si efectivamente la cláusula de exclusión salarial cumple o no los requerimientos establecidos en los artículos 127 y 128 del C.S.T. para determinar si efectivamente los conceptos allí enlistados constituyen salario (Ver entre otras, la sentencia CSJ SL1798-2018 de 16 de may. 2018, rad. 63988).

Descendiendo al caso que nos ocupa y como ya se refirió en el problema jurídico planteado con anterioridad, la sinopsis del caso se circunscribe a establecer si el denominado «EXTRA BONO», es constitutivo de salario. Al respecto, se observa que a folios 30-31 del expediente digital: DEMANDA 2020-297 ORDINARIO, yace contrato de trabajo suscrito entre las partes, donde la cláusula quinta establece lo siguiente:

CLAUSULA QUINTA.- Pagos No Constitutivos de Salario: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, EL EMPLEADOR con el propósito de facilitar la labor del TRABAJADOR podrá reconocer pagos no constitutivos de salario como las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco constituirán salario los beneficios o auxilios habituales u

> ocasionales acordados convencional o contractualmente otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones de servicios o de navidad.

Con base en lo expuesto, es claro que la aquí demandada ha tratado de desvirtuar la connotación de salario que pudiese llegar a tener el «EXTRA BONO», argumentando que su destinación específica era como colaboración a sus trabajadores, como quiera que las instalaciones eran en un lugar retirado y en muchas ocasiones por las extensas jornadas laborales, debían pedir taxis y domicilios de comida, sin que ello quiera decir que tal disposición deba ser avalada como tal al presente asunto sin una previa ponderación probatoria que así lo determine, según lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias reseñadas en antelación.

Para el efecto y de conformidad con las reglas de la sana critica en los términos y con el alcance previsto en el artículo 61 del CPL, de las documentales que reposan dentro del plenario, más exactamente las allegadas por ambas partes y que refieren a los desprendibles de nómina, se evidencia que a la demandante en el transcurso de la relación laboral, la cual fue por el periodo comprendido entre el 18 de junio de 2018 hasta el 28 de mayo de 2020, se le mantuvo pagos constantes denominados EXTRA BONO.

Es así que del interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada Señora NANCY QUIROGA ROJAS, ésta manifestó que ese auxilio era dado por la empresa como ayuda para el transporte y la alimentación, como quiera que la zona de la empresa es lejana y los trabajadores debían pedir domicilios, y que la empresa siempre confió en que los trabajadores destinarían ese auxilio para las necesidades específicas que se buscaba suplir. Por su parte, de las testimoniales escuchadas, se extrae que este bono era pagado con regularidad, que no tenía una destinación específica, y que era dado en exclusividad a los ingenieros Back Office.

En conclusión, encuentra esta Corporación que la decisión adoptada por el Juez A quo, en lo atinente al EXTRA BONO, habrá de ser confirmada. Lo anterior, como quiera que se logra evidenciar que los pagos eran emolumentos que retribuían de manera directa la actividad laboral, y al no mediar pacto de exclusión salarial conforme lo ordena la norma y le da alcance la jurisprudencia citada, esto es de manera expresa y sin asomo de duda respecto de la destinación específica de estos, serán considerados salario.

Ahora bien, teniendo en cuenta que será revocada la decisión de primera instancia, en lo atinente a la nivelación salarial, y se mantendrá referente al factor salarial por el EXTRA BONO, considera esta Corporación, se hace necesario reliquidar las prestaciones determinadas por la primera instancia, pues si bien no son motivo de apelación, al revocar dicha nivelación, es lógico que los valores cambiarán. Para esto, se tiene que será tomado el salario de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4.000.000), que lo componen TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000) de salario básico, y UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000) de EXTRA BONO, como factor salarial, lo cual arroja los siguientes valores:

- Por prima de servicios: UN MILLÓN NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1.986.642,44).
- Por cesantías: Esta suma no será modificada, como quiera que al reliquidarla arrojó un mayor valor, y al tratarse de un único apelante, y en virtud del principio de No Reformatio in Pejus, su situación no podría hacerse más gravosa.
- Por intereses a las cesantías: TRECE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($13.397,33).
- Por vacaciones: UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON VEINTIDÓS CENTAVOS ($1.558.976,22).
- Por indemnización por despido sin justa causa: TREINTA MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS ($30.666.660).
- Indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST equivalente a la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS DIARIOS ($133.333), hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

Respecto del valor condenado por nivelación salarial, esta Sala de Decisión elimina ese ítem, de acuerdo a lo manifestado en precedencia. Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Así se decidirá.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal tercero de la sentencia objeto de estudio, para en su lugar ABSOLVER a la demandada ZTE COLOMBIA S.A.S., de la pretensión referente a la nivelación salarial del señor RAFAEL ACOSTA CARVAJAL respecto del señor ELKIN YESID LÓPEZ RUBIANO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Se CONFIRMA el ordinal en todo lo demás.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia recurrida, en el sentido de CONDENAR a la demandada ZTE COLOMBIA S.A.S., a pagar al demandante RAFAEL ACOSTA CARVAJAL, las siguientes sumas:

- Se elimina el ítem referente el valor de condena en primera instancia por nivelación salarial, de conformidad con el ordinal primero de esta sentencia.
- Por reliquidación de prima de servicios: UN MILLÓN NOVECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON CUARENTA Y CUATRO CENTAVOS ($1.986.642,44).
- Por reliquidación de cesantías: Permanece incólume.
- Por reliquidación de intereses a las cesantías: TRECE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS ($13.397,33).
- Por reliquidación de vacaciones: UN MILLÓN QUINIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON VEINTIDÓS CENTAVOS ($1.558.976,22).
- Por indemnización por despido sin justa causa: TREINTA MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA PESOS ($30.666.660).

TERCERO: MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de CONDENAR a la demandada ZTE COLOMBIA S.A.S., a pagar al demandante RAFAEL ACOSTA CARVAJAL, la suma de CIENTO TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS DIARIOS ($133.333), hasta por 24 meses, y a partir del mes 25, deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa

máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de acuerdo con las consideraciones expuestas en precedencia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

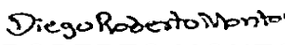
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA ALICIA DORADO PEREZ contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA. Rad. 110013105-015-2019-00617-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero del 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARIA ALICIA DORADO PEREZ pretende se declare que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es el ente obligado al pago de la obligaciones laborales que pesan sobre el extinto Ferrocarriles Nacionales de Colombia y se declare que tiene el derecho a la sustitución pensional a su favor, por haber sido la compañera permanente del señor Manuel José Reyes; en consecuencia, se condene al demandado al reconocimiento y pago a su favor de la sustitución pensional causada y disfrutada por el fallecido a

partir del 29 de junio de 1972, junto con las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de cada año, con los respectivos reajustes anuales pertinentes; igualmente, se le condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, lo ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relató que el señor Manuel José Reyes, ostentó a la fecha de su fallecimiento, el carácter de pensionado de la hoy extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia; el señor Manuel José se retiró de la empresa por haber obtenido el tiempo para el disfrute de su pensión de jubilación; sin embargo, falleció el 29 de junio de 1972; expuso haber sido la compañera permanente del señor Manuel José Reyes, fruto de tal unión nació Martha Cecilia Reyes Dorado, debidamente reconocida por el causante y quien actualmente es mayor de edad y plenamente capaz. Señaló que esta convivencia se dio de manera ininterrumpida y en unión libre desde el año 1960 y hasta la fecha de su fallecimiento, el 29 de junio de 1972, tiempo durante el cual compartieron techo, lecho y mesa, junto con su hija dependieron económicamente del occiso. En cuanto al salario que se tuvo en cuenta para la liquidación de las cesantías para el 17 de febrero de 1973, fue por un valor de $1.822.44 y para el 25 de enero de 1973, fue por $2.528.09. Al momento del fallecimiento del señor Manuel José Reyes disfrutaba de la pensión de jubilación y a partir de su fallecimiento no ha hecho vida marital ni ha contraído nupcias con nadie, por lo que efectuó ante la demandada la correspondiente reclamación administrativa, sin lograr ningún resultado a su favor (Fls. 2 a 11).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones argumentando que, al señor Manuel José Reyes se le reconoció la pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución del 17 de diciembre de 1970, por haber reunido los requisitos de tiempo y con ocasión de su muerte, el 29 de junio de 1972 se le reconoció y ordenó pagar mediante Resolución del 14 de diciembre de 1977, sustitución pensional a favor de la menor, Martha Cecilia Reyes Dorado, hasta cuando cumpliera la mayoría de edad, en su condición de hija reconocida por el causante. Aunado a lo anterior, indicó que la Ley vigente para la fecha del fallecimiento del causante fue la Ley 33 de 1973, la cual versó sobre la posibilidad que tenía la cónyuge supérstite para reclamar la respectiva pensión en forma vitalicia en

concurrencia con los hijos menores del causante incapacitados o que dependieren económicamente del occiso, con su respectiva condición y si bien esta norma fue modificada con posterioridad, no lo fue al momento del fallecimiento del occiso. Por lo anterior, explicó que las normas promulgadas con posterioridad, no tuvieron efecto retroactivo y por tanto no fueron aplicadas al caso en controversia; por ende, el presunto derecho reclamado no alcanzó a causarse, pues fue clara al establecer que la sustitución le correspondió a la hija del causante y no a su compañera permanente. Formuló excepciones de fondo, las de «prescripción», «cobro de lo debido e inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepciones genéricas».

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 23 de febrero del 2021, declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago a su favor como compañera permanente del causante, de la pensión de sobrevivientes a partir del 29 de junio de 1972, en un valor correspondiente al 50% del valor correspondido a su hija, Martha Cecilia Reyes Dorado y la cual acrecerá al 100%, una vez cesó el reconocimiento a la señora Martha Cecilia Reyes Dorado por haber cumplido la mayoría de edad. Por otro lado, declaró prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 16 de septiembre de 2016, momento efectivo en que se causarán las mesadas pensionales de la demandante, en 14 mesadas anuales y que se le harán los incrementos que ha dispuesto el Gobierno Nacional a este valor año a año hasta que incursione en nómina el valor que corresponda, ordenó a pagar el correspondiente retroactivo debidamente indexado desde la fecha causada y hasta el momento en que se efectúe el pago.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que, ante el fallecimiento del causante, se reconoció como beneficiaria a la señorita Martha Cecilia Reyes Dorado, por lo que se el demandado le reconoció la pensión de sobrevivientes por un periodo inicial de 05 años mediante; no obstante, mediante Resolución del año 1977, se le amplió el periodo hasta que cumpliera la mayoría de edad, cumplido este término se le dejó de cancelar la prestación. Advirtió que la norma aplicable al reconocimiento de una prestación pensional, es la vigente al momento el deceso que contrario a lo expuesto por la parte demandada que se debía aplicar la Ley 33 de 1973, pues el causante falleció el 29 de junio 1972 ni tampoco la norma señalada por la actora. En tal medida, indicó que la norma aplicable era el artículo 12 de la Ley 171/1961, la cual fue modificada por la Ley 5º de 1961; normatividad que contemplaba como

beneficiarios a los cónyuges o hijos del pensionado y en el presente caso, la demandante no ostentó la calidad de cónyuge sino de compañera permanente. En tal sentido, por lo que el a quo entró a analizar la aplicabilidad de la norma al caso, precisó que tal norma resultaba discriminatoria, conforme a lo dicho por las altas Cortes, indicando además, estos criterios de distinción y status entre las parejas que contraen matrimonio o las que se unen en unión marital de hecho, corresponden a patrones sociales, contrario a lo que establece la Constitución Política respecto de la igualdad de trato a quienes se unen por vínculos jurídicos o naturales. Conforme a lo anterior, encontró que debía aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la norma vigente al momento del fallecimiento del causante, en tanto dio un tratamiento diferencial frente a la cónyuge y a la compañera permanente; por ende, halló viable entrar al estudio del requisito de convivencia y dependencia económica, el cual encontró probado con las declaraciones extrajuicio arrimadas al proceso y por ello halló viable acceder a la prestación por sobrevivencia reclamada.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, sostuvo que la demandante en el 2002 y habiendo cesado el pago de la prestación a favor de su hija, reclamó por primera vez, por lo que debió en el término de 03 años interponer reclamación ante la demandada, no obstante, interpuso otra reclamación administrativa, lo cual no era viable; por lo tanto, acogió como tal la fecha de presentación de la demanda en el 2019, declarando prescritas parcialmente las mesadas pensionales causadas con anterioridad del 16 de septiembre de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la demandante apeló parcialmente la decisión argumentando no estar de acuerdo con la fecha que tuvo en cuenta el Despacho para la prescripción de los beneficios reclamados y reconocidos a partir de septiembre del 2016; lo anterior, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 16 de julio de 2018, por lo que el pago debería hacerse a partir del 16 de julio del 2015 y no desde la fecha de la presentación de la demanda con 03 años trascurridos hacia atrás.

Por su parte la apoderada judicial de la demandada interpuso recurso de apelación, ya que consideró que la Ley fue clara al establecer que la sustitución pensional la recibirá la cónyuge y pese al análisis constitucional que el Despacho consideró, dejó en manos del Tribunal si adopta el criterio adoptado por el juzgador de primera instancia o si por el contrario opta por un análisis diferente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión, la parte actora solicitó que se confirme la decisión; la accionada por su parte, que se le absuelva de las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión, determinar si a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que el fallecimiento del causante fue anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Pues bien, no es motivo de controversia en esta instancia que el deceso del señor MANUEL JOSÉ REYES acaeció el 29 de junio de 1972 (folio 12), quien en vida disfrutaba de una pensión mensual vitalicia de jubilación concedida por parte de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a través de la Resolución No. 1799 del 17 de diciembre de 1970 (fl. 13); entidad que, una vez acaecida la muerte del pensionado, le reconoció y ordenó pagar la transmisibilidad de las mesadas pensionales a la menor MARTHA CECILIA REYES DORADO hasta por 5 años, en los términos del Decreto 434 de 1971, posteriormente, le fue reconocida y pagada de hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, en los términos de la ley 33 de 1973, tal como se desprende de la Resolución 2714 del 14 de diciembre de 1977 (fl. 18).

Ahora bien, con relación a las prestaciones derivadas de la muerte del trabajador o afiliado, las normas que las regulan son las vigentes al momento del deceso y en el caso de marras estándose demostrada la fecha del deceso del señor MANUEL JOSÉ REYES y la calidad de pensionado del mismo en los términos de la Ley 53 de 1945 «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», normatividad que en su artículo 3°, disponía: «Cuando ocurra la muerte de un trabajador pensionado, su viuda, sus

padres e hijos legítimos o naturales y sus hermanos menores o inválidos, continuarán disfrutando de la pensión por dos años, contados desde el fallecimiento».

De igual modo, para la fecha del fallecimiento, también se encontraban vigentes en materia de sobrevivencia para los servidores públicos regentes para la época, las disposiciones contenidas en el Decreto-Ley 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, al igual que el Decreto 434 de 1971, que a su vez modificó en lo pertinente los dos primeros decretos. En efecto, el artículo 36 del Decreto Ley 3135 de 1968 estableció:

> «ARTÍCULO 36. Fallecido un empleado público o trabajador oficial jubilado o con derecho a pensión de jubilación, su cónyuge y sus hijos mejores de 23 años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o invalidez y que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante los cinco (5) años subsiguientes...».

El artículo 92 del Decreto 1848 de 1969 prescribía:

> ARTICULO 92. TRANSMISIÓN DE LA PENSIÓN. Cuando fallezca el pensionado por invalidez, jubilación o retiro por vejez, su cónyuge y sus hijos menores de dieciocho (18) años o incapacitados para trabajar por razón de estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del causante, tendrán derecho a percibir la respectiva pensión durante los dos (2) años subsiguientes al fallecimiento del pensionado».

Pues bien, visto lo anterior resulta claro que sólo era posible trasmitir el derecho que se reclama si el causante para la fecha de su deceso ya disfrutaba de la prestación o en su defecto, haber alcanzado el requisito de tiempo de servicios, el cual, en el caso que nos ocupa no se encuentra en discusión, ya que el occiso era pensionado por jubilación, sin embargo, tal transmisibilidad sólo era posible para quienes ostentaran la calidad de cónyuges supérstite e hijos.

En el caso de marras la demandante reclama la prestación en calidad de compañera permanente, por lo que atenidos a la literalidad de las normas vigentes para la época del insuceso, en principio, no tendría derecho a la prestación por sobrevivencia, dado que esta posibilidad vino a materializarse con la expedición de la Ley 33 de 1973, por medio de la cual se unificó la materia tanto sector público como también al sector privado, y en efecto, abrió la posibilidad de que existiera la compañera permanente, de manera excluyente ante la ausencia de cónyuge. Aspecto que se amplió de manera definitiva para la compañera permanente con la expedición de la Ley 12 de 1975, contemplando la posibilidad de gozar del derecho a la pensión de

sobreviviente siempre y cuando demostrara el cumplimiento de los requisitos que la ley exigía.

Pese a lo anterior, estima la Sala que debe apartarse de dicha normatividad y avalar la aplicación de la excepción de constitucionalidad, e inaplicar dicha disposición en tanto que sólo contempla a la cónyuge como beneficiaria, dada la clara discriminación que brota de dichas disposiciones respecto de la compañera permanente, máxime, cuando para la época existían otras disposiciones que sí permitían, aunque de manera tibia, acceder a la compañera permanente a la prestación por sobrevivencia, verbigracia la Ley 90 de 1946. Al respecto vale la pena remembrar, in extenso, lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 16 sept. 2008, rad. 33887, en los siguientes términos:

> «Desde 1946, con la expedición del primer estatuto de la seguridad social en Colombia, o Ley 90 del 26 de diciembre de ese año, la naciente legislación estructuró un concepto muy particular de la pareja marital, para efectos de sustituir al jubilado en el régimen de aseguramiento, que hubiere fallecido. Se dispuso de manera expresa en el artículo 55, al que se remitía el 62 de la misma normativa, que a la muerte del pensionado se producía la sustitución de la prestación, para lo cual se estableció una incipiente igualdad familiar, casi medio siglo antes de la Constitución de 1991. Ese nuevo criterio dio lugar a equiparar a los ascendientes, legítimos y naturales, pero, sobre todo, constituyó una ruptura con las consideraciones sociales sobre el matrimonio y la unión libre, al disponer que "a falta de viuda, será tenida como tal la mujer con quien el asegurado haya hecho vida marital durante los tres años inmediatamente anteriores a su muerte, o con quien haya tenido hijos...". Tener "como tal", llevaba a darle la connotación de "viuda", a quien no estaba casada.
>
> Se trae a colación este significativo suceso legislativo para resaltar que los derechos de las personas no casadas, han tenido en el sistema laboral y de la seguridad social una perspectiva distinta a la del derecho común o usual. Y, por ese camino, la jurisprudencia ha estado, la mayor de las veces, encaminada en esa misma dirección, abierta a la estimación de la familia como una comunidad generada en los afectos.
>
> Entonces, las reglas sobre la pensión de sobrevivientes han de examinarse con una visión similar a la de los legisladores de mitad del siglo pasado, de suerte que su inteligencia responda a su verdadera teleología, esto es, a la protección de un interés jurídico superior, como es el de brindarle apoyo a la familia, deudos del difunto, cuando por lo mismo era su soporte económico.
>
> La involución normativa de la Ley 171 de 1961 y de los decretos 3041 de 1966, 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que omitieron aquella equiparación de la Ley 90 de 1946, fue subsanada con la Ley 12 de 1975, que al menos se atrevió, de un lado, a condicionar el derecho del cónyuge supérstite (marido o mujer), y a rescatar un concepto, –al menos- para "la compañera permanente"» (Lo resaltado y las negrillas, fuera del texto original).

La Corte Constitucional, se ha pronunciado respecto a la diferencia de trato entre cónyuge y compañera permanente, precisando que el vínculo jurídico que relaciona al fallecido con el potencial beneficiario no puede ser una circunstancia relevante para establecer a quién se le debe otorgar la pensión, en la medida en que hacerlo ubicaría a « [...] las uniones de hecho en una situación de clara desventaja con respecto a las familias surgidas del matrimonio». Así lo indicó en la sentencia C-482 de 1998, para declarar la inexequibilidad parcial del artículo 55 de la Ley 90 de 1946, en tanto y en cuanto exigía que ambos compañeros permanentes conservaran el estado de soltería durante su unión para poder acceder a la prestación por sobrevivencia. Se transcribe para una mayor ilustración, lo dicho por el Alto Tribunal sostuvo al respecto:

> «Como se observa, la condición que se exige para que el conviviente que sobrevive pueda acceder a la sustitución pensional genera situaciones que lesionan en forma protuberante el principio de igualdad. El objeto de la condición, y fin de la diferenciación que ella establece, fue, de acuerdo con las concepciones de la época en que se expidió la Ley 90 de 1946, proteger de manera especial la institución matrimonial. Sin embargo, este fin ya no se ajusta a una Constitución que proclama la igualdad del tratamiento a las familias, sin importar si ellas nacen por vínculos jurídicos o naturales. De esta manera, el fin ha devenido inconstitucional, lo que significa que la diferenciación establecida en la norma demandada para poder acceder a la pensión de sobrevivencia no supera el paso preliminar del examen de proporcionalidad que se utiliza para examinar la validez de las diferenciaciones que establece el legislador» (Negrillas ajenas al texto original).

De igual modo, se destaca que, la consideración importante al momento de determinar los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es la convivencia del causante con el cónyuge o compañero permanente supérstite, acogiendo un criterio mediante el cual se designa al acreedor de la prestación basado en la convivencia material, real y efectiva; por lo que, se avizora que condicionar la configuración del derecho a la pensión a la existencia de un vínculo matrimonial implica efectuar diferenciaciones que son injustificadas, al impedir el cumplimiento de la finalidad de la sustitución pensional, e inadmisibles, desde el plano del derecho a la igualdad.

Como puede verse, la jurisprudencia ha sido uniforme en considerar que el derecho de la «compañera permanente» para adquirir el derecho a la sustitución de la pensión de jubilación debe darse en iguales condiciones a la «viuda», sin que ello implique desconocer que, en una primera fase histórica, tratándose de derechos que se configuraron hace casi cincuenta años a la luz de las normas vigentes para ese entonces, en especial el artículo 36 del Decreto Ley 3135 de 1968, expedido por el legislador acorde con la realidad social del momento, conforme a las costumbres,

creencias y estado del derecho de una sociedad donde prevalecía el formalismo del matrimonio, e indudablemente primaba un pensamiento que defendía estos estereotipos de familia con los prejuicios que ello acarreaba de cara a las uniones naturales, los que traídos a estos tiempos constituyen una clara afrenta a derechos fundamentales tales como la igualdad, pues amenazan e interfieren arbitrariamente en el ejercicio de los derechos del ser humano.

En tal sentir, el carácter dinámico y evolutivo de los mandatos normativos, «por regla se han de leer adecuándolos a un contexto transformado respecto al que tuvo en cuenta en su momento el legislador. Ciertamente, es corriente encontrar asuntos inaceptables hoy, que eran admisibles en épocas pasadas[1]», como en lo que aquí concierne al trato que se le dispensaba a la cónyuge por encima de la compañera permanente, respecto del derecho que podría asistirle por razón del pensionado fallecido o del trabajador que feneciere estando en camino de adquirir la pensión de jubilación, bajo la égida de la aludida disposición.

En buena hora, se ha avanzado, aunque de forma paulatina, tanto en el ámbito legislativo como a través del activismo judicial, hacia una sociedad igualitaria, en procura de una verdadera paridad de derechos, en aras de contribuir a un verdadera comunidad global e incluyente, respetuosa de los instrumentos internacionales y de la protección de las prerrogativas fundamentales. De hecho, en estas últimas décadas y según se desprende de las ponencias ante el Congreso de la República del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 113 de 1985 «por la cual se adiciona la Ley 12 de 1975 y se dictan otras disposiciones», lo que procuró esta última fue corregir la discriminación de la compañera permanente frente a la viuda, que generó la Ley 33 de 1973.

Bajo esa óptica, no resulta admisible la disparidad de trato entre la cónyuge y la compañera permanente, aún para la época en que acaeció el fallecimiento, cuando lo verdaderamente importante son los lazos de la pareja, especialmente de quien pretende acceder a la prestación, en aras de mantener sus mínimas condiciones de vida ante la ausencia del pensionado o trabajador, que es la circunstancia que genera, precisamente, esa carencia de ayuda material y aún emocional y espiritual que produce la pérdida del ser querido con el que se convivía, independiente del ropaje sacramental o formal de la relación conyugal.

[1] Sala de Casación Laboral CSJ SL672-2021.

En ese orden de ideas, se ha propendido incluso con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, por una comprensión amplia sin distingo entre cónyuges y compañeras permanentes, sin diferenciaciones arbitrarias e injustificadas. A la par en estas situaciones debe darse espacio a la equidad, como bien lo mencionó la Corte Constitucional en la sentencia C-284 de 2015, la equidad, en tanto principio general del derecho, y criterio auxiliar en la resolución de los conflictos, debe ser aplicada en materia judicial «[…] "en los espacios dejados por el legislador" al paso que "su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto" […]».

En este sentido, el operador judicial está llamado a tener en cuenta el citado principio, en la medida en que aquel también gobierna su actividad. Sobre el particular, resulta igualmente válido, traer a colación lo enseñado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-1547 de 2000, en la que consideró:

> «[…] El juez est*á* llamado a afinar la aplicación de la norma legal a la situación bajo examen, con el objeto de lograr que el espíritu de la ley, que el propósito del legislador, no se desvirtúe en el momento de la aplicación, por causa de las particularidades propias de cada caso. Lo anterior no implica que el juez desatienda la norma legal, se aparte de la voluntad del legislador, sino que la module al caso concreto, evitando inequidades manifiestas o despropósitos, resultados que en todo caso también habría impedido el legislador si los hubiera podido prever».

Lo anterior, que también fue citado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL-671 de 2021, añadiendo que en situaciones como las que nos ocupa, resulta igualmente aplicable lo estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política, que como bien se explicó allí, si bien no se encontraba vigente para la época de los hechos sirve de marco referente, según el cual constituye principio mínimo del trabajo la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, trayendo a colación igualmente, lo definido por la Corte Constitucional, entre muchas otras, en la sentencia SU-241 de 2015, donde a este respecto señaló:

> «La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador».

En ese orden, añadió el Alto Tribunal, que «la favorabilidad debe ser guía de interpretación y entendimiento de las normas laborales y, en caso de duda, la única opción hermenéutica posible es aquella que favorezca al trabajador».

En suma, para la Sala, desde una perspectiva social y constitucional, no resulta admisible concebir que la pensión consagrada en el artículo 36 del Decreto Ley 3135 de 1968, únicamente fue estatuida para la cónyuge, pues resulta regresiva de cara a la evolución que ya presentaba el sistema de protección al núcleo familiar vigente para la época, máxime cuando ya se encontraba vigente Ley 90 de 1946, que también contemplaba la prestación por sobrevivencia, incluyendo a la compañera permanente, por lo que debe entenderse que tal disposición abarca todas las uniones de personas con unión marital de hecho, sin distinción alguna, pues lo relevante es satisfacer las exigencias fácticas mínimas requeridas por la normativa para acceder al derecho pensional.

En tales términos, considera la Corporación que es posible estudiar si la demandante en calidad de compañera permanente cumplió o no con el requisito de dependencia económica respecto del pensionado, que es lo que allí se requería para hacerse acreedora de la misma. Para tales fines, observa la Sala que la parte actora arrimó al plenario declaraciones extra proceso rendidas ante notario de los señores SERGIO ARROYO DELGADO, JOSÉ RAFAEL RIVERA MENESES y PEDRO NEL GÓMEZ LOPEZ, quienes al unísono expresaron conocer de vista trato y comunicación a la pareja y que era el finado JOSÉ MANUEL REYES quien sostenía económicamente a su compañera permanente MARÍA ALICIA DORADO PÉREZ, en cuanto a manutención, alimentación, salud, medicamentos, vivienda, vestido y otras necesidades primordiales, lo cual sabían en razón a que el obitado «fue [su] primer caporal en los Ferrocarriles hasta el día de su muerte»; declaraciones a las que se les da pleno valor probatorio en tanto y en cuanto no fue solicitado su ratificación por parte de la accionada, la cual, vale decir en todo caso, al momento de responder las distintas solicitudes de la actora, negó la prestación bajo el argumento que por ser compañera permanente no tenía derecho y que había cumplido con la obligación de concedérsela a la hija en común de la pareja. De tal modo, que a juicio de la Sala se encuentra surtido el requisito de dependencia económica y por tanto resulta procedente acceder al reconocimiento pensional, tal y como lo concluyó el a quo, esto es, por un 50% inicial de la prestación compartida con la hija de la pareja y el 100% una vez esta cumplió la mayoría de edad, que según informan las documentales ocurrió en el año de 1987, cuyas mesadas ascienden a 14 al año.

Establecido lo anterior, debe estudiarse la excepción de prescripción, frente a lo cual debe decirse que al tenor de lo establecido en los artículos 488 y 489 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, la excepción de prescripción está llamada a prosperar parcialmente como quiera que se trata de una prestación periódica, respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 16 de julio de 2015, como quiera que si bien el derecho pensional se causó el 29 de junio de 1972, se solicitó ante el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles la prestación el 16 de julio del año 2018, siendo resuelta mediante comunicación del 05 de octubre de 2018 (fls. 21 a 26) y teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 16 de septiembre de 2018 (fl. 34), siendo notificada efectivamente en los términos de que trata el artículo 94 del CGP, resulta claro que la excepción de prescripción se configura respecto de las mesadas periódicas causadas con anterioridad al 16 de julio de 2015, tal como reclamó la parte actora en la alzada y por ello se modificará la decisión en este puntual aspecto.

Finalmente, se adicionará la decisión en el sentido de autorizar a la accionada para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

Se confirmará igualmente lo relativo a la indexación de las mesadas adeudadas, pues con ello se cumple con la finalidad de paliar el efecto negativo que genera la devaluación del peso colombiano, por ello resulta procedente su condena en los términos indicados por el a quo.

En razón de lo expuesto, se modificará y adicionará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los ORDINALES PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la excepción de prescripción se configuró parcialmente respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 16 de julio de 2015, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de AUTORIZAR a la entidad accionada para que efectúe los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud que correspondan del retroactivo pensional, conforme fue definido en la presente decisión. En lo demás se confirma.

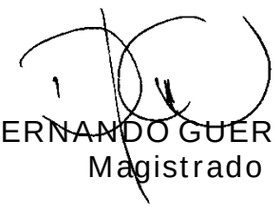
TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de ARMANDO PEREA GARCÌA contra FONDO DE EMPLEADOS SUBOFICIALES Y NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL. Rad. 110013105-033-2017-00732-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el recurso de apelación formulado por el demandante respecto de la sentencia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor ARMANDO PEREA GARCÍA presentó demanda ordinaria contra FONDO DE EMPLEADOS SUBOFICIALES Y NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, el cual terminó por causas injustas imputables al empleador; en consecuencia, se condene a la indemnización por despido ilegal e injusto. Finalmente se condene al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que se vinculó al Fondo de Empleados de la Policía Nacional el 18 de julio de 2011, bajo un contrato a término definido entre el 18 de julio de 2011 y el 18 de octubre de 2016; que fue contratado para desempeñar la función de gerente, cumpliendo un horario estricto de 7:00am a 12:00pm y de 1:00pm a 6:00pm, de lunes a sábado; labor ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones de su empleador y recibió un salario de $3.311.920. Que en diligencia de citación a descargos ordenada por el presidente

de la Junta Directiva de FESNEPONAL, llevada a cabo el 18 de febrero de 2016, le solicitaron exponer los motivos o circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que fueron puestos en conocimiento por la contadora de la entidad, señora Martha Patricia Silva Lamprea el 04 de febrero de 2016; también, el informe presentado por el señor Oliver Riaño Mendivelso, quien funge como revisor fiscal de FESNEPONAL, ante la junta directiva de la entidad. Informe que indicaba que su cuenta de ahorros voluntarios fue adulterada contablemente por el usuario PAOLALILI, esta alteración consistió en un incremento de dineros con relación al realmente descontado de la nómina a partir de mayo de 2014, tal como lo demostró el reporte tributario y de notas de ajustes hechas por el usuario antes mencionado y utilizó como contrapartida el usuario que correspondía a la señora Paola Liliana Bojaca, jefe del departamento de ahorro y crédito de FESNEPONAL. Las sumas que fueron cargadas a su cuenta, según la contadora y el revisor fiscal, fueron retiradas en los cajeros de los bancos con tarjeta débito, lo mismo que en compras con establecimientos de comercio; así mismo, en algunos registros contables de los retiros se utilizó el nombre de otros procedimientos y/o maniobras que dificultaron visualizar oportunamente la actuación de la jefe del departamento de ahorro y crédito. Igualmente, se probó que el mayor valor retirado con respecto a los ahorros voluntarios realmente aportados a la cuenta del gerente, fue por una suma de $7.390.867. En razón a lo anterior, la junta directiva decidió terminarle el contrato laboral que desempeñó como gerente de la entidad, pese que en los descargos no se le probó que tuviera algún tipo de responsabilidad directa en los hechos cometidos por la funcionaria Paola Liliana Bojaca, quien fungía como jefe de la cartera de crédito y ahorro de la entidad; por lo que fue despedido injusta e ilegalmente por parte de la junta directiva al gerente de la entidad. Adicionalmente, a la fecha la entidad no le ha cancelado la indemnización correspondiente, por haber dado terminada la relación laboral de manera injusta e ilegal (fls.2 a 9).

CONTESTACION DE DEMANDA

El demandado FONDO DE EMPLEADOS SUBOFICIALES Y NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICIA NACIONAL contestó la demanda con oposición de las pretensiones, para ello argumentó que la terminación del contrato con el demandante se hizo de conformidad con las causales de terminación de la relación laboral, conforme a los Estatutos y reglamentos del Fondo demandado y al mismo contrato firmado entre las partes; dichas causales de terminación surgieron a partir del momento en el cual el gerente del Fondo, quien ejercía el cargo de dirección, manejo y confianza, dejó de cumplir las instrucciones del empleador como eran ejercer el seguimiento, vigilancia y control de los procesos asignados a la jefe de la

sección de ahorro y crédito de FESNEPONAL, quien tenía el usuario asignado de «PAOLALILI», desde el cual se podían hacer los cargos a los asociados de los ahorros voluntarios autorizados por estos, lo que derivó por parte de esta trabajadora una serie de irregularidades que causaron un detrimento patrimonial para el Fondo. Dentro de las acciones que realizó la señora Paola, fue la del incremento injustificado de ahorros a la cuenta del demandante, sin justificación ni soporte alguno, para posteriormente hacer los retiros del excedente con la tarjeta asignada al actor, situaciones que fueron detectadas por la contadora y el revisor fiscal, quienes de manera inmediata lo pusieron de conocimiento ante la Junta directiva; motivo por el cual, se inició una investigación administrativa en contra del accionante y citándolo a diligencia de descargos, con el respeto de sus derechos; como conclusión, la Junta directiva resolvió terminar la relación laboral con el actor, debido a que se probó su modo comportamental culposo en la modalidad de negligencia grave, pues por su dejar de hacer, causó un detrimento patrimonial para el Fondo, el cual se logró recuperar debido a la conciliación que se adelantó dentro de la acción penal con la señora Paola. Por las razones expuestas, precisó, se debe exonerar a esta entidad de cualquier declaración y condena en su contra. Propuso como excepciones «de la falta de causa para pedir indemnización por despido ilegal e injusto» y «temeridad y mala fe del demandante» (fls.156 a 169).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 18 de marzo de 2021, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de falta de causa para pedir la indemnización por despido ilegal e injusto y condenó en costas a la demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador y sin justa causa, no constituye una sanción por regla general, razón por la cual el empleador no está obligado a seguir un proceso disciplinario a menos que se haya estipulado lo contrario. Dentro del caso bajo estudio indicó que dentro de la función como gerente por parte del actor, estaba la de elaborar y supervisar diariamente el estado de cajas y bancos y dirigir la contabilidad del Fondo; no obstante, la contadora del ente encontró unas irregularidades en la contabilidad de las cuentas de los afiliados, las cuales se fundaron en unas consignaciones dinerarias a la cuenta de ahorro individual del accionante y luego fueron retiradas, igual que unas compras en lugares comerciales, maniobras que realizó la señora Paola Bojacá que no se hicieron visibles a simple vista. En cuanto al descubrimiento de las maniobras

ilegales que realizó la señora Paola Bojacá, indicó que la junta directiva del Fondo tomó la decisión de dar por terminado el contrato laboral con el señor Armando, por lo que mencionó, que si bien el despido del trabajador no es causal de indemnización, si hay una garantía y es que es deber del empleador propender por escuchar al trabajador en función de la protección de sus derechos a la honra y al buena nombre; no obstante, ello no implica el deber de someterse al agotamiento de un proceso amplio con argumento al debido proceso, ya que si bien el trabajador tiene derecho a replicar la causa que se le imputa, tal circunstancia no equivale a llevar a cabo un proceso reglado por las etapas de pruebas, definición ni alegatos respecto de la causal alegada, tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia. Manifestó que conforme al acervo probatorio y dado el cargo directivo desempeñado por el accionante, le correspondía actuar en representación del Fondo demandado y ello implicaba actuar de manera efectiva y diligente en el cumplimiento de las funciones establecidas en el Estatuto del Fondo, que tuvo vigencia anterior al vínculo laboral entre las partes; por lo que infirió el a quo, era del conocimiento del actor las responsabilidades que se le asignaron para el desempeño de su labor, como lo fue la supervisión del estado de caja y los bancos, razón por la cual se le asignó un súper usuario para que pudiera estar al tanto de todos los movimientos efectuados, de tal manera que alegar que no tenía manejo de los movimientos contables de los fondos de los afiliados y asociados que se reflejaron en su cuenta asignada de manera personal e intransferible, pero que le encomendó esta función a su funcionaria y al perder la tarjeta no reportó la denuncia como perdida, son situaciones que se equiparan a la violación de sus funciones establecidas en dicho Estatuto, además de la obligación que le impone el CST, en la medida en que debió anunciar oportunamente al empleador las acciones que podían causar daños y perjuicios; por el contrario, fue el revisor y la contadora quienes avisaron de las situaciones que causaron un daño al demandado. Por ende, el juzgador indicó que la posición que ostentaba el actor de gerente, le implicaban el cumplimiento de unas responsabilidades, tal como cuidar del patrimonio del Fondo, incluso como si fuera su propio patrimonio, de tal manera que el haber endilgado responsabilidades como el manejo de sus cables que tenía bajo su propio cuidado a terceros implicó un incumplimiento de las funciones que venía desempeñando. Por otro lado, precisó que al juzgador no le corresponde determinar o no la gravedad del despido, pues ello corresponde a las partes al momento de elaborar el contrato, que puede ser o no grave para la determinación de determinado contrato, por su parte al juez le correspondió determinar si hubo o no justa causa y para el presente caso, se realizó un trámite disciplinario donde se le informaron los cargos que se le formularon al

demandante y fue escuchado, por lo que las causas del despido, fueron las mismas que se le informaron en la formulación de cargos en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Estando en su oportunidad procesal, el apoderado judicial de la parte DEMANDANTE interpuso recurso de apelación argumentando que, dentro de los alegatos de conclusión solicitó al Despacho efectuar un control de legalidad frente al debido proceso, en el entendido que las personas que iniciaron un proceso de investigación no podían ser testigos dentro del proceso laboral y solicitó su tacha en los alegatos de conclusión, como lo fue el señor Ever Alberto Tocora Sánchez y Antonio Hincapié. De otro lado, estimó que sí hubo un despido sin justa causa toda vez que, dentro del acervo probatorio se aclaró que el actor no tuvo parte sobre los hechos cometidos por la señora Paola Bojacá; además, debió revisarse la validez de las declaraciones surtidas por la señora Sandra Cubides y la señora Luz Marina Contreras quienes son solo testigos de oídas y al respecto la Corte Constitucional ha señalado que estas personas deben tener conocimiento directo de los hechos. Asimismo, indicó respecto al informe que pasó la contadora y el revisor fiscal, considera que por la discrecionalidad que ellos emplearon, no están conforme al ordenamiento y al Estatuto del Fondo, en el entendido que debieron dar aviso al gerente para que adelantara la investigación y si este no la adelanta debió declararse impedido, empero, nunca le dieron esa oportunidad; adicionalmente, nunca se probó que entre el actor y la señora Paola haya existido una relación sentimental, precisando la entidad nunca demostró responsabilidad directa del demandante y nunca violó el artículo 77 del Estatuto y que si hubo irregularidades de su parte, debieron denunciarlo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la finalización del vínculo laboral ejecutado entre las partes, obedeció a las justas causas alegadas por el empleador.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo que tuvo como extremos el periodo comprendido entre el 18 de julio de 2011 y el 15 de febrero de 2016 según se desprende de la copia del contrato de trabajo (fls. 18 a 23, 170 a 175), como del otrosí (fls. 25 a 27 y 176 a 178), y de la comunicación de terminación del vínculo laboral (fls. 56 a 70), lo cual da cuenta que el actor desempeñó el cargo de Gerente de Fedesponal, bajo la modalidad de contratación a término fijo, aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna.

La jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016 rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiendo que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, considera la sala que la parte actora acredita la ruptura del vínculo laboral con la carta por medio de la cual la parte demandada da por terminado el contrato de trabajo el día 15 de febrero de 2016, situación que a su turno es aceptado por la pasiva.

Ahora bien, al estar demostrado el hecho del despido por la parte actora, se debe establecer si la sociedad demandada dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, para ello debemos remitirnos a la aludida carta de despido, el cual, en su contenido se especificó que la terminación se daba por lo siguiente:

> «1.1. A través de misiva calendada el 30 de enero de 2016, signada por la señora MARTHA PATRICIA SILVA LAMPREA, quien funge en el cargo de Contadora de nuestra organización solidaria, dio cuenta de la novedad presentada con un mayor valor abonado a la cuenta de ahorro voluntario del señor ARMANDO PEREA GARCIA, retirado con la tarjeta débito No. 4239493403000047, la cual se encuentra a su nombre.
>
> 1.2. Como complemento de lo anteriormente expuesto, hace saber que de la revisión efectuada evidenció el retiro de valores que debían ser cargados a la cédula No. 11.791.668. pero según ella, fueron cargados a otros terceros lo cual incidió a que el valor subiera al presentado inicialmente a un valor de $8.360.966 indicando que de éste se descontó lo efectivamente por Ahorro Voluntario un total de $2.080.000, con una diferencia mayor valor abonado $6.280.966.
>
> 1.3. En el informe de retiro efectuado con la tarjeta débito No. 4239493403000047, la aludida Contadora hace saber que data del 31 de mayo de 2014 hasta el 20 de junio de 2015. lapso en el que deja entrever se llevaron a cabo cincuenta y ocho (58) retiros que fueron efectuados algunos de manera directa en caja efectivo y afectando las cuentas de ahorros voluntarios de varios asociados.

1.4. La información dilucidada en los ítems precedentes se corrobora con las siguientes documentales, las cuales en su oportunidad le fueron entregadas a usted:

1.4.1. Auxiliar Tributario de la Cuenta de la cédula 11.791.668, del Señor ARMANDO PEREA GARCIA, desde su inicio con saldos iniciales y soportes como son Notas Contables (NJ) y soportes de descuento de nómina (DN), el plano de la Caja Sueldos de Retiro de la Policía Nacional "CASUR", hoja en Excel de la nómina y la NJ como es registrada contablemente por cada uno de los meses en que fueron afectados las transacciones.

1.4.2. Ei movimiento del Banco de la Tarjeta Debito No. 423949340300007, junto con los Extractos Bancarios, Notas contables (NJ), Registro del retiro del dinero (TD), de esto se verificó cada uno de los retiros efectuados y como se hacen los registros contables que constatan el retiro de los $8.360.966,00.

1.5. En atención a lo informado por la señora Contadora de FESNEPONAL, inherente a irregularidades en el manejo de la cuenta de ahorros voluntarios claramente dilucidadas en ítems precedentes, el señor OLIVERIO RIAÑO MENDILVELSO, quien funge en el cargo de Revisor Fiscal de nuestra organización solidaria, procedió a adelantar la respectiva auditoria, logrando establecer lo siguiente:

1.5.1. El número de cédula, valga decir el 11.791.668 como de los números de las tarjetas (4239493403000047 y 439493403000021), corresponden al señor ARMANDO PEREA GARCIA, quien es el Gerente y Representante de FESNEPONAL.

1.5.2. Determinó que la cuenta 21050502 de ahorros voluntarios del señor ARMANDO PEREA GARCIA, venía siendo adulterada contablemente por el usuario "PAOLALILI", incrementándola con relación al realmente descontado de la nómina a partir del mes de mayo de 2014, planteamiento corroborado con el reporte tributario y las notas de ajuste realizadas por el usuario en comento, quien utilizaba como contrapartida la cuenta de gastos No. 53959501.

1.5.3. Las sumas cargadas a la cuenta de ahorro voluntario del señor ARMANDO PEREA GARCIA, Gerente y Representante de FESNEPONAL, fueron retiradas en los cajeros de los bancos con la tarjeta débito 4239493403000047, lo mismo que compras en algunos establecimientos de comercio. Indica además que existen registros contables de los retiros utilizándose el nombre de otros tarjetabientes y de la misma forma cruzándola con la cuenta de gastos, procedimientos que a criterio del Revisor Fiscal, dificultaron visualizar oportunamente la actuación de la trabajadora que tenía asignado el usuario "PAOLALIL" y que arguye corresponde a la señora PAOLA LILIANA BOJACÁ JIMENEZ, quien fungía en el cargo de Jefe de Ahorro y Crédito de FESNEPONAL.

1.5.4. Todas las cuantías retiradas con la tarjeta 4239493403000047 en los cajeros de los bancos y la utilización en los establecimientos de comercio los verificó con los extractos bancarios, por lo tanto, conceptúa que lo informado por lo señora Contadora de FESNEPONAL, se ciñe a la realidad.
1.5.5. Afirma que el mayor valor retirado con respecto a los ahorros voluntarios realmente aportados de la cuenta del Gerente y Representante Legal de FESNEPONAL, con las dos (02) tarjetas arriba enunciadas, asciende a la suma de $7.390.867, quedando pendiente lo que resulte de la nota 34133 del 29 de diciembre de 2015.

1.5.6. Sobre este último aspecto, es decir, de la nota 34133, al obtener la relación de los retiros de los cajeros, suministrada por la empresa de razón "EMPACTO", estableció que los dineros fueron retirados de los cajeros con la Tarjeta Débito No. 4239493403001409, cuyo titular corresponde a la Asociada SÁNCHEZ DE HOMEZ GRACIELA, C.C. No. 20.266.151, entregada el 26 de agosto de 2015, devuelta con posterioridad el 26 de noviembre del mismo año y cancelada al día siguiente.

1.5.7. Dice el ente de control interno que entre el 27 de agosto de 2015 y el 25 de noviembre de 2015, se retiró un total de $6.530.000, explicando que para llevar a cabo dichos retiros se cargó a la cuenta de ahorros voluntarios de la asociada arriba nombrada, con notas de ajustes en forma inadecuada los valores que más adelante se relaciona y sopesados con el Auxiliar de Movimientos Tributarios:

1.5.7.1. NJ33633 del 03 de agosto de 2015 la suma de $720.000,00.
1.5.7.2. NJ33662 del 15 de agosto de 2015 la suma de $580.000,00.
1-5.7.3. DN 0463 del 30 de septiembre de 2015 la suma de $400.000,00.
1.5.7.4. DN472 del 30 de octubre de 2015 la suma de $200.000,00
1.5.8. En las notas de ajustes en mención, valga decir la 34133, dice el señor Revisor Fiscal, se cargaron a las cuentas de ahorros voluntarios de los asociados que a continuación se relacionan:
[...]
1.5.9. Todos estos valores, dice el señor Revisor Fiscal, se cargaron contra la cuenta gastos, indicando además que están registradas las comisiones por los retiros de los cajeros al punto de exponer que la Jefe de Ahorro y Crédito de FESNEPONAL, en cabeza de la señora PAOLA UL/ANA BOJACÁ JIMENEZ, generó unos documentos por créditos rotativos a los siguientes asociados:
[...]
1.5.10. Todos estos cruzados contra la cuenta 11100532, denominada "RETIROS POR CAJEROS", dineros que manifiesta fueron retirados según los extractos bancarios con la tarjeta No. 1409.

1.5.11. Fuera de lo anterior, hace saber otros movimientos estipulando que tanto los TD como los NJ, fueron realizados en el aplicativo contable por el usuario "PAOLA LILI", de manera irregular, violando toda normatividad contable, empleando procedimientos y maniobras oscuras para

confundir el control interno, enfatizada que este caso en concreto siempre utilizó como punto de referencia a la asociada SANCHEZ DE HOMEZ GRACIELA, cruzando los valores con otros asociados, haciéndolo ver como movimientos normales.

1.5.12. En referencia a esta asociada afirma el ente de control interno de FESNEPONAL, que se contactó vía telefónica con la aludida asociada, quien manifestó no tener tarjeta débito y que en ningún momento la ha utilizado porque no le gusta.
[...]

Usted aceptó unas obligaciones contractuales, estatutarias y reglamentarias, como son:

(...) Llevar a cabo la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al cargo de Gerente, de conformidad con las leyes, reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparta el EMPLEADOR, observando en su cumplimiento la diligencia y el cuidado necesario.
(...) Dirigir y supervisar la prestación de los servicios y el desarrollo de los programas, cuidando que todas las operaciones se ejecuten debida y oportunamente.

Presupuesto sobre el cual la organización solidaria cuenta con unos procesos y procedimientos dentro del ámbito de la Sección de Ahorro y Crédito y la Sección contable, a los que usted debía y estaba obligado a ejercer una vigilancia periódica en aras de que la ejecución de los procesos se llevaran a cabo de una forma debida y oportuna; es importante tener presente que estos procesos y procedimientos siempre han sido ejecutados desde el nacimiento de la organización solidaria, ya que se está ante una cadena presupuestal en la parte contable y financiera que fueron desatendidos por usted independientemente que en la actualidad se encuentren documentados, lo que derivó en un detrimento patrimonial generado si bien es cierto por una completa y contundente falta de control de cada uno a los dueños del proceso, cierto es que a cada uno de éstos usted debía realizar seguimiento, vigilancia y supervisión y al dejar de hacer aquello que le correspondía hacer, incidió a que uno de los responsables de los procesos y procedimientos desplegara por su descuido unas actuaciones no debidas que a la postre dieron lugar al resultado conocido y en el que se encuentra comprometida incluso su tarjeta débito crédito.

Dejar de hacer que dinamizó los elementos genéricos consagrados en el Código sustantivo de trabajo, especialmente en los siguientes artículos:

Artículo 55) Código Sustantivo de Trabajo.
El contrato de trabajo, como todos los contratos; deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obliga no sólo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella.

Artículo 58), numerales 1) y 5) del Código Sustantivo de Trabajo:
1. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
(...)

5. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios.

Numeral 6) artículo 62) del Código Sustantivo de Trabajo:
Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

No demostró y aportó prueba alguna que justifique razonadamente que en cada uno de los procesos y procedimientos a cargo de las dependencias bajo su cargo, se hubiese exteriorizado por parte suya un modo comportamental diligente, atento, solícito y sagaz, para identificar y adoptar medidas que permitiesen la no permeabilización de factores que colocaran en riesgo los intereses de FESNEPONAL, solo se limitó hacer ver que habían dependencias encargadas de realizarlos y que les derivaba responsabilidad, pero no se advierte algún tipo de diligencia de cuidado entorno a las mismas y he ahí esa desatención que permitió el resultado conocido.

Adicionalmente la conducta se califica como grave porque además de estar consagrada como tal, en la legislación laboral y en el contrato de trabajo, que Usted aceptó y se comprometió a cumplir, no existe prueba alguna que se ejerció coacción o vicio del consentimiento, y por ende forzoso es concluir que Usted, bajo una clara conciencia de su comportamiento, ha incumplido injustificadamente con su gestión como Gerente, desconociendo con su conducta una orden e instrucción y obligación razonable, por lo que sus consideraciones de carácter subjetivo no son una justificación clara, precisa o creíble, y deja que esta Administración no considere positivamente sus afirmaciones al respecto.
[...]
Frente al caso sub judice la negligencia grave está estructurada en el momento en que el señor Gerente y Representante de la Organización solidaria siendo consciente que cada jefe de dependencia cuenta con unos procesos y procedimientos que le determinan a los mismos un grado de responsabilidad, era su deber adelantar labores continuas y esporádicas a cada uno de éstos,

enfocados a seguimiento y vigilancia para efectos de fortalecerlos y evitar situaciones como las conocidas que generaron un daño patrimonial el cual en estos momentos asciende a la suma de $13.433.046,00».

Luego del análisis de dicha documental, la Sala observa que la falta calificada como grave se circunscribió, en síntesis, al hecho que el actor incumplió injustificadamente con su gestión como Gerente, específicamente en que no ejerció control sobre la señora PAOLA LILIANA BOJACÁ JIMENEZ, quien fungía como Jefe de la Sección Ahorro y Crédito y realizó traslados de dinero de las cuentas de ahorro voluntario de afiliados a la cuenta de ahorros voluntarios del mismo demandante, sin soporte alguno que justificara tales movimientos; así como traslados de dinero que se hacían por parte del usuario «PAOLA LILI» y usuario «ADMINISTRATIVO», asignados a la mencionada señora BOJACA JIMENEZ y al accionante respectivamente; dineros que posteriormente eran retirados por cajero automático por parte de dicha empleada, con la tarjeta del demandante en calidad de Gerente, al igual que de las tarjetas de los afiliados que no las habían reclamado, acciones que se concretaron en un detrimento patrimonial de $13.433.046,00 y que se le manifestaron como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Se extrae también del mencionado texto, que la empresa fundó su determinación, entre otros en el numeral 6º del literal a) del artículo 62 del CST, norma que establece como justa causa para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, por parte del empleador: «Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos».

De igual modo, se fundó la decisión en lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 58 del CST, relacionada con las obligaciones especiales del trabajador y los cuales disponen: «1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido»; «5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios».

Aunado a lo anterior, se sustentó el finiquito contractual en lo dispuesto en la cláusula 1ª del contrato de trabajo que a su tenor literal indica: «…EL EMPLEADOR contrata los servicios personales del TRABAJADOR para desempeñar en forma exclusiva las funciones inherentes al cargo de GERENTE del Fondo de Empleados

Suboficiales y Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional "FESNEPONAL0, así como la ejecución de las tareas ordinarias y anexas al mencionado cargo, de conformidad con las leyes, reglamentos, órdenes e instrucciones que le imparta el EMPLEADOR, observando en su cumplimiento la diligencia y el cuidado necesario»; y finalmente lo dispuesto en el artículo 75 del Acuerdo No. 005 del 28 de marzo de 2009, relacionado con las funciones del gerente, específicamente el literal ñ): «Dirigir y supervisar la prestación de los servidos y el desarrollo de los programas, cuidando que todas las operaciones se ejecuten debida y oportunamente».

Conforme a lo anterior, es claro entonces que en el caso que nos ocupa la calificación de la gravedad de la supuesta violación está sujeta a la valoración que hace el juez y en esa medida, ha de revisarse el acervo probatorio aportado al plenario.

Se aportó acta de diligencia de descargos del 15 de febrero de 2016 (fls. 43 a 55), donde el actor manifestó en síntesis: «que fui asaltado en mi buena fe, toda vez que esa tarjeta se extravío de acuerdo al oficio que entregue en la sección de ahorro y crédito a la persona encargada de hacer ese control con documento u oficio, teniendo en cuenta que registraban unos aportes de mi ahorro voluntario; con relación a los abonos o mejor mayores valores en el mismo informe y según lo que manifiestan están realizados por un usuario precisamente encargado de realizar esos ajustes de tal manera que no tengo conocimiento pleno de los ajustes, quien los realizó y en qué valor», indicó igualmente que el usuario «PAOLALILI», a través del cual se efectuaron las transacciones pertenecía a la Jefe de Sección de Ahorro y Crédito, señora PAOLA LILIANA BOJACÁ JIMÉNEZ. Respecto a su tarjeta débito, con la cual se realizaron algunas de las transacciones informó que, salvo en el año 2015, no la utilizó y había informado sobre la pérdida de la misma; y en lo que concierne a los abonos que irregularmente fueron efectuados a su cuenta entre mayo de 2014 y diciembre de 2015, mencionó que le hacían descuentos por concepto de ahorro voluntario de su nómina pero no recordaba con exactitud los valores y desconocía que le registraran mayores valores a su cuenta de ahorro voluntario puesto que no utilizaba esa cuenta, la tenía para ahorro; asimismo, explicó que no hizo los retiros que menciona la auditoría con la tarjeta debido que le había sido asignada, reiterando que nunca utilizó dicha tarjeta para hacer retiros, pese a que por otro lado indicó que «de pronto si realicé retiros de mi cuenta de ahorros voluntarios, pero estoy seguro que los realicé por caja y de pronto fue para ajustar pagos de mi crédito, no recuerdo exactamente las fechas en que lo

hice». Sobre el interrogante de qué actividades de supervisión y control se realizaron por parte de él como Gerente, para prevenir las situaciones irregulares que fueron informadas por el Revisor Fiscal del Fondo, indicó que todas sus actividades eran gerenciales, de estrategia, de observación de las estrategias de funcionamiento y de cumplimiento de las acciones, políticas y tareas de la Junta Directiva y la Asamblea; y que las actividades de control en los procesos de los usuarios a diario las debía realizar en su debido tiempo, modo y lugar la contadora y el revisor fiscal. Sobre las funciones de la señora Paola Bojacá indicó que tenía parte del manejo de las Tarjetas Débito Afinidad, que era especialmente el de la promoción, tramite de la documentación de solicitud de los asociados, para que finalmente entregara la tarjeta la Tesorería. De igual modo, se le cuestionó sobre lo indicado por el Revisor Fiscal, en el sentido que la Tarjeta que le fue supuestamente entregada a la señora GRACIELA SANCHEZ DE HOMEZ, quien a su vez había manifestado que nunca había recibido ese documento, ante lo cual respondió que no tenía conocimiento al respecto. Con relación a las funciones del gerente establecidas en el artículo 75, literal ñ) de los estatutos del fondo, explicó que es «función y misión gerencial, que cuando dice supervisar los servicios, quiere decir, la atención al cliente, desarrollo de los programas, es la innovación de las actividades para mejorar este servicio y el cuidado de ejecución debida y oportuna precisamente es la inmediatez que se le preste a cada uno de estos servicios a los asociados; la segunda referida a supervisar diariamente el estado de caja y banco, precisamente lo realizó diariamente en dos aspectos: 1) con los arqueos de caja que se realizan entre 4:30 pm a 5 pm y dos, sobre movimientos diarios de efectivos que se bajan de las cuentas bancadas que tiene la entidad observando las cantidades que disminuyen y aumentan; cuando hablamos de disminuirles de un día con relación al otro por cada una de las cuentas no quiere decir la supervisión de los movimientos de las cuentas personales de cada uno de los asociados porque se supone que pasó por un registro, de un proceso contable» (fls. 6-8).

De folios 28 y 29, 233 y 234, informe de revisoría fiscal y concepto del Revisor Fiscal de la accionada fechado 03 de febrero de 2016, donde se refiere al informe de la contadora respecto de las irregularidades en el manejo de la cuenta de ahorros voluntarios de la cédula No. 11.791.668 y de unos retiros con las tarjetas débito Nos. 4239493403000047 y 439493403000021 y se manifiesta:

> «El día lunes 01 de los corrientes y hasta el día de hoy en compañía de la señora MARTHA, se llevó a cabo una auditoria general y detallada a cada uno de los documentos aportados por ella y algunos otros que estimé conveniente analizar para tener certeza de lo informado, logrando establecer que tanto el número de cédula y los números de las tarjetas informados por ella corresponden al señor ARMANDO PEREA GARCIA, actual gerente del FONDO.

La cuenta 21050502 de ahorros voluntarios del señor PEREA, venía siendo adulterada, contablemente, por el usuario "PAOLALILI" incrementándolo con relación al realmente descontado de la nómina a partir del mes de mayo de 2014, tal como lo demuestran el reporte tributario impreso del sistema y las notas de ajuste hechas por el usuario antes mencionado, utilizando como contrapartida la cuenta de gastos No. 53959501. Esta información está compuesta por 49 folios.

De la misma forma, las sumas cargadas a la cuenta de ahorro voluntario del señor Gerente, fueron retiradas en los cajeros de los bancos con la tarjeta debito 4239493403000047, lo mismo que compras en algunos establecimientos de comercio. En algunos registros contables de los retiros se utilizó el nombre de otros tarjetabientes y de la misma forma cruzándola con la cuenta de gastos, procedimientos y/o maniobras que dificultaron visualizar oportunamente la actuación de la funcionaría.

Todas las cuantías retiradas con la tarjeta 4239493403000047 en los cajeros de los bancos y la utilización en los establecimientos de comercio fueron verificadas con los extractos bancarios, por lo tanto la información suministrada por la señora contadora es real y esta soportada con 134 folios que se utilizaron para la auditoria del 50 al 233.

También se utilizó la tarjeta debito No. 439493403000021 para hacer transacciones (retiros) en cuantía de UN MILLON CIENTO NUEVE MIL NOVECIENTOS TOS UN PESOS ($1.109.901) contabilizados en el gasto. En este caso, el señor gerente manifestó que esos movimientos se llevaron a cabo con la tarjeta que se utilizó como prueba para la emisión de las demás.

Dentro de proceso de auditoría, se encontró la nota de ajuste No. 34133 del 29 de diciembre de 2015 con un movimiento total de $4.945.243, dentro de la cual hay una relación de 19 tarjetabientes a quienes se les están cargando valores cruzados con gastos, además hay comprobantes contables por retiros, los cuales fueron corroborados con los extractos bancarios. Queda pendiente el resultado final de la auditoria, toda vez que en el momento no se tiene evidencia de los números de la tarjeta o tarjetas que se utilizaron para hacer los retiros. Una vez se tenga esta información se continua con la verificación y emitir el concepto final.

El mayor valor retirado con respeto a los ahorros voluntarios realmente aportados de la cuenta del señor gerente, con las dos tarjetas antes mencionadas, asciende a $7.390.867, quedando pendiente lo que resulte de la nota 34133 del 29 de diciembre antes mencionada.

Lo anterior en atenta solicitud de que se adelante la investigación correspondiente, teniendo en cuenta que la actuación de la funcionaría con el usuario "PAOLA LILI", que haciendo las averiguaciones, corresponde a PAOLA LILIANA BOJ ACA, Jefe del departamento de ahorro y crédito, actuó de manera premeditada en detrimento de FESNEPONAL».

Asimismo, de folios 30 a 33 y 217 a 231 se aportó comunicado e informe de manejo de tarjeta debito mayores valores retirados con tarjeta débito No. 4239493403000047, por parte de la contadora del Fondo, señora MARTHA PATRICIA SILVA LAMPREA, donde se informa a la Junta Directiva sobre registros contables:

«el abonos mayores a la cuenta de Ahorro Voluntaria cuenta contable 21050502 de la cédula 11791668 cruzándola con la cuenta de 53959501, 24959501 [y] 42950501» relacionando para tal efecto las notas de ajustes contables y se informa que «adicionalmente se encuentra del registro documento Contable NJ 34133 del 29 de diciembre de 2015 un total de 19 asociados los cuales presentan descargas por retiros incluida las comisiones por valor de $4.945.243 los cuales fueron llevados de una cuenta de Ahorros Voluntarios 21050502 y se cruzó con la cuenta contable del Gasto 53959501. Estos valores fueron ya verificados cada uno con los extractos bancarios y efectivamente las sumas de dineros fueron retirados; Se envió a Soporte de Enpacto la relación de cada uno de los afectados con los números de cédulas y nombres para que se verifique tarjeta Débito tienen asignada. Y de esta manera tener la certeza que ellos si retiraron o que se está utilizando una Tarjeta Debito que se desconoce. De igual forma se revisaron las tarjetas entregadas las cuales

aparecen firmadas por los Tarjetabientes, las tarjetas devueltas se verifico con la entrega el físico de la misma.
ANEXOS: 239 Folios
1. Auxiliar Tributario de la Cuenta de la cédula 11791668 del Dr. Armando Perea García desde su inicio con saldos iniciales y soportes como son Notas Contables (NJ) y soportes de DN (Descuentos de Nomina) el plano de CASUR, y hoja en Excel de la nómina y la NJ como es registrada contablemente por cada uno de los meses en qué fueron afectados las transacciones.

2. El movimiento del Banco de la Tarjeta Debito No. 4239493403000047, junto con los Extractos Bancarios, Notas contables (NJ), TD (registro del retiro de dinero), de estos se verifico cada uno de los retiros efectuados y como se hacen los registros contables que constatan el retiro de los $8.360.966

3. Se informa que se evidencio otra Tarjeta Debito con el No. de cédula 11791668 a nombre del Dr. Armando Perea García No. 439493403000021, de igual forma con retiros entre los meses de enero y marzo por valor de $1.109.901 revisados cada uno de estos retiros con los Extractos Bancarios. Este valor está incluido en el cuadro».

Por otra parte, se adosó copia del Acta No. 105 de la reunión de Junta Directiva del Fondo Fesneponal, llevada a cabo el 26 de febrero de 2016, en la cual participó el actor y manifestó sobre los valores que le consignaron de más a su cuenta de ahorros, que «es la primer vez que escucha sobre lo señalado, informa que tenía una tarjeta y se la cedió a Paola, para que la bloqueara, la última la última tarjeta no la he utilizado, que me hayan depositado dinero, no sé, yo abone a mí crédito por ventanilla de cinco millones de pesos. El súper usuario se lo doy a Martha y Paola, son las únicas personas que utilizan el súper usuario… […] yo voy a averiguar lo de Paola […], yo sé que solicité una tarjeta y poco la utilicé» y frente a la manifestación del presidente de junta respecto a que «hay unos documentos soporte están bien especificados, eso me extraña y me genera muchas dudas», manifestó el hoy demandante: «soy el responsable; la contadora fue muy deshonesta conmigo, desde un principio me hubiera informado el porque me abonaron más en mi cuenta, yo respondo por eso, pero tengan la plena seguridad que hasta hoy me vengo a enterar…». Ante ello la contadora que también estaba en la reunión de junta explicó que «no te informé porque es un tema muy delicado y no se quien maneja su sus tarjetas, su último movimiento fue el 23 de junio y no le informe a usted porque usted está involucrado en el asunto, por eso le informe a la Junta Directiva, Paola está haciendo movimientos que no se deben hacer, hubo ajustes de un asociado fallecido ahí está todo, si usted no ha utilizado la tarjeta es su responsabilidad…».

Asimismo se agregó impresión de correo electrónico dirigido por el accionante a los dignatarios de la Junta Directiva de FESNEPONAL (FL. 262), en el cual señala: «Por segunda vez quiero manifestar con toda sinceridad, que no tengo ninguna deferencia con ustedes, por lo contrario fueron y seguirán siendo mis compañeros de una institución que hicimos grade en servicio activo y en la reserva .activa,

debemos estrechar lazos de amistad para que lo que aprendimos en FESNEPONAL sea cartilla para los próximos compañeros que reciben la administración, el único responsable de lo que paso fui yo por suministrar una excesiva confianza, no fueron ustedes, la junta dentro de sus facultades tomaron una decisión que yo la acepto, lo que si les pido y por el bien de la organización solidaria, es saber filosofar sobre este tema con los demás compañeros asociados, como les informe anteriormente, yo soy el responsable y estoy atento para responder ante la asamblea y ante los cinco mil asociados».

De otro lado, se agregó denuncia penal presentada por la accionada ante la Fiscalía General de la Nación contra la señora POLA LILIANA BOJACÁ JIMÉNEZ por el punible de abuso de confianza y/o hurto agravado por la confianza y otros (fls. 274 a 286); acta de conciliación celebrada ante la Fiscalía General de la Nación por el apoderado de la accionada, EBER ANTONIO TOCORA SÁNCHEZ en calidad de denunciante y como denunciada la señora PAOLA LILIANA BOJACÁ JIMÉNEZ (fls. 263 a 266); además se aportó documento suscrito por las mencionadas personas indicando que la señora Bojacá se comprometía a pagar la suma de $13.433.046 como detrimento sufrido por la entidad por las actuaciones de dicha señora (Fls. 267 a 272).

De igual manera, en el curso del proceso se practicó interrogatorio de parte al representante legal de la accionada, señor EVER ALBERTO TOCORA SÁNCHEZ, quien refirió que la revisoría fiscal está encargada adelantar un seguimiento, vigilancia y control a los funcionarios de la empresa; y dentro de los motivos por las que las personas directas del control contable no informaron al gerente de los sucesos fue porque en el momento cuando la contadora se dio cuenta, notó que el gerente estaba comprometido, por lo que se encontró limitada y debía informarle a la Junta Directiva por ser la Junta quien la contrató y seguir el orden jerárquico. Así mismo, indicó que el obrar indebido de la encargada de ahorro y crédito, minimizó las alteraciones contables, lo que hizo difícil se conocieran a simple vista y los hechos se conocieron en una licencia de vacaciones, donde se percataron de la inconsistencia y maniobras fraudulentas por haber alterado la contabilidad. Que las mencionadas maniobras fraudulentas involucraban al señor Armando Perea porque según lo investigado, ocurrió por no prever situaciones previsibles ya que le dio un exceso de confianza a la contadora al haber ilimitado sus funciones; en cuanto a la relación que se mantuvo entre el señor Armando y la señora Paola Bajaca, encargada de ahorro y crédito, mencionó que en la empresa se decía que existía una relación especial, situación que indicó el exceso de confianza depositada en la

señora Paola y que se desencadenó en las alteraciones contables y el posterior detrimento patrimonial; sucesos que fueron materia penal y como consecuencia, la señora Paola tuvo que devolver ciertos dineros a la empresa; en cuanto al señor Armando, la acción disciplinaria que se le adelantó en su contra fue por no haber tenido la suficiente diligencia frente a los procesos que adelantaban los funcionarios ante la entidad demandada, así como por el exceso de confianza depositado en la señora Paola. Precisó finalmente, que el argumento por el cual se terminó el contrato a término fijo del señor Armando fue por obviar y omitir los controles que debió hacer como gerente y que al mismo se le respetó su derecho al debido proceso con la respectiva diligencia de descargos y se tomó una decisión motivada.

De igual modo, el actor, Armando Perea García señaló en el interrogatorio de parte que le fue practicado el hecho de que fue gerente y socio de la demandada; que la terminación de su contrato de trabajo fue por la falta de una funcionaria en la sección de ahorro y crédito al manipular el Software de inventario y contable, generando el traslado de unos fondos a su favor, traslados que hizo la señora Paola Bojacá y conforme al informe que realizó la contadora, no todos fueron a su cuenta de ahorro voluntario; precisando, se percató de este hecho con posterioridad, puesto que él no hacía uso de estas tarjetas. Que el procedimiento de la entrega de las tarjetas de ahorro voluntario estaba a cargo de la sección de ahorro y crédito y de tesorería y al recibir su tarjeta, él le dejó la tarjeta en confianza a la directora de la sección de ahorro y crédito, la señora Paola Bojacá para que hiciera prueba y ensayo de las mismas; que el motivo por el que solicitó otra tarjeta fue porque la señora Paola le dijo que se le había perdido su tarjeta y se vio en la necesidad de solicitar una nueva, puesto que en esa cuenta él tenía algunos ahorros; resaltó que no tenía acceso a los movimientos de su tarjeta ya que esta facultad solo está en cabeza de la sección de ahorro y crédito y de la contadora, tampoco tenía la posibilidad de acceder a la sección de ahorro y crédito ni de la contadora. Por otro lado, señaló que sí fue él quien mediante correo electrónico asumió la responsabilidad de lo sucedió por haber excedido su confianza en la señora Paola y por ello se comunicó con ella para que se hiciera responsable de sus actos; así mismo expuso que su relación con la señora Paola siempre ha sido laboral. Finalmente, mencionó que los recursos de la cuenta que se trasladaron debían ser destinados a los afiliados y que los dineros se trasladaron a su cuenta por ser él también un asociado del Fondo y no conoce, de que cuenta a que cuenta de ahorro individual se trasladaron los dineros.

De igual modo, rindió testimonio la señora Martha Patricia Silva, quien manifestó haber tenido una relación laboral con la accionada, que fue contratada por el señor

Armando Perea e inició sus labores el 01 de febrero de 2012 hasta el 01 de febrero de 2017. Manifestó no haber informado al gerente las anomalías porque al hacer la auditoria encontró que la anomalía tenía que ver directamente con el actor, puesto que tenía unas tarjetas débito y crédito que el Fondo tenía destinado a sus asociados; frente a los movimientos que hizo la señora Paola, indicó no saber si el señor Armando Perea conocía de dichos movimientos por lo que le informó directamente a la Junta. A su vez, informó que como contadora de la entidad sabía que el señor Armando tuvo dos tarjetas, una que estaba bloqueada y otra activa. Refirió que se hicieron unos movimientos a la cuenta de ahorros del señor Armando Perea alterando unas nóminas, unos valores y según entendió, la tarjeta débito del señor Armando era usada por la señora Paola; la razón por la que no informó de inmediato fue porque la jefe de ahorro y crédito tenía la facultad de entregar los cierres de su área y la testigo como contadora cotejaba el balance de las cuentas de ahorros y así determinar si estaban o no bien, pero como ella hizo uso de maniobras para ocultar sus actos, se hizo difícil descubrirlo; no obstante, en unas vacaciones de la señora Paola, se percató que no se actualizaron los saldos de los asociados, porque la señora Paola no le entregó a su encargada la contraseña, motivo por el cual la testigo revisó las cuentas de los asociados y encontró que a varios asociados se le estaban afectando las cuentas de ingresos y de saldos; hecho que la llevó hacer la auditoria y al verificarlos con los extractos bancarios, descubrió que no se estaban diligenciando los valores reales. Que la fecha en que conoció de esos movimientos fue en noviembre del 2015 y que en FEDESPONAL existían sistemas propios de control sobre cada área y al gerente mensualmente le pasaba los informes; el control consistía en que el trabajador tenía su propio usuario para su propia área donde podían consultar si en su estado de cuenta había algún movimiento, también había un súper usuario que podía ver y controlar todo, que para el momento estaba a cargo del señor Armando Perea y él le entregó la administración a ella (la testigo) y posteriormente a la señora Paola Bojacá. Por otro lado, indicó que el señor Armando no hizo auditoria sobre la dependencia de ahorro y crédito porque si bien si hizo revisiones, esa función estaba a cargo de ella; que ante los eventos realizados por la señora Paola, el señor Armando solicitó su carta de renuncia y le quitó los usuarios y acceso a la trabajadora; así mismo, los dineros consignados a la cuenta del señor Armando fueron retirados de su cuenta. Respecto de la relación del señor Armando con la señora Paola indicó que fue de armonía en su relación laboral.

De igual modo, la testigo Luz Marina Contreras, quien indicó haber tenido una relación laboral con la demandada desde el marzo del 2010 y actualmente está desempeñando el cargo de auxiliar contable en el mismo Fondo; que en el año 2016

desempeñaba la función de cajera desde el 2013 y conoció al señor Armando como gerente y representante legal y actualmente continúa siendo afiliado del Fondo; sin embargo, dejó de prestar sus servicios por una inconsistencia que hubo con una tarjeta débito, al prestar la contraseña de su tarjeta a la señora Paola quien hizo mal uso de las mismas, indicó que al ser gerente, el señor Armando pidió una tarjeta para probarla y él se hizo cargo de su tarjeta, posteriormente el señor Perea se la entregó a la señora Paola; la otra tarjeta que tuvo el señor Armando fue por solicitud suya ya que la otra se perdió; sin embargo, nunca le allegaron copia de la denuncia por perdida de la tarjeta, pues esa parte la manejó la señora Jennifer, prima de la señora Paola. Relató que la señora Paola fue la jefe de ahorro y crédito. Por otro lado, indicó que la primera tarjeta le fue entregada al señor Armando en el 2014 y la segunda en el 2015; las actualizaciones de las cuentas los hacía la señora Paola y la señora Sandra y no tiene conocimiento de si el señor Armando en algún momento hizo alguna revisión o auditoria. A su vez, expuso que la señora Paola subía los descuentos de nómina, abonaba a los asociados y después en el mismo día hacía los descuentos, al tiempo que se borraban los traslados de dineros para que no se afectara la transacción; empero, no conoce quien hacía los retiros de las cuentas del señor Armando. Finalmente, mencionó que ella conoció de la irregularidad que se presentó porque la cuenta de un asociado tuvo más dinero del que le correspondía; además, porque ella era la encargada de la custodia de las tarjetas y fue por orden del señor Armando Perea que le entregó la tarjeta a la señora Paola; en razón a que la señora Paola en sus vacaciones no dejó la contraseña y no quiso entregar el código, fue que se hicieron los análisis de las cuentas y se percataron de las irregularidades. Adicionalmente, indicó que mensualmente se hacían balances generales de la empresa. Por último, señaló que el señor Perea si podía verificar su estado de cuenta y los movimientos de la misma.

La testigo Sandra Cubides por su parte, refirió en testimonio que conoció al señor Armando Perea, desde el 2011 cuando ingresó a laborar para la accionada como gerente; que el motivo de su retiro fue porque se descubrieron movimientos fraudulentos y los dineros se consignaron a su cuenta, conoce de ello por una reunión que se hizo en la empresa. En cuanto a su cargo, indicó que era el de custodiar las tarjetas débito con la señora Luz Marina Contreras. A renglón seguido, indicó que además de ser el gerente, el señor Perea también es asociado; explicó que para poder retirar dineros de las cuentas, el señor Armando tenía una tarjeta débito de la empresa, que se le entregó en mayo de 2014 para que pudiera sacar sus ahorros, para el uso de la tarjeta se debía pasar una solicitud que era estudiada por la señora Paola y posteriormente se le asignó un código; no se le brindó información

de si el señor Perea hizo entrega de la denuncia, pero si se le entregó una nueva tarjeta en diciembre de 2015, que los dineros le fueron consignados a su primera tarjeta. Que, por ser gerente, el señor Armando tenía acceso a visualizar los movimientos de sus tarjetas y no conoce si el señor Armando ejerció alguna auditoria sobre las acciones que realizaba la señora Paola en el departamento de ahorro y crédito, tampoco conoce si alguien más hizo uso de la tarjeta del señor Perea pues estas eran de uso personal. Que, al momento de la terminación del contrato entre las partes, se le hicieron descargos. Finalmente, señaló que de la tarjeta debito de la empresa, de la cuenta de ahorro voluntario, se hicieron las consignaciones a la cuenta debito de la cuenta de ahorro voluntario personal del señor Armando y que el señor Perea en las juntas preguntaba por los informes.

Finalmente, el testigo Antonio Hincapié, quien refirió ser presidente de la Junta Directiva del fondo demandado en el año 2016, donde conoció al señor Armando Perea, pues era el gerente y representante legal; que entre las razones por las que terminó el vínculo laboral, estaban unos informes que hizo la señora Paola por unos movimientos y retiros que hizo a la cuenta del señor Perea, por lo que el cuerpo colegiado luego de haber agotado el debido proceso, citó a descargos al señor Armando, se le escuchó y se dispuso terminarle el contrato. Que los sucesos motivos del despido fueron estudiados en auditoria y se concluyó que unos dineros ajenos al señor Perea, le fueron depositados y retirados de su cuenta; quien indicó la perdida de la tarjeta débito por lo que no conocía de dichos movimientos, ya que nunca hizo uso de la misma; precisó que la tarjeta debito le fue entregada al señor Armando Perea en mayo de 2014 y cree que la segunda le fue asignada en el 2015; respecto del procedimiento a surtir por la pérdida de la tarjeta, se debía interponer la denuncia e informar para que se realizara el correspondiente bloqueo, proceso que no sabe si fue agotado por el señor Perea ya que dicha función le correspondía a la señora Luz Marina Contreras. Conforme al informe que hizo la contadora en el 2016, los movimientos financieros que se hicieron fueron desde mayo o junio de 2015 a junio de 2016, informó que el señor Perea tuvo a su cargo un súper usuario y con este usuario podía tener el control y vigilancia sobre la señora Paola. Indicó que dentro de las funciones que incumplió el señor Perea como ejercicio de su cargo fue la de la supervisión de los manejos los recursos del Fondo para que estos fueran administrados debidamente, una vez el señor Armando conoció de las obras indebidas que se hicieron con su tarjeta, no hizo ninguna acción para remediarlo, ya que él tenía conocimiento y control del extracto de sus cuentas. Finalmente, precisó, la persona encargada de hacer los traslados de los recursos de las cuentas fue la jefe de ahorro y crédito, dentro de la investigación que se realizó hacia el señor Armando

Perea se obtuvo que el detrimento patrimonial sufrido por el Fondo fue por causa imputable a él, puesto que los dineros se consignaron a su cuenta. Pese al informe que pasó la contadora, el Fondo no le impidió al señor Armando Perea que iniciara una investigación. Finalmente, indicó que los informes de control que hizo el gerente para rendir cuentas a la Junta Directiva, se le dio total credibilidad a la encargada de crédito y ahorro.

Pues bien, de la revisión del haz probatorio en precedencia, analizado bajo el prisma del principio de la sana critica tal y como lo prescribe el artículo 61 del CPT y SS, claramente se vislumbra una justa causa para despedir, por lo que desde ya anuncia la Sala que la decisión de primer grado deberá confirmarse, pues no sólo resulta clara la comisión de las causas endilgadas por el empleador, sino que estas constituyen en una falta grave en los términos expuestos en la carta de despido. En efecto, está suficientemente acreditado que el actor incumplió con sus funciones de dirección y supervisión en la prestación de los servicios y desarrollo de los programas del fondo accionada, sin llevar el debido cuidado de que las operaciones se ejecutasen debida y oportunamente, lo que llevó a que su subordinada PAOLA BOJACÁ cometiera irregularidades relacionadas con el traslado de dineros incluso a la cuenta de ahorros del actor, aspecto este que no se discute y también está probado que la mencionada señora aceptó la comisión de dichas irregularidades pagando lo correspondiente al daño patrimonial sufrido por la entidad.

Aunado lo anterior, para esta Sala hay varios puntos a tomar en cuenta para confirmar esta decisión, el primero de estos sería las manifestaciones del mismo demandante tanto en la diligencia de descargos y en el interrogatorio de parte, donde básicamente confirma la decisión de la accionada y es que estaba de espalda a sus responsabilidades, sin ejercer control sobre sus empleados indicando que fue asaltado en su buena fe, e incluso en la mencionada comunicación electrónica aceptada también en el interrogatorio, admitió que lo sucedido era su responsabilidad. Asimismo, de las múltiples pruebas expuestas en precedencia, se pudo evidenciar que el accionado no sólo conocía de las funciones del cargo de gerente adosadas en el Acuerdo 005 de 2009, art. 75 (fls. 183 a 216), de las fallas y el detrimento patrimonial a la accionada que pudieron ser evitados si el actor hubiese efectuados los controles propios de su cargo de dirección y confianza y por el contrario, el exceso de confianza con su subordinada PAOLA BOJACÁ, llevó a saltarse los debidos controles y, esta a su vez, aprovecharlos para cometer las irregularidades contables, donde por demás también se encontró involucrado el

accionante, pues a través de su cuenta de ahorros y tarjeta debito se efectuaron retiros.

Ahora, con relación a las reparos indicados en la alzada relacionada con que los testigos Ever Alberto Tocora Sánchez y Antonio Hincapié fueron tachados en los alegatos de conclusión y que no deben ser tenidos en cuenta, debe indicarse inicialmente que la oportunidad procesal para efectuar tachas de testimonios no es precisamente en la etapa de alegatos, por otro lado, el primero de ellos no depuso en el proceso como testigo sino como representante legal de la accionada, por lo que resulta infundada tal solicitud; y frente al segundo de los mencionados, no existe motivo para no valorar tal testimonio en tanto y en cuanto el hecho de haber participado en el proceso de desvinculación del actor, no descarta que pueda rendir testimonio y desde luego que en su deposición nada dijo que no estuviera acreditado con los demás medios probatorios, por lo que no puede predicarse la vulneración del debido proceso en esos precisos términos, máxime cuando ese extremo procesal tuvo la oportunidad de interrogar y contrainterrogarlos. Asimismo ocurre con el testimonio de las señoras Sandra Cubides y Luz Marina Contreras, respecto de quienes tampoco se pudo observar que en efecto fuesen testigos de oídas, pues lo dicho por estas refleja el conocimiento que tuvieron de forma directa, por ser empleadas de la accionada y por ser parte activa de los procesos propios del objeto social de la entidad, advirtiendo que la testigo Sandra Cubides fue testigo llamada por ambas partes.

En ese orden de ideas, contrario a lo que expone el recurrente sí está demostrada la responsabilidad del accionante en los hechos acaecidos por parte de su subordinada, por clara omisión en el control de los procesos y procedimientos a su cargo, y la circunstancia de que tales irregularidades no se le hayan puestos a él de presente antes que a la junta directiva no desvirtúa que haya cometido la falta endilgada y por supuesto no se le vulnera su derecho al debido proceso, máxime cuando la entidad le dio la oportunidad de surtir la etapa de descargos con las garantías del caso y por desde luego motivó suficientemente el despido.

Así las cosas, concluye la Sala que las faltas y causales endilgadas se subsumen en una falta a las dos obligaciones especiales del trabajador pretéritamente mencionadas, pues de acuerdo con las pruebas antes reseñadas y como lo concluyó el Juzgado, en el juicio se demostró que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones, las cuales constituyen faltas graves que no pueden calificarse de otra forma distinta a como lo hizo la empresa demandada y

la facultaban para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió con sus deberes y obligaciones.

Corolario de lo expuesto hasta aquí, resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

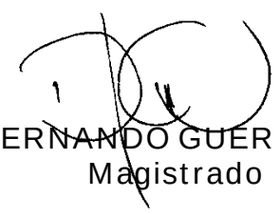
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

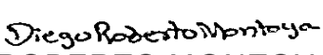
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de ADRIANA CECILIA TARAZONA COPETE contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad. 110013105-032-2020-00114-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora ADRIANA CECILIA TARAZONA COPETE, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que el Instituto de Seguros Sociales - ISS- mediante Resolución No.058722 de 2008, le reconoció pensión de vejez a partir del 01 de octubre de 2007; de acuerdo a lo anterior, COLPENSIONES active su ingreso a la nómina de pensionados, al pago de la mesada pensional que venía recibiendo a partir del 11 de mayo de 2011 junto con la mesada adicional y los incrementos anuales; en consecuencia, se condene a Colpensiones a pagarle la mesada pensional desde la fecha en que fue suspendida su pensión de vejez hasta la fecha que ingrese a la nómina de pensionados, condenarla al pago de $109.900.034, por concepto del retroactivo generado de la mesada pensional causada entre el 11 de mayo de 2011 hasta que se verifique su pago; así mismo, se condene a Colpensiones al pago de los intereses moratorios por la tardanza en el pago de la mesada. Finalmente, se condene a la demanda conforme a las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató haber nacido el 02 de septiembre de 1952, contando a la fecha de la presentación de la demanda con 67 años de edad; por lo que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, habiendo laborado de forma continua desde el primer periodo de 1990 hasta el 30 de septiembre de 2007; no obstante, según Resolución VPB 46175 de 28 de mayo de 2015 el ISS afirmó que mediante resolución No.056220 de 28 de noviembre de 2007 decidió negar el reconocimiento de la pensión de vejez, por lo que instauró los recursos de Ley contra la decisión, cuya respuesta, refirió el ISS que por un error de mecanógrafo se digitó erróneamente, por lo que mediante Resolución del 27 de noviembre de 2008 le fue reconocida la pensión de vejez en cuantía de $433.700, efectiva a partir del 01 de octubre de 2007. Sin embargo, la demandada decidió suspender el pago de la pensión, a través de una investigación administrativa sin informarle previamente, tampoco que su mesada pensional fue suspendida de la nómina de pensionados del ISS, a partir del 11 de mayo de 2011. Que según Resolución VPB 46175 del 28 de mayo de 2015, el ISS afirmó que ella interpuso recurso manifestando inconformidad respecto de la activación en el ingreso a nómina de pensionados, añadiendo que según resolución GNR 391255 de 09 de noviembre de 2014, para el 12 de julio de 2012 presentó un escrito ante el I.S.S. para la reactivación de la pensión de vejez reconocida resolución No.058722 de 27 de noviembre de 2008. Manifestó que según COLPENSIONES mediante auto 01070 de 26 de mayo de 2011 se abrió a etapa de pruebas, sin embargo, no le informaron el resultado del citado auto, advirtió que al no existir un pronunciamiento judicial de suspender la mesada pensional, solicitó el pago de su pensión de vejez y COLPENSIONES decidió negar el reconocimiento de la misma, para ello, interpuso los recursos de ley, indicó que COLPENSIONES mediante acto administrativo, resuelve los recursos de reposición en subsidio de apelación. Reiteró que no existe un pronunciamiento judicial y por ello no debió suspenderse el pago de la prestación, pues la entidad no es competente para revocar un derecho pensional reconocido sin que previamente lo haya decidido el juez competente y ella actúo de buena fe, conforme se evidencia en el reconocimiento de la prestación económica según la resolución 058722 de 2008 (Exp Digital, 01. DEMANDA Págs. 03 a 09).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que si bien se le reconoció la pensión de vejez a la accionante, a partir del 01 de octubre de 2007, la misma no acredita el

cabal cumplimiento de los requisitos legales para la obtención de la prestación incoada a través de la presente acción; respecto del pago de la mesada pensional que venía recibiendo a partir del 11 de mayo de 2011 junto con la mesada adicional y los incrementos anuales, adujo, si bien se expidió un acto administrativo reconociendo el derecho, reiteró que el mismo carece de los preceptos legales, toda vez que la demandante no acredita el cabal cumplimiento de los requisitos legales, lo que no la hace beneficiaria del régimen de transición, para la obtención de la prestación incoada a través de la presente acción, por ello no se puede activar la misma, en consecuencia consideró que no hay lugar al pago de retroactivo generado desde el 11 de mayo de 2011 hasta que se verifique su pago, ni al reconocimiento de los intereses moratorios la misma, ya que no resulta procedente. Formuló como excepciones de fondo, las de «falta de causa para pedir», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe», «prescripción», «innominada o genérica», «compensación» y «cobro de lo no debido» (Exp. Digital, 03. Contestación Colpensiones Págs. 02 a 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 15 de marzo de 2021, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES; en consecuencia, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Condenó en costas la parte actora.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó estar probado que a la demandante se le reconoció pensión de vejez en el año 2008; sin embargo, preciso que al interior del ISS se adelantó un proceso de validación del reconocimiento pensional de la demandante por parte de una auditoria y en esta se determinó que se efectuó teniendo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición y aplicando por ende normas del Decreto 758 de 1990, pero se encontró que la demandante no era beneficiaria de ese régimen de transición pues, su afiliación al Sistema General de Pensiones se efectuó con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993. Respecto de la posibilidad de suspender el pago de las mesadas pensionales, el despacho indicó que con base en la Sentencia T-355-95 de la Corte Constitucional, y en concordancia también con la Sentencia C-835-03 en donde se estudió la exequibilidad de los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, específicamente el artículo 19 que hace referencia a la revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente, se destacó que la carga de la prueba corre a cargo de la administración. Señaló que la pensión fue reconocida en el año 2008 y fue

suspendida en el año 2011 y desde esa época se tenía claridad de la actuación que se debía adelantar la demanda, pero esta sólo la radicó hasta el 2019, desconociéndose el motivo del descuido del trámite de la acción. De igual modo, señaló el a quo, no se pronunciaba sobre la legalidad del reconocimiento pensional en primer lugar porque no era objeto de pretensión y porque existe otra demanda contencioso administrativa, más allá de su admisión, en la que COLPENSIONES busca la revocatoria del reconocimiento personal como obra en las pruebas del expediente administrativo. Precisó que COLPENSIONES en 2011 no podía unilateralmente suspender el pago de la pensión de vejez sin la autorización de la actora o de adelantar el debido proceso frente a la jurisdicción; además que no había prueba de la notificación a la actora de la Resolución 004171 del 14 de febrero de 2011, ni había prueba de la autorización para suspender el pago de la pensión de vejez reconocida. Agregando, que el actuar del ISS en su momento y hoy en día de COLPENSIONES fue contrario a derecho, incluso en las recientes solicitudes, pues se han limitado a responder que no tiene derecho a la pensión, cuando la actora no está solicitando la pensión sino el restablecimiento de una pensión ya reconocida. No obstante lo anterior, encontró frente a la excepción de prescripción, advirtió que la pensión de vejez se suspendió mediante Resolución 004117 del 14 de febrero de 2011, la demandante presentó reclamación para que se le reconociera su pensión nuevamente mediante solicitud del 21 de octubre de 2013 y dicha solicitud fue resuelta de manera definitiva en la resolución 46175 del 28 de mayo de 2015 que resolvió el recurso de apelación, en tal medida, indicó el despacho que si bien el actuar del ISS fue contrario a derecho y en esa medida no se podía suspender el reconocimiento de la pensión de vejez, también consideró que la demanda se radicó el 10 de marzo de 2020, transcurrido el término de prescripción que tenía la accionante para atacar la resolución que ordenó suspender el pago de la mesada pensional, en consecuencia, no habiéndose adelantado oportunamente el trámite se encontraba prescrita la acción, razón por la cual absolvió de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, expresando que la pensión de vejez es imprescriptible, salvo la prescripción de las relativas mesadas pensionales que solamente prescriben a los tres años, ello conforme a lo señalado previamente por la Jurisprudencia. Adicionalmente, si bien es cierto que la demanda fue radicada en el año 2020, aplicando el art. 151 del Código Sustantivo del Trabajo y el art. 488 del Código

Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a la demandante no se le puede dar por cierto que hay una prescripción total y no tenga derecho al reconocimiento de la mesada pensional para su debido pago, pues es un derecho ya reconocido, por tanto, lo que prescribe allí es la mesada y debieron declararse prescritas las mesadas, y como lo señaló el Despacho, la discusión no fue en torno de sí la actora tuvo o no el derecho sino de la suspensión de la pensión que le hizo la administradora de pensiones sin exhibir acto administrativo de la autoridad competente, que para el caso lo es la jurisdicción contencioso administrativo, por lo que la pensión debe seguir teniendo plena validez.

Aunado a lo anterior, esgrimió que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia estableció que la pensión no prescribe, contrario a las mesadas pensionales que si son susceptibles de prescribir y para el caso debatido, si la demandante presentó la demanda de manera tardía, le prescriben son las mesadas de manera parcial, por lo que las mesadas pensionales dejadas de cancelar, se le deben reconocer a partir del 10 de marzo de 2017 a la fecha e incluirla en nómina, dado que no hubo pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. La parte actora solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación con el alcance del artículo 66A del CPTSS, determinar si hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción en los términos establecidos por el a quo.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tienen como hechos fuera de toda discusión que el ISS, mediante acto Resolución No. 58722 del 27 de noviembre de 2008, decidió reconocer pensión de vejez a favor de la demandante en una cuantía inicial

de $433,700.00, efectiva a partir de 01 de octubre de 2007, resolución que se notificó el día 16 de enero de 2009. Posteriormente, mediante Resolución No. 27330 del 15 de septiembre de 2010 el ISS envió copia del expediente pensional de la asegurada al Departamento jurídico y por medio de la Resolución No. 4117 de 14 de febrero de 2011 el Seguro Social decidió abrir investigación administrativa por haber concedido pensión de vejez a favor de la asegurada con la historia laboral adulterada y se ordenó la suspensión del pago de la pensión de vejez reconocida mediante Resolución No. 058722 de 27 de noviembre de 2008 (Exp. 04. Expediente Administrativo Colpensiones). Tampoco se encuentra en discusión que el ISS ni le solicitó autorización a la demandante para surtir tal suspensión, ni le notificó de dichas decisiones en esas oportunidades.

Establecido lo anterior, recordemos que en efecto, como garantía del derecho fundamental al debido proceso administrativo, la revocatoria directa de actos administrativos que reconocen pensiones o la suspensión en el pago de las mesadas que de aquellos deriva, en tanto en cuanto tienen contenido particular y concreto, requieren del reconocimiento escrito y expreso de su titular, o en su defecto, debe acudirse al procedimiento previsto en el artículo 19 de la Ley 797 de 2003, con concordancia con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, para el caso de las actuaciones administrativas que se inician de oficio. En ese sentido, en aplicación del principio de buena fe y con el propósito de salvaguardar los derechos de los pensionados, mientras que se adelanta el trámite no es posible suspender el pago de la mesada.

En ese sentido, no se discute que en efecto la accionada no solicitó consentimiento a la demandante para suspenderle el pago del derecho pensional e incluso, tampoco le notificó de tal decisión ocurrida en el año 2011; sin embargo, informa el expediente que la accionante el 10 de enero de 2013 solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de una pensión de vejez y esta entidad se la negó por medio de la Resolución No. GNR 47152 del 23 de marzo de 2013, por no lograr acreditar los requisitos mínimos para acceder a ella, resolución que se notificó el día 07 de octubre de 2013. Decisión que fue confirmada mediante Resoluciones GNR 391255 del 09 de noviembre de 2014 y VPB 46175 del 28 de mayo de 2015, explicándosele en esta última que «la pensión concedida la Resolución No. 58722 de 27 de noviembre de 2008, va en contravía de los preceptos legales, concretamente con lo ordenado por la ley 100 de 1993, pues en la anterior norma se exige unos requisitos para acceder a la pensión de vejez que usted no cumple plenamente, por lo que resulta la decisión tomada en la citada resolución, abiertamente

contraría la ley y que causa un perjuicio al erario público por ser esta Administradora de naturaleza pública. Que en consideración a lo anterior, y al realizar nuevamente el estudio de la prestación económica deprecada el peticionario no logra acreditar que se encontraba afiliado al Seguro Social al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para poder reconocer la prestación económica solicitada bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990, razón por la cual se niega la prestación solicitada. Y por ende seria procedente la aplicación de lo preceptuado en el Art 93 del C.P.A.C.A el cual dispone lo siguiente: [...]».

La anterior decisión le fue notificada a la demandante el 10 de junio de 2015. En tal sentido, para determinar si es o no procedente declarar probada la excepción de prescripción recordemos que los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, sobre el término extintivo de la acción sobre los derechos laborales y sociales, indican que prescriben en el término de tres años, contados a partir del momento en que se hayan hecho exigibles las respectivas obligaciones, siendo de especial relevancia en lo que interesa al tema, lo preceptuado por el artículo 489 del CST, que sobre el tema de la interrupción de prescripción reza:

> «ARTICULO 489. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente».

Bajo este panorama normativo, dada la diafanidad de la norma al precisar que la prescripción sólo se podrá interrumpir por una sola vez y una vez se haya efectuado el simple reclamo escrito por parte del trabajador y/o afiliado, en este caso es evidente que mediante las Resoluciones GNR 391255 del 09 de noviembre de 2014 y VPB 46175 del 28 de mayo de 2015 que resolvieron los recurso de reposición y apelación quedó agotada la vía administrativa (art. 6 CPTSS) y con ello interrumpida por una sola vez el derecho a que se le reactivara el derecho a la pensión.

Ahora bien, como la demanda se presentó el 10 de marzo de 2020, resulta claro que, en el presente asunto operan los efectos nocivos del fenómeno prescriptivo establecidos en el artículo 488 y 151 de la norma sustantiva y adjetiva laboral, toda vez que al estar demostrado que la reclamación administrativa quedó agotada el 10 de junio de 2015, momento en que le fue notificada la resolución por medio de la cual se le negó la prestación ya suspendida, la demandante contaba hasta el mismo

día y mes pero del año 2018 para presentar la demanda, sin embargo, y como se avizora en el acta individual de reparto, el escrito de demanda judicial se radicó el día 10 de marzo de 2020 (Fl. 37), es decir, 4 años y 9 meses después, razón por la cual le asiste razón al juez a quo en haber declarado probada la excepción de prescripción, lo cual lleva a confirmar la decisión adoptada en primera instancia.

Ahora bien, en sentir de la Sala no puede colegirse una indebida aplicación o desconocimiento de dichos preceptos por parte del juez a quo, pues la aplicación de la norma en los términos expuestos resulta clara sin que deje margen de duda alguna. La aplicación de la prescripción responde a la garantía de la seguridad jurídica de las obligaciones y que éstas no se tornen indefinidas en el tiempo, puesto que con su aplicación se pone fin a la incertidumbre de los derechos y permite concluir el abandono de los mismos por parte de su titular, situación que aconteció en el presente asunto, puesto que la entidad accionada procedió a suspender el pago de las mesadas pensionales por irregularidad en el reconocimiento pensional desde febrero de 2011, la petición de su pago o reactivación sólo vino a ser elevada ante la entidad en el año 2013, siendo resuelta finalmente hasta el mes de mayo de 2015, por lo que resultaba aplicable la prescripción conforme lo hizo el juez de primer grado, pues la parte actora dejó pasar más de 4 años para ejercer la reclamación del derecho.

En este orden de ideas, no puede pretender la parte actora que se aplique parcialmente sobre mesadas causadas bajo el argumento que son periódicas, cuando precisamente el derecho como tal fue suspendido en su totalidad por la entidad demandada, de modo que ha debido ejercer las acciones para su reactivación en los términos legales antes indicados y en este proceso no se solicitó verificar si la actora tenía o no derecho a la pensión de vejez.

Corolario de lo brevemente expuesto hasta aquí, ello resulta suficiente para confirmar la decisión adoptada en primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

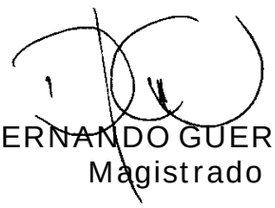
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSÉ ALFREDO SANABRIA MORA contra JARDIN INFANTIL ALEGRE DESPERTAR. Rad. 110013105- 028-2017-00763-01.

En Bogotá D.C, en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente.

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ALFREDO SANABRIA MORA, presentó demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido con el JARDÍN INFANTIL ALEGRE DESPERTAR, el cual terminó por decisión unilateral e injusta por parte del empleador. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se declare la ineficacia del despido al no constituir causa legal y justa para darlo por terminado, ni mediar previa autorización del Ministerio de Trabajo, al encontrarse en un tratamiento médico en condiciones de debilidad manifiesta, así mismo solicitó se condene a la señora EHIDY BEJARANO al pago de seguridad social, prestaciones sociales, intereses de cesantías, prima legal, y vacaciones; en el mismo sentido, solicitó el reintegro laboral

en un cargo que cumpla con las recomendaciones médicas, junto con el pago de los salarios causados y dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta que se produzca su reintegro, sumas debidamente indexadas, junto con los intereses de mora, y perjuicios morales que estimó en cien (100) salarios mínimos legales vigentes. Finalizó solicitando se condene conforme las facultades ultra y extrapetita, así como al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que el 30 de enero de 2017 se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido con el Jardín Infantil Alegre Despertar, en el cargo de conductor, devengando $1.000.000; informó que el día 11 de julio cuando ejercía sus funciones desarrolló fuertes dolores de cabeza, mareos, y dolor en el globo ocular izquierdo que desembocó en una pérdida parcial de la visión, debido al progreso del glaucoma neovascular secundario a OVCR, indicó que la demandada no pagaba la seguridad social razón por la cual sufragó los gastos por cuenta propia, agregó que el 17 de septiembre su empleador dio por terminada la relación laboral sin justa causa, aun contando con estabilidad laboral reforzada, liquidándolo por un valor de $6.308.000, agregó que pese al no pago de la seguridad social, la demandada no ha cancelado las incapacidades, ni salarios de septiembre y octubre (Fls. 03 a 10 y 54 a 55).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la entidad demandada contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que carecen de sustento fáctico y legal, toda vez que entre la demandada y el accionante no existió un contrato de trabajo; explicó que el señor Carlos Julio González tiene un contrato de prestación de servicios de ruta escolar con el Jardín Infantil Alegre Despertar, y a su vez el señor González contrató al demandante como conductor de su vehículo, vinculó que terminó cuando el accionante abandonó sus actividades, así las cosas precisó no es procedente el reintegro del actor, por cuanto jamás existió con la demandada un nexo o vínculo laboral. Propuso como excepciones las de, «Inexistencia del contrato de trabajo», «Prescripción», «Pago», «Falta de causa para pedir». (Fls. 64 a 68 y 88 a 95).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de marzo de 2020, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones

incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo, costas a cargo de la parte actora.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis resaltó el artículo 24 del CST, el cual establece la presunción de que toda prestación personal se rige por un contrato de trabajo, asistiéndole la obligación al trabajador de probar los elementos tanto de presunción como de constitución de la relación laboral en uso de los medios probatorios que tenga a su alcance, en este sentido advirtió que no se allegó documental alguna que acredite o coadyuve las pretensiones del libelo, así como tampoco se arrimaron pruebas testimoniales que corroboren el dicho del demandante, sin embargo precisó el despacho que del interrogatorio de parte el accionante en el cual manifestó que lo contrató la profesora Bejarano y el señor Julio Andrés González rector del colegio, mediante contrato verbal, del cual se realizaban pagos mensuales, que el señor Carlos Julio González es el dueño de la ruta que conducía; de otra parte la demandada la señora Bejarano, administradora del jardín, informó que conoció al demandante cuando llegó a prestar el servicio de ruta a los estudiantes del colegio, producto del acuerdo que hizo el accionante con el señor Carlos González propietario de la ruta y Julio Andrés González propietario del colegio, que el servicio era cancelado directamente por los padres de familia y resaltó que el demandante nunca estuvo subordinado por parte del jardín, explicó que el señor José Alfredo Sanabria dejaba a los niños en el colegio a las 7 am y regresaba a medio día para recogerlos y ese era todo el contacto con el establecimiento de comercio; a su turno se recibió el testimonio del señor Carlos Julio González Aparicio quien manifestó conocer al accionante hace aproximadamente 2 años, que es el dueño del inmueble donde está ubicado el colegio y de la ruta que manejaba el accionante, a quien le cedió el vehículo para que lo trabajara y que del producido de la misma se le pagaba la suma de $1.000.000, que su actividad consistía en recoger a los niños a las 5:30 am para dejarlos en el jardín y recogerlos nuevamente en la tarde, que autorizo a su hijo Julio Andrés González como rector del jardín para que le cancelara su salario del producido de la buseta y de allí el pagaba su seguridad social, como quiera que no pudieron afiliarlo a la EPS porque el actor presentaba un problema con FAMISANAR, finalmente manifestó que el actor dejó de ir a conducir la ruta, cuando tuvo el problema en la visión; en el mismo sentido el testimonio de María Arana esposa del señor Carlos Julio Gonzales, precisó que conocía al actor porque le había arrendado el inmueble donde él vivía, que el accionante le propuso a su esposo comprar la buseta para que el la manejara, acuerdo que se desarrolló hasta aproximadamente el mes de junio o julio cuando el actor no volvió a trabajar, explicó que ella lo acompaño al médico, donde le aconsejaron no conducir más

vehículos porque su visión había disminuido considerablemente con ocasión a una subida de tensión que había sufrido y que venía padeciendo desde hace más de 2 años atrás que no se había tratado a tiempo, que los padres de familia eran quienes pagaban la ruta; finalmente señaló que del testimonio del señor Julio Andrés González Arana rector del Jardín Infantil Alegre Despertar, se extrae que conoció al actor desde hace 12 años porque era allegado a su familia, que por proposición de este su padre decidió comprar una buseta para que la trabajara el mismo, acuerdo que se realizó de manera verbal, con un salario de 1 millón de pesos del producido de la ruta, que nunca estuvo subordinado al jardín, docentes o directivos, que en los casos donde el conductor no asistía a cumplir con su actividad, se hacía a través de una tercera ruta, que el acuerdo terminó cuando se requirió al demandante por la alteración de unas facturas de repuestos y arreglos al vehículo momento a partir del cual este no volvió a presentarse a trabajar, concluyó que la señora Bejarano no tuvo incidencia en el acuerdo.

De lo anterior, precisó el despacho que la presunción de que toda prestación personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, impone que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de subordinación; en este sentido resaltó que al valorar el material probatorio aportado, encontró que en la relación que hubo entre los contendientes, no se vio el elemento de subordinación, de los testigos que comparecieron no se logró probar los extremos del presente vínculo, como tampoco se acreditó que el demandante hubiere laborado de manera subordinada con la demandada y que los servicios prestados hayan sido en favor de la misma, pues si bien se constató que prestó sus servicios como conductor para el señor Carlos Julio González propietario del vehículo, no existe ninguna prueba documental más que la copia de la historia clínica, que permita acreditar los supuestos de hecho presentados como fundamento de las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del accionante apeló la decisión, solicitando declarar la existencia del contrato de trabajo, ya que a su juicio demostró que el Jardín demandado, canceló por espacio de 7 meses, los aportes a seguridad social del demandante. Adujo que el actor prestó sus servicios al Jardín y no a una persona natural.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si entre las partes existió o no un contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega

que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

En primer lugar, del interrogatorio de parte de la demandada la señora EHIDY BEJARANO, quien manifestó ser la representante legal del Jardín Infantil Alegre Despertar, resaltó que no es cierto que señor José Alfredo Sanabria tuviera un contrato verbal con el jardín, ya que nunca prestó sus servicios, detalló que la ruta que este manejaba no es propiedad del jardín, si no del señor Carlos Julio Gonzales, que tenía un contrato de prestación de servicios verbal con la institución para prestar el servicio de ruta, mas no el personal que estaba en la misma, detalló que fue el señor Gonzales quien contrató al accionante y a la monitora, así mismo manifestó que no existió subordinación respecto del accionante, que este solo llevaba a los niños y regresaba al mediodía; que su salario se le pagaba de lo que devengaba la ruta, explicó que cuando se iba a afiliar al pago de los parafiscales el señor José Alfredo Sanabria presentaba una inconsistencia, así que el señor Carlos, redondeo el salario a un millón de pesos, para que el accionante realizara el pago de sus aportes, recordó que cuando esté enfermo, el señor Carlos le suministró el dinero de la ruta, para que realizara el pago, sin embargo precisó que el señor Julio Andrés González el hijo de don Carlos era el encargado de realizar el pago de los mismos.

De otra parte, el interrogatorio del demandante el señor JOSE ALFREDO SANABRIA MORA, informó que fue vinculado para prestar el servicio de ruta por la profesora Ehidy Bejarano y el señor Julio González rector del colegio, detalló que su vinculación la realizó cuando don Carlos González dueño de la buseta y padre del señor Julio González le manifestó que debía ir al jardín para que firmara el contrato con la señora Ehidy Bejarano, sin embargo lo que se realizó fue un contrato verbal; detalló que una vez inició su actividad de conductor quien le pagaba era la profesora Ehidy, que anotaba en una libreta; sin embargo, nunca le hizo entrega de recibos de pago.

Respecto a la prueba testimonial, el señor CARLOS JULIO GONZÁLEZ APARICIO, manifestó ser el dueño de la locación donde está ubicado el colegio, dijo conocer al demandante porque este era amigo de su hijo Julio González rector del colegio, del mismo modo precisó ser el propietario de la ruta, explicó que se la dio al señor José Sanabria para ayudarlo ya que este no tenía trabajo, que el salario se lo pagaba del producido de la ruta, precisó que no suscribió contrato con el jardín infantil, y que el demandante no prestaba servicios de ruta en otras instituciones, que este solo hacía el turno en la mañana, se iba y regresaba a medio día, explicó que por su autorización el salario del demandante se lo pagaba su hijo en el jardín, recalcó que no pudo afiliarlo al sistema de seguridad social porque el señor Sanabria tenía un problema con FAMISANAR, motivo por el cual el accionante y Julio González acordaron que le cancelarían un millón de pesos y este se encargaba del pago de sus parafiscales; precisó que el señor Sanabria dejó de prestar sus servicios cuando tuvo problemas de visión.

De igual manera, la señora MARIA ARARA, explicó ser la esposa del señor Carlos González, detalló que conoce al demandante, porque vivía en una casa propiedad de su esposo, que le ofreció comprar una ruta propiedad de un familiar hace aproximadamente 2 años, puntualizó que el negocio de manejar la ruta lo realizó de manera verbal con su esposo e hijo Julio Gonzales, que el salario que pactaron integraba también su seguridad social, que el señor Sanabria cumplió con sus labores hasta junio o julio de hace 2 años, porque enfermó y no volvió a trabajar, precisó que lo acompañó a las citas médicas y exámenes, que la recomendación médica fue dejar de conducir, porque había tenido una subida de tensión que le había afectado la vista, producto de una enfermedad que había tenido desde antes y que no había tenido un tratamiento continuo; concluyó que el servicio de ruta los padres de familia se lo pagaban a su hijo Julio Andrés González.

Por su parte, el señor JULIO ANDRÉS GONZÁLEZ ARARA, quien es el rector del jardín hace aproximadamente 6 años, precisó que conoce al demandante hace 12 años porque era amigo de la familia, indicó que este nunca prestó un servicio para el jardín, que la contratación con la ruta fue por prestación del servicio de manera verbal entre el accionante, su padre y él; recordó que el demandante inicialmente le propuso a su padre el señor Carlos Gonzales comprar un taxi, posteriormente tuvo la idea de la compra de la ruta, que esta fue de manera indirecta a la institución, sin embargo comentó que la decisión que esa ruta prestará servicio en el jardín se tomó en el momento de la compra, aclaró que se encargó de hacer el nexo para prestar el servicio a los niños de la institución; resaltó que al momento de realizar el acuerdo,

inicialmente hablaron de un salario mínimo, pero en vista a los problemas para realizar la afiliación porque el señor Sanabria presentaba inconsistencias, acordaron el pago de un millón de pesos, para que éste cancelara sus aportes a seguridad social, sin embargo recordó que cuando conocieron de su enfermedad una persona les ayudo con la inscripción a SANITAS, explicó que el señor Sanabria prestó su servicio hasta mitad de agosto del año 2017, y posteriormente se vinculó a un taxi; reconoció ser el encargado de direccionar los recorridos y establecer los horarios para recoger a los niños que iniciaba a las 5:30 am terminaba a las 7am, el segundo recorrido iniciaba a la 1 pm otro a las 3 de la tarde y el ultimó a las 5 pm, que el señor Sanabria no tenía que estar en ese lapso de tiempo, ya que solo prestaba sus servicio en las horas establecidas, precisó que el demandante no prestaba servicios a otras instituciones, y que fue el encargado del pago del salario del accionante, hasta que este abandonó la institución, resaltó que la última vez que trabajó en la institución fue cuando la directora administrativa, se dió cuenta que habían sido alteradas algunas facturas de los repuestos de la ruta, cuando se le informó al accionante este hecho no regresó, insistió que en ninguno momento se le indico que debía abandonar el puesto; detalló que la ruta, era una buseta de 20 pasajeros, que los padres de familia le cancelaban directamente y este hacia los respectivos pagos a las personas que trabajaban, recalcó que en el contrato no intervino la señora Ehidy Bejarano, concluyó que cuando el demandante no podía hacer el viaje, el servicio se presentaba con una ruta externa.

Del material probatorio arrimado al proceso, se pudo determinar que el demandante llegó a un acuerdo con el señor CARLOS JULIO GONZALEZ APARICIO, para la conducción de una ruta escolar, la cual consistía en llevar y recoger niños en diversos horarios a lo largo del día, con destino al JARDÍN INFANTIL ALEGRE DESPERTAR, sin que esta situación per se, permitiera dilucidar que los servicios eran prestados en favor de esta última; pues del dicho de los testigos así como de las declaraciones de parte, se logró evidenciar que la contraprestación recibida por el actor se conformaba de los pagos cobrados por el servicio de ruta, que en ocasiones el pago era entregado por el hijo del señor GONZÁLEZ APARICIO, en las instalaciones del Jardín por previa autorización del demandante, que no prestó sus servicios en beneficio del demandado, y que no recibía órdenes por las directivas de este. Además de lo anterior, encuentra la Sala, que no fueron allegadas pruebas documentales que condujeran a probar la existencia de contrato de trabajo, pues aunque se arrimaron historias clínicas del actor, incapacidades, entre otras, ninguna de estas documentales conduce a probar la existencia de un contrato realidad, no siendo de recibo lo manifestado por la apoderada de la activa, cuando señaló que

estaba ampliamente demostrado que la convocada a juicio cancelaba los aportes en seguridad social del señor SANABRIA MORA, y la existencia de una relación laboral.

Así las cosas, claro es que faltó la parte actora con su deber de cumplir con la actividad procesal que en materia probatoria le asistía, a efecto de obtener la necesaria certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción en el fallador respecto de sus pretensiones; pues como bien lo enseña la jurisprudencia, al Juez Laboral no le es dado fundar sus juicios en apreciaciones sólo de conciencia, de ahí que si el interesado en que se le declare el derecho considera le asiste no enseña prueba contundente de su dicho, sólo le queda al juez desechar su pretensión, pues «Además, [el juez] debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema este que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales» (CSJ, sent. feb. 12/80. M.P. José María Esguerra Samper).

En ese orden, también el artículo 60 del CPTSS, precisa que: «el juez, al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo», disposición legal que en su esencia prescribe la perentoriedad de las oportunidades procesales pertinentes para el recaudo de los distintos medios probatorios que se pretendan hacer valer en juicio. Es decir, que en desarrollo del proceso judicial debe haber por lo menos un mínimo de medios probatorios para que pueda concederse el derecho sustancial reclamado, contrario sensu, si la parte interesada falta a su deber procesal de cara a la aportación de las pruebas pertinentes, no puede pretender que sus aspiraciones tengan vocación de salir prósperas.

En conclusión, no fue posible demostrar que hubo siquiera prestación personal del servicio del demandante en favor u orden del accionado para al menos presumir en los términos del artículo 24 del CST la eventual existencia de una relación laboral subordinada, lo cual da al traste con las prestaciones e indemnizaciones solicitadas, que no tienen vocación de prosperar, razón por la cual se impone la confirmación en su integridad de la sentencia de primer grado, pues no existió mayor esfuerzo probatorio por demostrar la razón de las pretensiones en cabeza de la parte actora.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

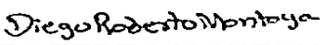
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de MARIELA MESA DE ACOSTA contra el BANCO POPULAR S.A. Rad. 110013105-038-2018-00352-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver tanto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante como la alzada propuesta por el banco demandado, contra la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

La señora MARIELA MESA DE ACOSTA, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene al BANCO POPULAR S.A., a reconocer el reajuste o indexación, de la primera mesada pensional, a partir del 10 de julio de 1994 a su favor; condenarlo a que le reconozca y pague la primera mesada pensional, por una suma de $264.097,20 que corresponde al 75% del último salario devengado debidamente indexado, desde el 02 de noviembre de 1992 hasta el 10 de julio de 1994. Igualmente, solicitó condenar al demandado para que le haga los siguientes reconocimientos y pagos: el reajuste o indexación de las mesadas subsiguientes a la primera mesada pensional, junto con las mesadas adicionales de julio y diciembre de cada año, incluyendo los incrementos por reajuste anual ordenados por Ley y a las diferencias pensionales que se llegaren a causar en el futuro, entre la pensión de vejez otorgada por el ISS y la pensión reconocida y reajustada por el Banco Popular. Por otro lado, solicitó condenar al demandado por los intereses de

moratorios, en subsidio, la indexación. A su vez, pidió que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por los artículos 100 y 109 del Código Procesal de Trabajo, concordante con los artículos 306 del Código General del Proceso y 177 del Código Contencioso Administrativo; igualmente, en el evento de no ser atendida la reclamación, se tenga al Banco Popular constituido en mora de la obligación de indexar y pagar los reajustes de la pensión oficial de jubilación. Por último, instó condenar al demandado al pago de costas y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que prestó sus servicios personales, subordinados y remunerados mediante contrato de trabajo al Banco Popular S.A., desde el 15 de enero de 1970 hasta el 02 de noviembre de 1992, es decir, por un periodo de 22 años, 09 meses y 09 días; al momento de la terminación del vínculo laboral devengó un salario de $239.330,24, durante su periodo laboral, la accionada tenía la calidad de empresa oficial del Estado y a partir del 04 de diciembre de 1996, se privatizó. De otro lado, el 10 de julio de 1994 cumplió 50 años de edad y, el Banco Popular le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación mediante Resolución del 05 de enero de 1996, por un valor de $184.683,36, a partir de la fecha en que se produjo su retiro, esto es a partir del 02 de noviembre de 1992 y el 10 de julio de 1994, fecha en la que cumplió los 50 años de edad, se produjo una desvalorización acumulada del peso colombiano. En consecuencia, el accionado debió reconocerle una pensión de jubilación oficial a partir del 10 de julio de 1992, por un valor de $264.097,20, es decir, debidamente indexada; adicionalmente, es beneficiaria del régimen de transición y posterior a su retiro del empleador, no se reintegró como empleada oficial o público, por lo tanto, no existe otro tiempo que deba ser contabilizado para efectos de la pensión. Anudado a lo anterior, a partir del 10 de julio de 1999 le fue reconocida una pensión de vejez por parte de Colpensiones y por un valor de $388.427; por ende, existe compartibilidad pensional entre la pensión de vejez otorgada por Colpensiones y la pensión oficial concedida por el Banco Popular, quedando el pago del mayor valor a cargo del accionado. Finalmente, agotó la vía gubernativa ante el demandado el 08 de noviembre de 2017 (fls. 01 a 09).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El BANCO POPULAR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones de la demanda, argumentando que esta entidad le reconoció la pensión de jubilación a la demandante y para ello, tuvo en cuenta todos los

emolumentos devengados por la accionante durante su último año de servicio, tal como lo ordena el ordenamiento legal, de tal forma que se halló la base salarial y determinó el valor de la pensión mediante Resolución del 05 de enero de 1996. La Ley 33/1985 fue la norma sobre la cual se estructuró el derecho pensional solicitado y concedido a la demandante, normatividad que no contempla la actualización solicitada en la demanda; motivo por el cual no le asiste a la actora una actualización del IBL, entre la fecha del retiro y la fecha de jubilación. Respecto de los intereses moratorios, estos no son procedentes debido a que la Ley 33/1985 y el Decreto Ley 3135/1968 no los establecen, además el Banco no ha incurrido en mora respecto del pago pensional, porque el Banco, le ha dado aplicación a los reajustes anuales establecidos de la Ley 100/1993 y el Decreto 692/1994. Concluyó que al no adeudar el Banco suma alguna por ningún concepto a la actora, no es procedente hacer la indexación de la base salarial hallada para la liquidación de la prestación. Los Acuerdos 029/1985 y 049/1990 determinaron que la subrogación es un derecho de trasladar la obligación pensional, inicialmente en cabeza de los empleadores, a las empresas constituidas para tal efecto; este derecho se concreta con la afiliación y con las cotizaciones que establece la Ley, deberes que esta entidad cumplió a cabalidad y el modificar la cuantía de la pensión reconocida a la accionante, se le restaría el valor liquidado y pagado por ese concepto oportunamente. Finalmente, el Banco realizó los aportes a la seguridad social sobre el monto de la pensión reconocida y liquidada de acuerdo a los parámetros legales y de ser aumentada la cuantía de la pensión, no se debe ordenar la reliquidación de los aportes. Como excepciones de fondo, propuso las de «cosa juzgada», «prescripción», «falta de causa», «pago», «cobro de lo no debido», «buena fe», «inexistencia de la obligación reclamada», «compensación» y «genérica» (Fls.57 a 64).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al banco demandado a reajustar el valor de la primera mesada pensional reconocida a la demandante, fijándola en la suma de $283.497, teniendo en cuenta que indexado el IBL, ascendió a la suma de $377.997; en consecuencia, condenó al accionado a pagar las diferencias de las mesadas pensionales resultantes entre las sumas pagadas y las que realmente se causaron a favor de la actora, atendiendo el valor de la primera mesada reajustada junto con los respectivos reajustes legales, a partir del 10 de julio de 1994, y que por la prescripción corresponde a la demandada pagar las mesadas pensionales causadas

desde noviembre de 2014 y en adelante; sobre las diferencias de las mesadas pensionales, se deberán indexar conforme al IPC certificado por el DANE y conforme a la fórmula expuesta en la parte motiva, autorizando al demandado a descontar de las mesadas, las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y las sumas que resulten de la compartibilidad pensional. Por otro lado, declaró probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al mes de noviembre de 2014; absolvió al accionado respecto de la condena por pago de intereses moratorios. Finalmente, condenó en costas a la demandada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que la indexación del IBL de la primera mesada pensional ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia -Sala Laboral; inicialmente, se consideró esta posibilidad para pensiones causadas con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 y posteriormente, este criterio se ha venido ampliando en su campo de aplicación a pensiones causadas con anterioridad a la Carta Política, inclusive aplicándose a pensiones convencionales, voluntarias y las pensiones legales; al respecto el órgano de cierre precisó que es procedente la indexación del IBL cuando la pensión se cause con posterioridad a la Constitución Política de 1991, por lo que la restricción por parte de la accionada vulneró este precepto, toda vez que la pensión de la actora se causó con posterioridad a la Carta Política, razón por la cual, era procedente acceder a las pretensiones de la demandante, al margen de si se trató de un pensión legal, extralegal, convencional y de cualquier otra índole, por lo que debieron aplicarse los mismos preceptos de actualización o indexación del IBL, razón por la cual prosperó las suplicas de la demanda tendiente a la aplicación de esta figura. En tal medido, destacó que la demandante laboró para el Banco Popular 22 años 09 meses y 09 días, entre el 15 de enero de 1970 al 02 de noviembre de 1992 y que mediante Resolución le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 10 de julio de 1994, aplicándole una tasa de remplazo del 75% respecto del promedio de los salario devengados en el último año de servicio; motivo por el cual, desde la fecha del retiro de la vinculación laboral y la fecha a partir de la cual le fue reconocida la pensión a la demandante, el valor del IBL se vieron afectados por los fenómenos propios de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, por ende, debió hacerse la indexación para que se refleje el verdadero valor que le correspondía a la accionante. Por las razones anteriores expuso, que por concepto de salario de noviembre de 1991 a noviembre de 1992, se determinó la suma de $2.954.933,89, suma que dividida en 12 meses arrojó un promedio mensual de $283.497 que aplicado el índice final que correspondió al año 1994 y como índice

inicial al año 1992, se obtuvo como IBL la suma de $377.997 al que aplicada la tasa de remplazo, es decir el 75% arrojó un valor de $283.497, valor superior al que le fue reconocido inicialmente a la actora, por lo que debieron generarse las diferencias entre lo pagado y lo que verdaderamente le correspondía; motivo por el cual, condenó al Banco Popular para que reliquide la pensión de jubilación otorgada a la demandante, con una primera mesada pensional por la suma de $184.683,36, valor sobre el cual debió aplicarle los reajustes anuales pertinentes.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, concluyó el a quo que el 08 de noviembre de 2017 la demandante interrumpió la prescripción al presentar la reclamación administrativa, respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al mes de noviembre del 2014, no así respecto de las causadas a partir de noviembre de 2014 y en adelante; por lo que le correspondió a la demandada proceder hacer el pago de las diferencias de las mesadas pensionales causadas entre noviembre de 2014 y en adelante entre los efectivamente pagado y lo que correspondía luego del reajuste del IBL respectivo, estas diferencias pensionales a las que tenía derecho la demandante a partir del mes de noviembre del 2014, autorizando al Banco Popular para que descuente en la proporción que en derecho corresponde de los aportes con destino al Sistema de seguridad social en salud. Respecto de los intereses moratorios reclamados, indicó no había lugar a dicha condena, por no ser reconocida la prestación conforme a la ley 100 de 1993. Precisó finalmente, que en consideración a que la pensión es compartida con el ISS, en dicho escenario, de haber existido diferencias o superiores entre la pensión reconocida por el Banco y la que otorgaría el ISS, el accionado debió asumir las diferencias indexadas, con los respectivos descuentos al Sistema de seguridad social en salud.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, respecto a los intereses moratorios considerando que, el régimen general de las obligaciones estableció que los intereses son parte integral de la obligación y el accionado reconoció este régimen de las obligaciones, puesto que si alguno de sus clientes se retrasa en el pago, hay unos intereses que le cobran al cliente y la demandante accionó el aparato judicial para que se le concedieran sus pretensiones; por su parte, la Corte Suprema de Justicia decidió que los intereses moratorios de la Ley 100 de 1993, se apliquen a todo tipo de pensiones legales; además, el Banco en el agotamiento de la vía gubernativa teniendo la

oportunidad de hacer el reajuste, no lo hizo, por lo que solicitó, se ordene al accionado el pago de los intereses moratorios a favor de la accionante.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y adicionando que, al estipularse como valor de la primera mesada pensional de la demandante la suma de $283.497, como efecto de la teoría de la indexación, se ordena pagar las diferencias a partir del mes de noviembre de 2014, con el descuento de las sumas y la indexación de las sumas mes a mes de las diferencias personales; ante lo anterior señaló que ello no es procedente, puesto que el Banco le reconoció a la demandante mediante Resolución a partir 05 de enero de 1996, con efectividad a partir del mes de junio de 1994, por efectos de la Ley 33/1985, Ley que tenía unos beneficios legales respecto de otros criterios legales; por ende, consideró que no existe la posibilidad de hacer la indexación, ya que dio aplicación a dicha Ley y al Decreto Ley 3135/1998 que además ha venido reajustando anualmente la pensión. Por otro lado, indicó que dentro de la sentencia se señaló que la diferencia debía verse en relación a la compartibilidad de la pensión con Colpensiones, por lo que al Banco no se le puede cambiar las reglas de la pensión y así se determine un mayor valor. Finalmente, solicitó que, en caso de accederse a la indexación, se tuviera en cuenta que el juzgador concedió una pensión mayor de la solicitada en la demanda, situación no discutida en el proceso, lo que constituyó una violación al debido proceso y al derecho de defensa del Banco; además se cuestionó la forma en que se indexaron los valores, añadiendo que se estableció una doble sanción en contra del Banco, ya que las sumas ya venían siendo indexadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes alegaron en similares términos a los expuestos en sus apelaciones.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala de Decisión, determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la indexación de la primera mesada pensional, de ser así, verificar la forma de calcularla y de existir diferencia, determinar si debe ser a

su vez indexada; también establecer si hay lugar al pago de intereses moratorios por ese concepto.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene acreditado que la demandante prestó sus servicios al Banco Popular desde el 15 de enero de 1970 hasta el 02 de noviembre de 1992; entidad que mediante la Resolución No. 0039 del 05 de enero de 1996, le reconoció la pensión vitalicia de jubilación contemplada en el artículo 33 de la Ley 33 de 1985, en cuantía inicial de $184.683.36, efectiva a partir del 10 de julio de 1994 (fls. 39 a 43).

El anterior acto administrativo, demuestra que entre la fecha de la terminación del contrato de trabajo (02 de noviembre de 1992) y la fecha del reconocimiento pensional (10 de julio de 1994) transcurrió un periodo de 1 años, 8 mes y 8 días, interregno en que se devaluó el valor real del salario devengado por la actora.

Fue en razón a ello que el Juez de primera instancia ordenó la indexación de la primera mesada pensional, figura jurídica respecto de la cual la Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012 zanjó cualquier tipo de controversia respecto de su aplicación, pues definió que operaba sobre todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, criterio que en igual forma adoptó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[1], por lo que dicha figura jurídica opera en el caso sub examine.

Lo anterior demuestra que el razonamiento de la Juez de primer grado que actualizó el valor de la primera mesada pensional de la actora se ajustó a los parámetros fijados por la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional y de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, pues al efecto, resultó evidente la devaluación del valor de la primera mesada pensional por el transcurso del tiempo, advirtiendo que, no resulta de recibo lo expuesto por el apoderado del Banco Popular en tanto y en cuanto afirma que no debe dársele cabida a dicha interpretación jurisprudencial con efectos retroactivos, pues recuérdese que la aplicación del derecho por parte de su legítimo intérprete (jurisprudencia) es fuente de derecho, al igual de la que se predica de la Ley. Ello encuentra su razón

[1] Sentencia 47709 del 16 de octubre de 2013.

de ser en que de tiempo atrás se ha aclarado que el artículo 230 de la Constitución Política, cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley en su sentido formal, esto es, la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen, por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros. De igual modo, debe señalarse que la jurisprudencia debe acoplarse a las realidades sociales y permitir recoger las imprecisiones interpretativas en las que, en un momento dado, hayan podido incurrir los altos Tribunales, pero, se reitera, lo cierto es que la jurisprudencia es en verdad una fuente formal y material de derecho, de la cual se deriva su fuerza vinculante y el deber de acatamiento por parte de las autoridades judiciales y administrativas.

Este tema ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional en varias decisiones de tutela y de constitucionalidad, siendo la sentencia hito la C-836 de 2001, incluso en la sentencia C-252 del 28 de febrero de 2001, también se hizo referencia al deber de acatamiento de la jurisprudencia que, junto a la Ley y a la Constitución, se constituye en uno de los «materiales legitimados en los cuales se expresa el derecho». Lo anterior, sumado al hecho que el mismo Tribunal de lo Constitucional, le dio efectos ex tunc (desde siempre) a lo plasmado en la mencionada sentencia SU-1073 de 2012, alcance que también le ha dado la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, entre otras muchas en las sentencias SL5183-2019 del 18 de septiembre de 2019, M.P. FERNANDO CASTILLO CADENA y la SL3885-2019 del 27 de noviembre de 2019, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, precisando esta última que la indexación «es viable respecto de todas las pensiones, sean legales o extralegales, sin consideración a la data de reconocimiento, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por lo que no observa la Corporación elementos de juicio que justifiquen variar el referido criterio y, por el contrario, encuentra que debe reiterarlo en este asunto». Por lo que no erró el juez a-quo al ordenar la actualización del ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación del demandante.

Ahora bien, en cuanto a la fórmula para efectuar dicha actualización, las aludidas sentencias recordaron igualmente que, desde la sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicado 31222, en lo sucesivo para determinar el ingreso base de liquidación de pensiones como la que nos ocupa, se aplicará la siguiente fórmula:

$$VA = VH \times \frac{\text{IPC Final}}{\text{(el de diciembre de la última anualidad en la fecha que se adquirió el derecho a la pensión -1988)}}$$

IPC Inicial (correspondiente al de diciembre de última anualidad en la fecha de retiro - 1982)

Así pues, en aras de desarrollar dicha fórmula y teniendo en cuenta los reparos de la parte accionada en cuanto asegura que existen errores en la manera de indexar los valores, estos se revisaran. Al respecto, debe precisar la Sala que en el acto administrativo de reconocimiento se determinó como promedio salarial del último año la suma de $2.954.933,89, que dividida entre 12 arroja un IBL de $246.244,49, al cual, una vez aplicado como tasa de remplazo del 75% arrojó una pensión de $184.683,36. En ese orden de ideas, en aplicación de dicha fórmula, se debe tomar como IBL la suma de $246.244,49, que fue el valor tenido en cuenta por la demandada para el reconocimiento pensional, e indexar de acuerdo con un IPC inicial 26,6384 correspondiente al mes de diciembre de 1992, y como final 40,869600 correspondiente a diciembre de 1993, y realizada la operación aritmética se obtiene un valor indexado de 377.797, cifra a la que aplicado una tasa de reemplazo del 75% determina el valor inicial de la mesada pensional en la suma de $283.348, suma que resulta superior a la calculada por la entidad en aquel momento, pero ligeramente inferior a la calculada por el a quo, de tal modo que se modificará la decisión objeto de apelación en este puntual aspecto; precisándole en todo caso a la parte recurrente por pasiva, que el hecho de haberse concedido una suma superior a la pedida en la demanda, no implica desde luego una vulneración al debido proceso y derecho de defensa, en virtud de las facultades ultra extra petita de que está facultado el juez de primer grado y por supuesto, ello sí hacía parte del objeto de debate del presente proceso, en tanto y en cuento la discusión precisamente gira en torno a la indexación y valor de la primera mesada pensional.

Igualmente, y aunque no fue objeto de reproche la compartibilidad de la pensión de jubilación con la pensión de vejez, reconocida por el ISS, HOY COLPENSIONES, cabe decir que tal definición resultó acertada. Tampoco fue objeto de reproche la declaratoria parcial de la excepción de prescripción con anterioridad al mes de noviembre de 2014. Por lo anterior, lo decidido por el a quo en tal sentido queda incólume.

Ahora bien, con relación a la indexación del retroactivo adeudado por concepto del mayor valor desde el mes de noviembre de 2014 a cargo del Banco Popular, es criterio reiterado y actualmente pacífico por parte de la Jurisprudencia Laboral que, ante el envilecimiento del valor representativo de la moneda por el transcurso del tiempo, se hace necesario aplicar la actualización monetaria a fin de traer a valor actual la suma adeudada. Advirtiéndosele al banco recurrente que no puede

confundir la indexación de las mesadas adeudadas, con la actualización del ingreso base de liquidación para establecer el monto de la pensión, tal cual se asentó en sentencia CSJ SL5045-2018, donde recordó que «existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(…) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente» (Al respecto puede consultarse además la sentencia CSJ SL5429-2019).

Por lo tanto, estuvo acertada la decisión del a quo de ordenar la respectiva indexación de las sumas que mes a mes se causen por concepto del retroactivo adeudado.

En lo concerniente al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, si bien es cierto que a partir de la sentencia CSJ SL1681-2020 la Sala de Casación Laboral modificó el criterio en torno a «que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones»; de igual modo, en sentencia CSJ SL3130-2020, reiterada en la CSJ SL3090-2020, se modificó el criterio que hasta ahora esta Sala venía sosteniendo según el cual no había lugar a su procedencia, cuando de reajustes pensionales se trataba, en el sentido de que la entidad no se sustraía del reconocimiento de las mesadas pensionales, para en su lugar determinar que los intereses moratorios concebidos en el artículo 141 ibídem «se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora».

En ese orden de ideas, aunque la Sala se acoge a dichas interpretaciones con los alcances allí definidos, precisa en todo caso que resulta aplicable la tesis expuesta desde la sentencia CSJ SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, donde se determinó

que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, lo cual se configura en el caso de marras, pues es claro que el BANCO POPULAR en su momento concedió la prestación de forma oportuna, y si bien se encontró en el trámite del presente proceso que no se indexó la prestación y por ende encontrándose una diferencia en favor de la pensionada, es claro que al momento de reconocerse la misma, la entidad se sujetó a las normas y alcance que de las mismas se tenían para ese momento histórico, recuérdese que la teoría de la indexación de las pensiones surgieron con posterioridad a tal reconocimiento, e incluso, hasta el año 2007, la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia CSJ SL, 06 dic. 2007, rad. 32020 unificó el criterio y la fórmula en torno a la forma que debían indexarse las pensiones. De modo que, para esta Sala de Decisión, tal situación, sí es una razón atendible que permite exonerar a la accionada de los intereses moratorios. Por lo tanto, se confirmará en este puntual aspecto la sentencia de primera instancia.

En este contexto decisional, y al quedar resueltos todos y cada uno de los puntos materia de inconformidad planteados por los apelantes, la Sala MODIFICARÁ la decisión de primera instancia acorde a lo motivado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que el valor de la primera mesada, de la pensión de jubilación reconocida a la actora por parte del Banco Popular corresponde a la suma de DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS ($283.348), de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

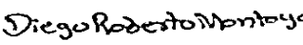
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JOSÉ IGNACIO RIAÑO ROJAS contra DECORPISOS S.A.S. Rad. 110013105-038-2019-00195-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ IGNACIO RIAÑO ROJAS a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de DECORPISOS S.A.S., con la finalidad que se declare la existencia de un contrato realidad de tipo laboral a término indefinido sin solución de continuidad desde el 16 de diciembre del 2000 y el 18 de diciembre de 2018, en el horario de lunes a viernes de 7am a 6pm y los sábados de 7am a 12pm, con una remuneración de $1.220.984, que fue despedido sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago por concepto de auxilio de cesantías desde el 16 de diciembre de 2000 hasta el 01 de enero de 2018 por un total de $27.469.566, junto con sus intereses por concepto de $567.415, así como la indemnización contemplada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en suma de $311.331.748, del mismo modo se condene al reconocimiento y pago del valor correspondiente a horas extra por $1.831.104; la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa por $18.821.739, la indemnización por no pago al finalizar la relación laboral por

$3.052.174, se condene por concepto de ropa laboral $600.000; así como a las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se vinculó mediante contrato laboral a partir del 16 de diciembre del año 2000, hasta el 18 de diciembre del año 2018, destacó que siempre tuvo el mismo objeto que era prestar servicios de carpintería, con una remuneración básica mensual de $1.225.984 en la jornada de lunes a viernes de 7 de la mañana a 6 de la tarde y los días sábados de 7 de la mañana a 12 del mediodía sin horario de almuerzo; resaltó que no se le reconoció lo correspondiente a la ropa de labor teniendo que asumir de su propia cuenta, agregó que si bien existe un contrato de trabajo escrito a término fijo por un año, se desconoce la fecha de suscripción del mismo, pues establece el 16 de diciembre del 2000 para el inicio de las labores y con vencimiento el 15 de diciembre 2001; detalló que no existió corte entre renovación y renovación de cada contrato, no existiendo interrupción temporal, adicionalmente recalcó que el objeto del contrato siempre fue el mismo. Agregó que no se le consignaron los aportes completos por concepto de cesantías, pues el salario base de liquidación, fue extractado sin el promedio de horas extras, las cuales, por demás, no se le pagaban (fls. 04 a 24).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DECORPISOS S.A.S dio contestación a la demanda, con oposición a la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido, argumentando que se trató de un contrato a término fijo, adicionalmente el trabajador desempeñó sus labores en una jornada de 48 horas semanales, con un salario de $1.337.780 y como subsidio de transporte la suma de $82.210; añadió que la terminación del vínculo laboral se dio por el vencimiento del término pactado, precisando, que a través de su oficina de recursos humanos dio por terminado el contrato de trabajo dentro de los términos exigidos por la ley, esto es con más de treinta días de anterioridad; así mismo, que un contrato de trabajo a término fijo como puede ser renovado indefinidamente, como en este caso sucedió, teniendo claro que la renovación del contrato no necesariamente debe ser obligatoria pero por mandato legal si no se dice nada en relación con la terminación se prorroga automáticamente y por el mero transcurrir del tiempo no se convierte en un contrato a término indefinido, como equivocadamente lo quiere hacer ver la demandante; de la misma forma resaltó que la empresa siempre realizó las consignaciones conforme lo estipula la ley, de las cesantías junto con sus intereses conforme con el salario devengado; agregó que el accionante nunca realizó tiempos suplementarios y que a la terminación del contrato de trabajo se liquidaron y pagaron todos los emolumentos laborales;

concluyó que siempre le hizo entrega de la dotación correspondiente al trabajador. Como excepciones de mérito, formuló las de «cobro de lo no debido», «inexistencia de las obligaciones», «buena fe» y «prescripción» (fls. 56 a 62).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 16 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, resaltó que del expediente se extrajo el contrato de trabajo por virtud del cual el demandante se vinculó con la accionada para desempeñarse como carpintero, por un término de un año contado a partir del 16 de diciembre del año 2000, hasta el 15 de diciembre del año 2001; por tanto, se debía entenderse que, en el evento de no haberse renovado el contrato, esta última sería su fecha de terminación. De otra parte encontró igualmente acreditado, que mediante escrito el 9 noviembre del 2018 el empleador le manifestó al accionante que su contrato de trabajo vencía el 15 de diciembre el 2018 y que no sería prorrogado. En ese orden, advirtió que en consonancia con el artículo 46 del CST el contrato de trabajo se suscribió a término fijo, que si bien la duración no podía ser superior a los 3 años, si era posible su renovación indefinidamente, sin que por el efecto de la multiplicidad de prórrogas pudiera deducirse que este contrato muto a un contrato a término indefinido sin mediar al respecto un acuerdo de voluntades, en consecuencia cada año desde el año 2000 hasta el año 2018 se dio una renovación de manera automática. Resaltó que ello no vulneraba el principio de igualdad, en la medida en que no se está frente a una situación de igualdad, pues se presentan dos modalidades de contratos, cada una con sus particularidades y características, para el caso en concreto al no prorrogar el contrato de trabajo, por lo que no era procedente declarar la procedencia de un contrato de trabajo a término indefinido, aplicando el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. En cuanto a las horas extra o el trabajo suplementario alegado por el demandante, señaló que estos tiempos adicionales deben estar claramente determinados, pues no era una presunción de tal manera que sólo se podía declarar la causación en los días acreditados, máxime que no era dable suponer el número de horas extras, tampoco se logró establecer que en los sábados se hubieran causado tiempo suplementario, pues de los testimonios se tenía que los días sábado se compensaba con trabajo adicional en la semana para garantizar el descanso completo el día sábado y domingo motivo por el cual concluyó que no era usual que los días sábados prestara sus servicios, por el contrario precisó que era una situación excepcional. Respecto a

las dotaciones aseveró que si bien es cierto no se evidencia que al demandante le suministrarán las dotaciones de calzado y vestido labor, tampoco se acreditó la calidad de las dotaciones requeridas para el desempeño de su actividad al servicio a la demandada, como tampoco se cuantificó en términos económicos un valor aproximado del vestido, por lo que no era procedente la condena por este concepto.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa reiteró que el 9 de noviembre del año 2018, la accionada mediante escrito, le expresó al trabajador la intención de no prorrogar el contrato de trabajo y aun cuando no lo exige la ley le indicó los motivos como lo fue la baja en la productividad de la empresa; en ese sentido, añadió que conforme al artículo 46 del CST, se habilita al empleador para comunicarle al trabajador su decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, sin que ello pueda deducirse una injusta causa, que amerite el reconocimiento de una indemnización, de la mano con el artículo 61 del CST que trata del plazo fijo pactado, correspondiendo este a una causa legal de terminación de los contratos de trabajo, que en términos generales no comporta la calificación de despido por decisión unilateral. Concluyó que la indemnización por pago del artículo 65 del CST se predica cuando el empleador al momento de la terminación del contrato no le cancele lo debido por concepto de salarios y prestaciones; esta indemnización se desprende de la mala fe del empleador pues en el presente proceso no se acredita que el demandante se le adeudan salarios o prestaciones sociales y en consecuencia no había lugar a ninguna condena.

APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación; argumentó que no se tuvieron en cuenta sus alegatos de conclusión respecto de la jerarquía normativa que existe en la constitución política; del mismo modo argumentó, que con fundamento en el artículo 53 de la CP, los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, ni los derechos de los trabajadores, de modo que no se está aplicando la Constitución al presente caso, ni los principios constitucionales; que no era de recibo que se esté aplicando el artículo 46 del CST por encima del artículo 53 de la Constitución.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada solicitando se revoque la decisión de primer grado. La parte accionada guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación en los términos del artículo 66 A del CPTSS, determinar si el contrato a término fijo pactado inicialmente por escrito entre las partes, mutó a uno de modalidad a término indefinido.

CONSIDERACIONES

Al efecto, para resolver el primer problema jurídico, se tiene que los artículos 46 y 47 del CST, señalan que los contratos de trabajo pueden ser a término fijo o indefinido. El primero, en principio, debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, y; el segundo, es el que no tiene pactado un término fijo.

Así pues, la duración del contrato es un presupuesto que el legislador permitió fuera negociado o acordado por las partes del contrato de trabajo, tanto en el contrato escrito como en el contrato verbal, como claramente lo definen los artículos 38 y 39 del CST, pues allí se faculta a las partes para acordar la duración del contrato, obviamente esta debe estar acorde con las prescripciones legales, pero el hecho de celebrar varios contratos de trabajo sea a término fijo o por obra o labor contratada, de manera voluntaria, sin que se afecte el vicio del consentimiento, bajo ninguna perspectiva de análisis puede variar por la simple perduración en el tiempo de la prestación del servicio del trabajador para el mismo empleador, en un contrato de trabajo a término indefinido.

Respecto a la renovación automática e indefinida que puede recaer sobre los contratos de trabajo a término fijo, la Corte Suprema de Justicia pacíficamente se ha pronunciado en el sentido que de darse tal situación, no se muta su duración a indefinida, sino que para que esta variación se genere, es necesario que las partes de mutuo acuerdo, hagan constar dicho cambio; es decir, se requiere que se acuerde entre las partes suscriptoras o que expresamente el empleador decida transformarlo y ese cambio sea aceptado expresamente por el trabajador. Así se ha predicado de antaño, verbigracia en la sentencia CSJ SL rad. 11356 de 1999, CSJ SL Rad. 7325 de 1995, CSJ SL Rad. 11356 del 12 de febrero de 1999, SL15610-2016, y más recientemente, en la sentencia CSJ SL9643 de 2017, donde el Alto Tribunal recordó:

> «[…] que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.
> Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó:

> "De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad."
>
> E incluso, en un paso conceptual más adelante, la Sala también ha explicado que la sucesiva renovación del contrato laboral a término fijo, no lo trasfigura en uno a término indefinido. Así lo dejó consignado en la sentencia CSJ 19343 del 7 de febrero de 2003, cuando puntualizó:
>
> "Consecuente con lo anterior, de ninguna manera puede pensarse por el recurrente que al demandante no se le podía dar por finalizado el vínculo contractual, luego de habérsele dado el aviso que señala el precepto en comento, porque de verdad que no le servía el argumento consistente en que mientras subsistieran las causas que le dieron origen, el vínculo permanecería vigente en el tiempo, lo que sería como cambiarle el término de fijo por el de indefinido sin más, cuando el precepto solo habla de renovación, que de ninguna manera cambia la naturaleza del contrato, lo cual solo depende del acuerdo de voluntades».

De otro lado, frente a la estabilidad laboral o estabilidad del empleo, conforme a lo adoctrinado por la la jurisprudencia constitucional, esta comporta una manifestación del principio de seguridad, pues el trabajo además de ser un medio de sustento vital, es una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, lo cual implica la existencia de una estabilidad básica en el empleo que no significa que el trabajador sea inamovible en términos absolutos, porque siempre se tendrán en cuenta las justas causas para dar por terminado el contrato. Pero si es conveniente que se siente como principio laboral la estabilidad, en atención a la garantía del trabajador a permanecer en su actividad en provecho, tanto propio como social (Sentencia C-023, 1994).

De igual modo, en sentencia C-016 de 1998, el Tribunal Constitucional precisó que mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono.

Así mismo, en sentencia C-588 de 1995, mediante la cual se precisó que el principio de la estabilidad en el empleo no se opone a la celebración de contratos a término definido, puesto que, las relaciones laborales no son perennes o indefinidas, pues tanto el empleador como el trabajador, en las condiciones previstas en la ley y en el

contrato tienen libertad para ponerles fin. La estabilidad, por lo tanto, no se refiere a la duración infinita del contrato de trabajo, de modo que aquélla se torne en absoluta, sino que, ella sugiere la idea de continuidad, a lo que dura o se mantiene en el tiempo. Bajo este entendido, el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad en el empleo. Advirtiéndose, que, en todo caso, el patrono siempre tiene la libertad de terminarlo, bien invocando una justa causa o sin ésta, pagando una indemnización.

En esa misma senda, la Sala de Casación Laboral, adoctrinado que «la estabilidad en el empleo no implica un criterio de indisolubilidad del vínculo laboral, sino de continuidad del mismo si se cumplen las condiciones para ello. Dicho de otro modo, dicha figura jurídica tiene ver con la expectativa cierta que tiene el empleado de conservar su puesto de trabajo mientras subsistan las circunstancias que le dieron origen y cumpla con sus obligaciones. Empero, tal garantía tampoco es absoluta ni implica la prerrogativa indefinida de permanecer en un empleo (CC C-1341-2000), en la medida que ello atentaría contra el principio de autonomía de la voluntad de una de las partes o de ambas, para poner fin al vínculo contractual» (CSJ SL3424-2018).

Así las cosas, en el caso concreto se tiene que, en efecto, entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo con fecha de inicio del 16 de diciembre del año 2000 y vigencia de un año, tal como se observa del contrato obrante a folios 31 y 216, así como de la certificación emitida el 20 de diciembre de 2018 por la accionada (fl. 30). De igual modo, el mismo se dio por terminado el 15 de diciembre de 2018 al no ser prorrogado, como lo evidencia el aviso realizado por la accionada al trabajador el 9 de noviembre de 2018 (folios 32 y 213). En ese sentido, es claro que las partes aquí en contienda convinieron como modalidad contractual, el término fijo, a partir del 15 de diciembre de 2000, el cual se fue prorrogó 17 veces por el mismo periodo, lo que significa que la última de ellas vencía el 15 de diciembre de 2018 y en esta última haciendo uso de la facultad contemplado en el artículo 46 se dio por terminado dentro del mes anterior a su vencimiento, por expiración del plazo pactado, cumpliendo así con su deber contractual.

En ese sentido, como ya se expuso en los argumentos jurídicos, la modalidad del vínculo contractual lo deciden las partes y en el presente asunto definieron los contratantes vincularse por un contrato a término fijo, que se siguió prorrogando sucesivamente cada año hasta el año 2018, el cual mantuvo su modalidad con independencia de las sucesivas prórrogas, sin que pueda considerarse por ello la mutación a un contrato de término indefinido.

De conformidad con lo expuesto, al haberse agotado la materia objeto de alzada, también se agotó la competencia de este tribunal, por tanto, se confirmará la sentencia apelada en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

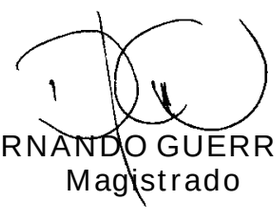
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado MARTA LUCIA RUIZ CASTRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-035-2019-00830-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARTA LUCIA RUIZ, pretende se declare que existió vicio en su consentimiento al no haber sido debidamente informada por parte de las AFP demandadas de las implicaciones para su pensión el traslado de régimen efectuado en el año 2000, en consecuencia pretende se declara la nulidad de la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A., y en el mismo sentido se declare que no perdió el régimen de transición al trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual; por lo anterior se condene a PORVENIR S.A. a liberarla de su base de datos y a hacer el respectivo traslado de las cotizaciones efectuadas a COLPENSIONES y a está recibir todos los dineros cotizados incluidos rendimientos y descuentos que por administración le haya practicado las AFP privadas para que sean tenidos en cuenta a la hora de liquidar su mesada pensional.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 13 de enero de 1963; que se afilió al Régimen de Prima Media el 31 de octubre de 1994 cotizando 251 semanas; informó que el 01 de febrero del año 2000 el representante del fondo PORVENIR S.A. la indujo a firmar su traslado al Régimen de Ahorro Individual manifestando que el Instituto de Seguros Sociales estaba en crisis y corría el riesgo de quedar sin pensión de permanecer en este, resaltó que no se le ilustró acerca de las implicaciones, beneficios y/o perjuicios que le implicaba su traslado; el 9 de agosto de 2019 radicó ante COLPENSIONES solicitud a fin de que se acepte su reintegro al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, petición resuelta el 16 de septiembre de 2019 de manera negativa (Fls. 03 a 16).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, y en su lugar solicitó, se absuelva de las mismas, en razón a que en la etapa precontractual se le brindó información veraz completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, resaltó que en el expediente no obra prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, por el contrario precisó que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas, agregó que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; adicionalmente recalcó que no hizo uso del derecho de los afiliados al retracto; como tampoco existe una nulidad a la luz de los artículos 1508 y 1740 del código civil, además la misma no se alegó conforme al artículo 1750 de la misma normativa pues el acto del traslado se realizó en el año 2000 y de existir esta, fue saneada en los términos del artículo 1752; adicionalmente precisó que le corresponde a la demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado no bastando para ello la simple afirmación; de otra parte puntualizó que en los casos en los que se ha declarado la nulidad está afecta la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en el año 2000 es decir que han transcurrido más de 20 años configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental. Propuso como excepciones las de «descapitalización de sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en

instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fl. 112 a 126 .

A su turno, la AFP PORVENIR S.A. manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, argumentando para tal efecto que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar un régimen pensional se vio coartada; agregó que PORVENIR S.A. cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar una asesoría veraz, clara y oportuna dándole a conocer los beneficios del Régimen de Ahorro Individual; abonado a ello resaltó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, máxime cuando se vinculó al Instituto de Seguros Sociales en el año 1994, y que en el evento de realizar la devolución de los rendimientos financieros dejaría a la demandante en una situación más favorable de la que tendría de haber permanecido en el Régimen de Prima Media dado que recibiría dineros que no se generan en este régimen pensional, en contravía a lo establecido en el artículo 1746 del código civil, y que los gastos de administración y las primas de seguros previsionales ya han sido consumidas y tuvieron como finalidad remunerar la gestión cumplida por PORVENIR materializada en los rendimientos financieros en la cuenta de la accionante y las primas de seguros cubrieron los riesgos de invalidez y muerte. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 168 a 194).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la accionante.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que conforme a los documentos obrantes en el expediente, la accionante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a PORVENIR S.A. en marzo del año 2000; que le corresponde al fondo privado en virtud de la inversión de la carga de la prueba, demostrar que brindó toda la información a la demandante, para que tomará la decisión que más le fuera favorable en cuanto al régimen pensional; recalcó que si el afiliado alega que no recibió información debida al momento de su afiliación, ello corresponde a un supuesto negativo, que no puede demostrarse materialmente por quién lo invoca, en consecuencia es obligación de la entidad demostrar que cumplió

su obligación mediante todos los medios de convicción que permitan dar certeza que al momento del traslado de régimen, la afiliada contaba con todos los elementos de juicio suficientes para decidir libre y voluntariamente; en el mismo sentido reiteró que son las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben brindar a sus potenciales afiliados información clara y suficiente, en punto de las implicaciones que conlleva el traslado de régimen, como quiera que aquellas sustentan la calidad de instituciones expertas, informando acerca de los beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como los efectos negativos de esa decisión, dando a conocer de manera suficiente atendiendo cada caso en particular y sus alternativas teniendo cuidado en no menoscabar derechos a la seguridad social; dicha información debe comprender todas las etapas, desde la antesala de la filiación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, cumpliendo con su deber de buen consejo incluso llegando a desanimar al posible afiliado. Por lo anterior le correspondía Porvenir S.A., demostrar que le dio tal información en los términos señalados, circunstancia que no se acreditó; de otra parte, para que se configure la ineficacia de la filiación esa falta de información debe generar lesión injustificada en el derecho pensional del afiliado, impidiendo el acceso a su derecho pensional, sin embargo no se demostró que esa falta de información le hubiese generado lesiones injustificadas a la accionante pues esto debió ser probado en el transcurso del proceso, resaltó que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y la actora no logró demostrar que en efecto la omisión del fondo le ocasionó un perjuicio o una lesión a su derecho pensional; pues advirtió que no existe un documento que demuestre que el monto de la pensión que le correspondería en el Régimen de Ahorro Individual, resulta inferior al que eventualmente le fuera reconocido en el Régimen de Prima Media, pues la simple afirmación no demuestra que en efecto se genere un perjuicio con ocasión al traslado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante, apeló la decisión, argumentando para tal efecto que está aprobado en el proceso que las demandadas no le dieron la información veraz, suficiente y completa de cara a su traslado pensional; de otra parte, destacó que se aparta de la afirmación de que se debe probar el detrimento causado, pues ya es una afectación a su derecho fundamental el no haber recibido una asesoría necesaria, pues ello vició su consentimiento y voluntad, para cuando realizó la afiliación en el año 2000; de otra lado aseveró que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, la misma señaló que por consultas que hizo a sus compañeros de empresa, evidenció el detrimento y el menoscabo de su mesada

pensional; finalmente precisó que la sentencia 4806 del 14 octubre 2020, es posterior a la radicación de la demanda que fue en el año 2019 no siendo viable tener en cuenta una jurisprudencia que para ese momento no existía.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandante presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, los demandados presentaron alegaciones en similares términos a lo expuestos en las contestaciones al libelo inicial, solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 24 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 13 de enero de 1963, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 6 de septiembre de 2019 (Fls 39 a 40, y 84 a 85) , es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho 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, ni siquiera se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de marzo de 2000 (Fl. 227), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan

constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (13 de marzo de 2000, Fl, 227), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORNEVIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (13 de marzo de 2000 Fl 227), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no

tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se REVOCARÁ la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por la señora MARTA LUCIA RUIZ CASTRO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la AFP PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 2000; y como consecuencia de ello,

ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- todos los aportes efectuados por la demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por seguros previsionales, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

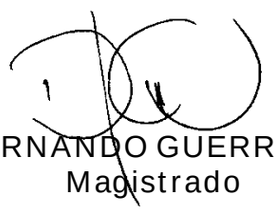
TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DiegoRobertoMontoya

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado RICARDO ENRIQUE ABISAMBRA VALENCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. Rad 110013105-036-2019-00810-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por quienes integran la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de marzo de 2021. Así mismo el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor RICARDO ENRIQUE ABISAMBRA VALENCIA promovió demanda ordinario laboral con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS realizada el 4 de abril de 1995, del mismo modo se declare la ineficacia de la filiación efectuada a la AFP OLD MUTUAL el 18 de septiembre de 2009; en consecuencia, se declare que para todos los efectos legales nunca se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida; se ordene a OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus rendimientos y demás valores causados con motivo de su afiliación, sin descuentos por el pago de las mesadas pensionales que se hayan efectuado o se llegaren a efectuar, así como de los gastos de administración,

debidamente indexados, se ordene a COLPENSIONES recibir estos valores y a actualizar en la historia laboral su retorno a dicha entidad.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que efectuó aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de enero de 1987, hasta el 30 de abril de 1995, que con posterioridad solicitó afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS desde mayo de 1995, hasta octubre del año 2009; resaltó que previo la firma de esta filiación COLFONDOS le informó que en este fondo se podría pensionar a la edad que quisiera, con un monto más alto al que le corresponde en el Régimen de Prima Media, asimismo le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría por lo cual, sus afiliados debían trasladarse a una AFP privada, ya que lo contrario perderían las semanas cotizadas en dicha entidad; destacó que COLFONDOS jamás le informó cuáles eran las características de ambos regímenes y las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez, como también omitió informarle los riesgos que implicaba su afiliación, como las ventajas y desventajas, así mismo omitió informarle que su mesada pensional dependería del capital que lograra acumular en su cuenta de ahorro individual, su expectativa de vida y la de sus posibles beneficiarios, del mismo modo, omitió informarle acerca de las cotizaciones voluntarias, las diferentes alternativas de pensión y los requisitos para acceder a cada una de ellas, como tampoco se efectuó una proyección acerca de cuál sería el monto de su mesada pensional. Explicó que posteriormente solicitó afiliarse a OLD MUTUAL desde noviembre del año 2009, destacó que, en la misma medida, este fondo tampoco le informó las características de cada uno de los regímenes, con anterioridad a su afiliación, omitiendo informarle acerca de las condiciones específicas para obtener la pensión de vejez, como las ventajas y desventajas; tampoco realizó una proyección de cuál sería el monto pensional, no suministrando información cierta, completa, veraz e imparcial. Concluyó que el 27 agosto del año 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, que a la fecha no ha sido resuelta (Expediente digital: 001. PO. Ricardo Abisambra Valencia Vs Colfondos y otros Fls- 61 Exp. 036-2019-00810.pfd Fl. 01 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, y en su lugar solicitó, se absuelva de las mismas, en razón a que si bien es ajena a la información suministrada por COLFONDOS, las condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada régimen

se encuentran dentro de la Ley 100 de 1993 y que los requisitos de cada régimen dependen de diferentes factores que la misma normatividad impone. Y al ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto, no le es dable al demandante alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo 9 de Código Civil, para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto ya que este señalamiento lo hace la ley. Agregó que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen pensional; y este hecho deberá ser probado dentro del proceso por el demandante. Propuso como excepciones las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica» (Expediente digital: 001. Contestación Colpensiones SEP-09-20).

A su turno, la AFP SKANDIA S.A. manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, argumentando para tal efecto que la filiación goza de plena validez ante la ley, pues se realizó acorde a los parámetros legales exigidos para la época de la filiación, no presentando ninguna irregularidad que pueda predicar la ineficacia del traslado, resaltó que el accionante manifestó su voluntad como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito el 9 de septiembre del año 2009, mediante el cual solicitó pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por otro lado, en el evento de declarar la nulidad de la filiación, resaltó que corresponde únicamente la devolución de sumas que conforman la cuenta de ahorro individual y los rendimientos que se encuentran a nombre del accidente, toda vez que lo que refiere a gastos de administración en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993, no es dable su devolución pues se destina una parte a pagar la póliza para el cumplimiento de los seguros de invalidez y muerte, riesgos con la naturaleza de inminentes, de los cuales es beneficiario el actor, por cuanto durante su vinculación tuvo cobertura, adicionalmente destacó que el mencionado porcentaje ya fue pagado en la aseguradora para cubrir los riesgos y por tanto no se encuentran en las arcas de la AFP. Presentó como excepciones de fondo las de «buena fe», «genérica», «cobro de lo no debido por ausencia de causa

e inexistencia de la obligación» y «prescripción» (Expediente digital: 002. CONTESTACIÓN OLD MUTUAL JUL - 09-20 Exp. 036-2019-00810. pdf Fl. 74 a 85).

Finalmente la AFP COLFONDOS S.A. presentó allanamiento frente a la prosperidad de las pretensiones, en especial a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante a COLFONDOS S.A., argumentó para tal efecto que el accionante suscribió formulario vinculación a la AFP COLFONDOS el 4 de abril de 1994, la cual se hizo efectiva a partir del 01 de mayo de 1994, proveniente de un traslado régimen; resaltó que su estado actual de afiliaciones es con la AFP OLD MUTUAL con lo cual expresó su voluntad y libre escogencia de régimen pensional; precisó que no se cuenta con soportes de la asesoría o una proyección de cálculo actuarial efectuado al demandante, que pueda demostrar que se le asesoró, brindándole información que le permitiera establecer un comparativo entre ambos regímenes y así el demandante tomará la decisión de pertenecer en uno u otro, recalcó que el accionante suscribió el formulario afiliación de manera libre y voluntaria, por lo tanto no existe vicio del consentimiento, ni se omitió información alguna para obtener beneficios; concluyó que como se allana COLFONDOS y no COLPENSIONES solicita que se decrete la sentencia parcial de la que habla el inciso tercero del artículo 98 del código general del proceso y se continúe el proceso con COLPENSIONES. Finalmente solicitó que en el evento decretar la nulidad de la filiación no se le condene en costas y agencias en derecho. (Expediente digital: 001. PO. Ricardo Abisambra Valencia Vs Colfondos y otros Fls 1 - 61 Exp. 036-209-00810. pdf 73 y 74). Dicho allanamiento no fue aceptado por el juzgado de conocimiento (Expediente digital: 014. Acta Audiencia Art 77 C.P.T y la .S.S Mar-25-2021 Exp. 036-2019-00810).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 25 de marzo de 2021; declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizó por el demandante RICARDO ENRIQUE ABISAMBRA VALENCIA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.; ordenó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos; así como a reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su

afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la escogencia de los regímenes debe ser completamente libre y voluntaria, para ello la información brindada debe mostrar simetría con el deber de información entre las administradoras de pensiones y los potenciales afiliados para pertenecer a un régimen; señaló que este tipo de decisiones deben ser voluntarias y libres no siendo suficiente manifestaciones puras y simples al tratarse de una decisión de tal trascendencia como lo es el futuro pensional, debiendo ser información clara completa y comprensible, indicando las consecuencias no sólo las positivas, sino también las negativas; consideró el despacho que si bien es cierto que para el momento en que el demandante realizó el traslado de régimen, esto es el en año 1995 de acuerdo con el formulario de afiliación a folio 44 del archivo PDF 001 del expediente digitalizado, y aún no se había expedido el régimen de protección al consumidor financiero ley 1328 del año 2009 o la ley 1795 del 2013 como el mismo decreto sobre protección al consumidor financiero del sistema general de seguridad social, ello no puede ser indicativa de que para el momento del traslado régimen pensional no existiera el deber de información, atendiendo el postulado constitucional de buena fe y confianza legítima en la totalidad de las actuaciones, destacó que al estar en presencia de una negación de carácter indefinido, se traslada la carga de probar situación contraria a la AFP en este caso COLFONDOS, quien no allegó prueba tendiente a acreditar el cumplimiento del deber de información, por tanto se concluye que existió omisión injustificada en la información, sin que la suscripción del formulario preimpreso tenga la calidad para demostrar la información que se le suministro al afiliado previo al momento de realizar el traslado de régimen pensional, que tampoco puede entenderse convalidado por el tiempo que permanece en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni con la movilidad dentro del mismo, puesto que ese deber de información se tuvo que hacer previo al traslado de régimen, destacó que la libertad de elección afecta derechos de índole fundamental, que no pueden ser reparados simplemente por el paso del tiempo; en cuanto el principio de sostenibilidad financiera destacó que los valores que se deben reintegrar serán los utilizados por el reconocimiento del mismo derecho pensional, con base en reglas del Régimen de Prima Media

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada SKANDIA presentó recurso de apelación, en lo referente a la condena de gastos de administración, argumentando para tal fin que estos son un porcentaje que se cobra como contraprestación a los servicios, distintos

de una póliza de riesgo invalidez o muerte que si bien el accionante no la uso, si fue beneficiario durante el todo el tiempo de afiliación; por otra parte en lo que refiere a la administradora la cuenta de ahorro individual con solidaridad, regresar estos valores constituye un enriquecimiento injustificado, teniendo en cuenta que los dineros que se deben regresar son producto de los rendimientos que se generaron, que no hubieran existido de haber permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo imposiciones normativas que tenía que cumplir establecidas en la ley 100 de 1993.

El apoderado judicial de la accionada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva de todos los cargos formulados; argumentando para tal efecto que la Corte Suprema de Justicia indicó que el deber de información de las administradoras se tendrá que acreditar en todos los procesos conforme a situaciones específicas de los afiliados, como si son beneficiarios del régimen de transición; destacó que el deber de información a evolucionado con el tiempo, pues para la fecha del traslado esto es en 1995 no existía la obligatoriedad de efectuar proyecciones actuariales teniendo en cuenta las fluctuaciones, pues para la época el demandante contaba con 345 semanas cotizadas y 32 años de edad, por lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué condiciones serían su mesada pensional; de otra parte recalcó que el formulario de afiliación es válido y produce efectos jurídicos para las partes, y que no se está frente la existencia de un derecho adquirido teniendo en cuenta que no es beneficiario del régimen de transición; insistió que para el año 1995 la ley no enunciaba el deber de hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización o aquellas fluctuaciones del propio mercado; destacó que la firma en el formulario de afiliación es válida teniendo en cuenta que la voluntad se ve plasmada y no adolece de ningún vicio del consentimiento, por lo que no es procedente declarar su ineficacia pues el mismo fue firmado de forma libre, sin presiones, entre personas capaces y conforme al marco legal existente para la época del traslado, por lo anterior precisó que el deber de información exigido para el año de 1995 fue acreditado. Destacó que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad durante más de 10 años antes de estar inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, teniendo tiempo para decidir la manera en que quería construir su derecho pensional, haciéndolo de manera extemporánea hasta el 5 de septiembre del año 2019, por lo que no es procedente aceptar al demandante a la luz del principio de sostenibilidad financiera.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas COLPENSIONES y SKANDIA S.A. presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada, y solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes y como consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el actor.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 34 obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 5 de febrero de 1962, por lo que la edad de 62 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2024, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 27 de agosto de 2019 (Expediente digital: 001. PO. Ricardo Abisambra Valencia Vs Colfondos y otros Fls 1 -61 Exp. 036-209-00810. pdf 28 a 35), es decir, cuando evidentemente se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho 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 contaba con 290,87 semanas (Expediente digital: 003. GRP-SCH-HL-66554443332211_1800-20200824083453), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 04 de abril del año de 1995 (Expediente digital: 001. PO. Ricardo Abisambra Valencia Vs Colfondos y otros Fls 1 -61 Exp. 036-209-00810. pdf Fl 44), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante 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 no existen medios de prueba que

permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fl.44), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

Es claro que de acuerdo con las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (04 de abril del año de 1995 fl. 44), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado.

En este orden de cosas, la AFP demandada COLFONDOS S.A., omitió en el momento del traslado de régimen (fl.44), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco incide que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

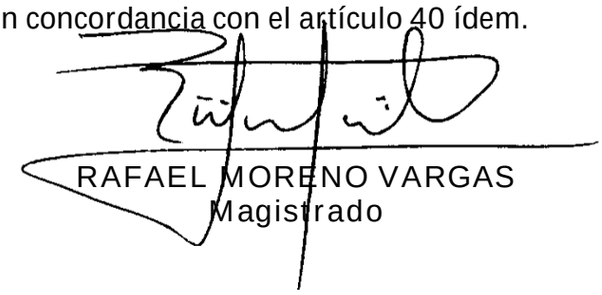
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

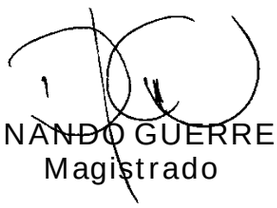
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

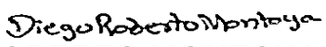
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO contra SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S. Rad. 11001 31 05 017 2018 00419 01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, a través de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S.; con la finalidad que se declare la existencia de contrato laboral a término indefinido, sin solución de continuidad, el cual inició el 1° de septiembre de 2012 hasta la fecha de la presentación de la presente demanda. Solicitó igualmente, se ordene al empleador le reconozca y pague salarios pendientes, debidamente indexados, auxilio de cesantías con sus respectivos intereses y sanción por no pago de estas, primas de servicios, aportes a seguridad Social en Salud no realizados, concepto de reembolso de pagos realizados por el trabajador de aportes a Seguridad Social. Aunado a lo anterior, pide se declare que las obligaciones del empleador no prescriben, que hubo mala fe por parte de este, que el trabajador goza de especial protección laboral en razón a ser un paciente crónico por su estado de salud y edad, que en virtud de ello, tiene derecho a la remuneración mínima vital y móvil, con incremento salarial por parte

de Seguridad Y Control Integrado -SIC S.A.S, en razón a que su salario se ha mantenido congelado hace más de 5 años y finalmente sea reconocida condena y extra y ultra petita, así como al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que tiene 54 años y 11 meses de edad, indicó que se vinculó laboralmente con la empresa SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S. en septiembre de 2012, en virtud de contrato de trabajo verbal a término indefinido suscrito con el representante legal, señor José Vicente Ríos Ayala. Expresó que fue contratado para el cargo Profesional de Soporte Tecnológico y para el desempeño de labores tecnológicas. Manifestó que la empresa diligenció y radicó, formulario de Afiliaciones en caja de compensación, en E.P.S., así como también realizó el pago de aportes a seguridad social por pensión. Informó que el documento "INVENTARIO OFICINA BOGOTA" da cuenta de las labores que desempeñó. Explicó que su horario de trabajo fue de lunes a sábado y en ocasiones fue requerido más tiempo o los domingos y festivos. Precisó que desde el inicio del contrato de trabajo, el pago de salarios fue vulnerado. Detalló que los pagos le fueron realizados inicialmente a una cuenta del Banco COLPATRIA, y luego BANCOLOMBIA, y que el último pago realizado por el empleador se efectuó en febrero 2 de 2018, y no fue completo.

Expuso que ha realizado peticiones al empleador, para el pago de salarios, prestaciones laborales, seguridad social y reembolsos de gastos. La primer reclamación fue en agosto 15 de 2015, por conceptos anteriores, la segunda reclamación, la realizó en julio 16 de 2016 por el mismo concepto pero anteriores a julio 18 de 2016. Y la tercera reclamación en agosto 1 de 2017, por conceptos anteriores a agosto 1 de 2017. Resaltó que desde el año 2004 es una persona que tiene un estado de salud delicado, y para el sistema de salud es un paciente crónico por ser hipertenso, destacó que su corazón presenta un porcentaje de necrosis. Concluyó que en el mes de mayo de 2018, el empleador, la empresa SIC S.A.S., una vez se entera de Tutela interpuesta por el señor Mariño Camacho, ante juzgado penal de Bogotá para la protección de sus derechos fundamentales, le canceló las cuentas empresariales de comunicaciones (fls. 1 a 42 y 359 a 363).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S., dio contestación a la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la empresa no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, y así lo entendió el juez de tutela al no fallar a favor la tutela interpuesta por el accionante

y aquí demandante, pues es la justicia ordinaria quien debe dirimir los hechos y fundamentos del reclamo. Agregó que de las pruebas aportadas, no se desprende en qué forma se le ha negado la posibilidad de trabajo al accionante, no se observa que se hayan realizado acciones que atenten contra la vida, la subsistencia, la salud, vida digna del mismo. Adicionalmente, adujo que el actor no demostró la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo, para lograr la declaratoria del contrato realidad, y además señaló que la actividad realizada por el actor fue esporádica, y realizada de forma independiente, sin recibir órdenes ni instrucciones para la ejecución de sus labores.

Explicó que si bien lo que se pretendió en la demanda fue, en primer lugar, la declaración de un contrato de trabajo, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el ordenamiento como garantía para los trabajadores de facto, debe decirse al respecto que en el libelo de la demanda no se fundamentó ni demostró que se configuren los tres elementos del contrato de trabajo. Agregó que la actividad realizada esporádicamente por el demandante se realizó en forma independiente, sin recibir orden o instrucción alguna para su ejecución, y el mismo, de acuerdo a las necesidades del cliente, establecía el lugar y hora para la ejecución de la labor o para dar respuesta por correo electrónico a las solicitudes de información. Apuntó que el actor, dio por terminado el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes sin información alguna. Finalmente, presentó las excepciones de «Cobro de lo no debido», «Excepción de inexistencia del derecho por parte del demandante», «Excepción de buena fe» y «Declaratoria de otras excepciones» (fls. 140 a 144).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 25 de marzo de 2021, resolvió:

> "PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, DECLARAR PROBADA LA DE BUENA FE RESPECTO A LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS Y PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, en la forma expuesta en precedencia.
> SEGUNDO: DECLARAR que entre el Sr. CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO identificado con la C.C79.156.715 como trabajador, y la sociedad SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S como empleadora, existió, en virtud de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 1 de noviembre de 2012 y el 3 de abril de 2018.
> TERCERO: CONDENAR a LA DEMANDADA A PAGAR AL DEMANDANTE Sr. MARIÑO CAMACHO los siguientes valores y por

> los conceptos que a continuación se indican: a) $16. 016.666, por auxilio de cesantía; b) $3.623.511. por intereses de cesantías y la sanción por no pago, c) $15.766.666 por primas de servicios y d) $8.008.333 por compensación en dinero en vacaciones. Valores que deberán ser indexados desde la fecha de terminación del contrato y hasta que se efectué el pago por parte de la obligada, según las razones expuestas en precedencia.
> CUARTO: CONDENAR a la demandada a reembolsar al demandante la suma de $11.087.204 por concepto de aportes a seguridad social integral, que efectuó el demandante en su calidad de trabajador independiente a los distintos sistemas de seguridad social, según se logró establecer en el proceso.
> QUINTO: ABSOLVER a la DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas.
> SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la sociedad demandada en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo de $ 3.000.000 M/Cte…"

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, argumentó que con base en las disposiciones legales pertinentes y según el material probatorio allegado, el demandante logró demostrar la prestación personal del servicio quedando cobijado con la presunción del artículo 24 de Código Sustantivo del Trabajo, evidenció que en virtud de la premisa de la realidad por encima de la formas, el actor tuvo una verdadera relación de trabajo, con las consecuencias que ello deriva. Igualmente, determinó que, el vínculo se formalizó el 01 de noviembre de 2012, además, agregó que por confesión por medio de apoderado se tuvo que él accionante dejó de asistir a la empresa a partir del mes de febrero de 2018. Agregó que si bien es cierto el demandante informó haber efectuado de su propio patrimonio los aportes de manera independiente para los periodos que aparecieron demostrados, no es entonces viable ordenar a la demandada esa cotización, sin embargo, y según lo solicitado por la parte activa, sí resultó procedente ordenar a título de resarcimiento por haber asumido esos pagos, la devolución de los aportes que efectuó el actor como trabajador independiente, pues esa fue una obligación propia de la demandada como parte de las obligaciones del contrato, ahora bien, en materia de aportes, el juez consideró que en el subsistema de salud y los riesgos laborales, no resulta procedente luego de terminado el contrato ordenar el pago a favor del demandante, pues estos debieron reclamarse durante la vigencia del mismo. Respecto al incremento salarial anual pretendido por el accionante, el despacho no encontró soporte alguno para acceder a ello, pues durante el tiempo del contrato el accionante devengó un salario que superaba el salario mínimo legal mensual vigente. Resaltó que en lo concerniente a las excepciones, la de cobro de lo debido no fue acogida, pues se demostró que el demandante en virtud del principio de la primacía de la realidad sí le asistía el reconocimiento de las acreencias pretendidas, tampoco acogió el fallador la

excepción de inexistencia de la obligación, aceptó la de buena fe, la cual encontró el despacho probada respecto de la no consignación del auxilio de cesantías; en cuanto a la excepción de prescripción, señaló que fue probada de manera parcial, y explicó que el demandante elevo dos peticiones con el fin de interrumpir lapsos de prescripción diferentes, sin embargo, logró interrumpir el termino sólo de la primera, por presentarla estando vigente el contrato, indicó que en la revisión minuciosa de las consignaciones efectuadas por la demandada, no se logra establecer a ciencia cierta los montos o valores adeudados al demandante, advirtió que no existió mala fe por parte del empleador, puesto que el contrato se desarrolló en circunstancias especiales, dónde el trabajador estaba ubicado en una ciudad diferente al domicilio de la demandada. Finalmente añadió que respecto de la pérdida de capacidad laboral el demandante se limitó a indicar que es sujeto de especial protección y no presentó prueba de ello.

APELACIÓN

El apoderado judicial del accionante inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, aduciendo en primer lugar en lo atinente a los salarios, que existe una relación detallada de los pagos mes a mes en los extractos bancarios, de donde se puede determinar qué pagos fueron realizados por la demandada y cuáles no, a fin de esclarecer lo adeudado por la pasiva. En segundo lugar, manifestó en cuanto a la prescripción, que a folio 231 del expediente digital, reposa reclamación del demandante a la empresa, de fecha agosto de 2015, razón por la que considera que esta es la fecha que debe ser tomada para efectos de verificar la prescripción. Por último, en cuanto a la indemnización contemplada en el artículo 33 de la Ley 50 de 1990, señaló que se encuentra probada la buena fe, pues la accionada incurrió en maniobras ilegales desde el año 2018, toda vez que ordenaba al demandante remitir por correo electrónico cuentas de cobro, e incluso le remitió los modelos para que presentara las cuentas.

A su vez, el apoderado judicial de la parte demandada inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, donde solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, al considerar que no existió contrato de trabajo entre las partes, pues no se demostró la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo en su totalidad, ya que si bien se encuentra demostrada la prestación del servicio y el pago de una contraprestación, esto no fue con ocasión a un contrato de trabajo, sino a una relación contractual donde el actor fue autónomo e independiente. Igualmente, adujo que no podría declararse la existencia de una relación laboral, con base en afiliaciones al sistema de seguridad social, pues la

jurisprudencia ha sido reiterativa al indicar que esto no es óbice ni implica la existencia de un contrato de trabajo. En cuanto a los extremos temporales, aseveró que no puede tenerse como extremo inicial una fecha que fue incluida en un formulario de afiliación y como extremo final una comunicación enviada, la cual el Juez interpretó como la terminación del vínculo, adicional a esto, señaló que el salario tampoco puede ser probado con extractos bancarios. En lo concerniente a la prescripción, adujo que esta opera si no se reclaman los salarios y prestaciones en los 3 años siguientes, y que al desconocerse la fecha de la supuesta finalización no podría indicarse con certeza que hay prestaciones que no se encuentran prescritas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandada presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la decisión de primer grado, por su parte el apoderado del demandante, se pronunció en similares términos a su recurso de alzada.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión resolver los siguientes problemas jurídicos:

1. Establecer si se encuentra demostrada la existencia de un contrato realidad entre las partes, así como sus respectivos extremos temporales y el salario devengado.
2. Establecer si se encuentra probada la excepción de prescripción y a partir de qué fecha.
3. Determinar si proceden las condenas por salarios, prestaciones sociales e indemnización por no consignación de las cesantías.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son: la actividad personal, la continuada

subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales «carga procesal de quien demanda pues sin ello es imposible liquidar cualquier acreencia que de ella pueda surgir (artículo 167 CGP)», le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS.

- TESTIMONIO SIGNA MARÍA ANGULO MANTILLA: Señaló que trabajó para la demandada en los años 2012 y 2013, ocupando el cargo relacionado con seguridad y salud en el trabajo y parte administrativa, que no conoce al demandante, pero que sabe que fue asesor externo de la empresa en el año 2012 porque habló muchas veces por teléfono con el. Explicó que la demandada era una empresa de servicios tecnológicos para la logística de la carga y de vehículos, que buscaba optimizar los costos y la eficiencia para disminuir los riesgos de pérdida de carga o desviación de las rutas de los vehículos, que ofrecía el principalmente servicios de carga de camiones, y que también se ofreció para pasajeros, porque también se podía colocar cámaras de vigilancia para los buses escolares, informó que SIC funcionaba en Buenaventura y como era de carga, entonces en algunas partes del país tenía personas externas que le prestaban unos servicios a la empresa. Dijo que en Bogotá la oficina era pequeña, y que así como en otros lugares las operaciones iban encaminadas a expandir la empresa y buscar clientes, que el gerente en Bogotá era el Señor Rafael Ernesto Rojas

Guatibonza. Señaló que la empresa no funcionó como se pensaba y por esto no era necesario que asistieran a las oficinas, y que además los equipos que habían pedido no habían funcionado, y que tuvieron que enviarlos a Estados Unidos. Explicó que las labores del actor estaban encaminadas a la parte comercial, pero que en algunas ocasiones realizó otros trabajos como rastreo de un vehículo, y también colaboraba en otras cosas como desarrollar equipos y mirar la plataforma. Aseveró que el demandante siempre trabajaba desde la casa, y que para el efecto se le proporcionó un equipo de oficina, que los pagos se realizaban por honorarios y que era por cliente pero que no era fijo, que el actor pagaba su propia seguridad social y presentaba las cuentas, que era autónomo e independiente y no se encontraba subordinado.

Igualmente, se recibió interrogatorio de parte del representante legal de la demandada Señor JOSÉ VICENTE RÍOS AYALA, quien en síntesis indicó que no existió una relación laboral sino que se trató de una prestación de servicios. En cuanto a los muebles que tuvo el demandante en su poder, adujo que se trataba de Muebles de escritorios, de operación, de atención, que en su momento se instalaron pero que dado que el proyecto no pudo salir adelante porque se abortó y ahí concluyó la compañía y se tuvo que cerrar la oficina; adicionó que fue el actor quien se ofreció a guardarlos y tenerlos bajo su custodia en la ciudad de Bogotá. Informó que al demandante se le había hecho entrega de unos overoles con logos de la empresa ya que él contribuía a instalación de algunos equipos y que estos uniformes eran de protección. Explicó que las funciones del demandante era darle soporte técnico en informática, poner en marcha los precintos electrónicos y apoyo en el funcionamiento de los GPS con la SIMCARD de las telefónicas, utilizando los códigos que daban las telefónicas, así como abrir las plataformas y garantizar que la señal llegara a los ordenadores, y la instalación de equipos. En lo referente a la certificación otorgada para que el actor acudiera a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad, adujo que fue el actor quien se ofreció para realizar unos trámites ya que se requería alguien Bogotá. Manifestó que el señor MARIÑO, acompañó en varias oportunidades al Señor Rojas Guatibonza, durante un periodo de prueba de 25 precintos que al final no funcionaron y tuvieron que regresarlos a Estados Unidos. En lo atinente a las cuentas de cobro que el actor dijo que tena que presentar, explicó que esto fue en los años 2016, 2017 cuando llegó un nuevo socio, quien exigió que para el cobro de los honorarios debía presentar la cuenta de cobro. Cuando fue interrogado por las órdenes dadas al actor, dijo que era el quien las daba desde su oficina de Buenaventura, para soporte y acompañamiento, y en cuanto a las tareas de

comercialización él tenía que informarle al cliente los mecanismos de comunicación como se podía hacer los controles del servicio, pero que esto era de manera muy ocasional. En cuanto a las afiliaciones realizadas a cajas e compensación y seguridad social, dijo que esto se había dado por el inicio de un proyecto que al final no prosperó, y que debido a unas expectativas que se crearon trató de sacar adelante el negocio pero que se volvió insostenible. Finalmente, en lo concerniente a las oficinas de la empresa, señaló que estaban ubicadas en Buenaventura, que quisieron darse una oportunidad den Bogotá en los años 2012 y 2013, pero que no fue posible porque los proyectos no salieron bien, y la oficina ya no tuvo objeto social que desarrollar por lo tanto fue cerrada.

De la misma manera, fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Documento denominado inventario de oficina Bogotá, mediante el cual se le hace entrega al actor de una serie de equipos, en su cargo de asesor y para el uso exclusivo del desarrollo de las actividades de la empresa, quien hace la entrega Ing. KELLY JOHANA LEAL SOLANO (Expediente digital Fl. 53).
- Afiliación a Colsubsidio, donde figura como empleador SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO LTDA, de fecha 22 de noviembre de 2012(Expediente digital Fl. 54).
- Afiliación EPS COMPENSAR, con empleador SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO, de fecha 3 de diciembre de 2012, y certificación de pagos de la EPS (Expediente digital: Fl. 55-61).
- Extractos bancarios del señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, Banco Colpatria (Expediente Digital Fl. 62-94).
- Extractos bancarios del señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, Banco Bancolombia S.A. (Expediente digital Fl. 95-111).
- Historia Laboral COLPENSIONES del señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO (Expediente digital Fl. 112-122).
- Certificación de PORVENIR S.A., del señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO (Expediente digital Fl. 123-124).
- Pagos Miplanilla.com (Expediente digital Fl. 125-227).
- Comunicación emitida por SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO LTDA, dirigida a BANCOLOMBIA, para la vinculación de cuenta de nómina del Señor CAROS JAVIER MARIÑO CAMACHO, de fecha 21 de junio de 2016 (Expediente digital F. 228).

- Certificación para la realización de trámites por parte del demandante, ante la Superintendencia de Vigilancia y seguridad, expedida el 30 de agosto de 2017 (Expediente digital Fl. 229).
- Comunicación suscrita por el demandante, dirigida al Señor JOSE VICENTE RIOS AYALA, con referencia envío de equipos y reporte de caja menor, además de solicitud de pagos de salarios pendientes y prestaciones adeudadas, con sello de recibido de la empresa demandada, de fecha 8 de agosto de 2015 (Expediente digital Fl. 231-232).
- Comunicación suscrita por el demandante, dirigida al Señor JOSE VICENTE RIOS AYALA, con referencia a reclamación de sueldos y prestaciones sociales, de fecha 18 de julio de 2016 (Expediente digital fl. 233).
- Comunicación suscrita por el demandante, dirigida al Señor JOSE VICENTE RIOS AYALA, con referencia envío de equipos y reporte de caja menor, además de solicitud de pagos de salarios pendientes y prestaciones adeudadas, con sello de recibido de la empresa demandada, de fecha 18 de mayo de 2018 (Expediente digital F. 237).
- Conversaciones de Whatsapp, en grupo de chat llamado SIC S.A.S. (Expediente digital Fl. 241, 244-250, 252-260, 263-274, 277-280, 310-311, 320).
- Correos electrónicos con cuentas de cobro (Expediente digital Fl. 242-243, 251, 261-262, 275-276, 281-290, 305-309, 312-319, 321-322).
- Bitácora de instalación de equipos, realizadas por el Señor CARLOS MARIÑO (Expediente digital Fl. 292-301).

En síntesis, de conformidad con las normas antes citadas y en virtud del criterio jurisprudencial expuesto, debe advertirse que con el acervo probatorio allegado, concluye ésta Corporación que se tiene acreditado que el demandante CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, efectivamente prestó sus servicios en favor de la demandada SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S., pues así se desprende no solo de las declaraciones, sino de las documentales arrimadas al proceso, las que dan cuenta que el actor prestaba sus servicios de manera personal, desempeñándose en diferentes oficios como soporte técnico en informática, poner en marcha los precintos electrónicos, apoyo en el funcionamiento de los GPS con la SIMCARD de las telefónicas, abrir las plataformas y garantizar que la señal llegara a los ordenadores, la instalación de equipos y eventualmente, algunas labores en la parte comercial, como buscar clientes. Conforme a tal acreditación, la parte actora cuenta a su favor con la presunción contenida en el artículo 24 del CST, es decir,

que debe presumirse de entrada la relación laboral que reclama y como ella es de carácter legal admite prueba en contrario, no obstante, no existe prueba alguna que la haya derruido, pues por el contrario, del interrogatorio de parte al demandado y de la testimonial antes mencionada, se pudo constatar que el Sr. CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, era trabajador de la demandada, y recibía órdenes del Señor JOSÉ VICENTE RÍOS AYALA.

En efecto, la valoración integral del acervo probatorio, incluidos los correos electrónicos y las capturas de conversaciones de Whatsapp, de los que no puede perderse de vista que lo allí consignado como texto confrontado con lo referido por el testimonio e incluso del interrogatorio de parte rendido, arroja la conclusión inequívoca de que el contrato se desarrolló de forma subordinada, como quiera que como ya se indicó, el demandante recibió órdenes del señor JOSÉ VICENTE RÍOS AYALA.

Aunado a lo anterior, se encontró plenamente demostrada la cuantía del salario devengado por el demandante, correspondiendo a la suma de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000), tal como lo dispuso el Juez de primera instancia, y en concordancia con los extractos bancarios allegados al proceso, visibles a folios 95-111, de donde se pudo evidenciar que la demandada realizaba pagos en favor del actor, con la denominación «Pago de Nómina SIC LTDA», no variando este valor, y siendo transferido una vez por mes, como se observa de los estados trimestrales, remitidos por BANCOLOMBIA S.A.

En el caso de marras, la empresa demandada, por un lado, no suministró un solo elemento de persuasión encaminado a desmentir lo consignado en las pruebas documentales antes mencionadas; y, por otro, tampoco pudo desvirtuar la presunción de existencia de contrato de trabajo derivada de la prestación personal del servicio que se deduce válidamente del conjunto de documentales y declaraciones recibidas, motivo por el cual, a la Sala no le queda otra alternativa que tener por demostrado que entre las partes existió un vínculo laboral. De modo que, como conclusión preliminar, se arriba al hecho de la existencia de un contrato de trabajo realidad, continuando con el estudio de los extremos temporales de la misma.

EXTREMOS TEMPORALES

En lo referente a los extremos temporales de la relación laboral, es necesario traer a colación lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación

Laboral, sentencia del 18 de abril de 2018 SL1181, Radicación n.° 54832, del Dr. FERNANDO CASTILLO CADENA:

> «Bien definido lo tiene la jurisprudencia lo relativo a que los jueces deben procurar desentrañar de los elementos de persuasión los extremos temporales de la relación laboral, cuando se tenga certeza sobre la prestación de un servicio en un determinado período, y así poder calcular y efectivizar los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto en sentencia SL, del 22 de mar. 2006, rad. 25580, se adoctrinó:
>
> (….) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.
>
> En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:
>
> <Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.
>
> (…)
>
> Y siendo la anterior así, como efectivamente lo es, a no dudarlo, el juez

de apelación también pudo inferir, y no lo hizo, que, al coincidir los deponentes en que los actores laboraron hasta el año 2005, la data de terminación del vínculo laboral lo fue el primer día de ese año, es decir, el 1º de enero de 2005, dado que por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.

(...)

De esta suerte, si recapitulamos tenemos que los actores demostraron como fecha de iniciación de la relación laboral el 11 de julio de 1994 y, por lo explicado, se tendrá como data de fenecimiento contractual el 1º de enero de 2005.»

Establecido lo anterior, esta Sala de Decisión considera atinado lo decidido por el Juez A quo, en cuanto señaló como extremo inicial el 1 de noviembre de 2012, al considerarlo demostrado a través de la documental obrante a folio 121 del expediente digital (Fl. 120 del expediente físico), constitutiva de Reporte de Historia Laboral emanada de PORVENIR S.A., donde se puede observar que el primer pago de aportes realizado por la demandada data del mes de noviembre de 2012. Ahora bien, para el extremo final de la relación laboral, se tiene que corresponde al 3 de abril de 2018, no encontrando esta Corporación, comunicaciones o documentos de fechas posteriores, que permitan inferir que el actor continuó laborando en favor de la empresa, así como del cumulo de pruebas documentales arrimadas, tampoco podría establecerse una fecha inferior; dadas las anteriores consideraciones, esta Sala de Decisión confirmará lo atinente a este punto de la alzada relacionado con los extremos temporales del contrato de trabajo.

Así entonces, no son aceptados los argumentos expuestos por el apoderado del actor, en la medida que si bien la Jurisprudencia ha sido reiterativa en cuanto a la imposibilidad tener por demostrada la prestación personal del servicio con la presentación de formularios de afiliación al sistema de seguridad social, lo cierto es que en el presente proceso se encontró demostrada plenamente dicha prestación por parte del señor CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO y en favor de la demandada, a través de las demás pruebas arrimadas al proceso, las cuales valga recordar, fueron debidamente decretadas y aceptadas por la convocada a juicio, operando en su favor como ya se explicó, la presunción del Artículo 24 de C.S.T., razón por la cual la fecha tomada como inicial corresponde a lo que con plena certeza demuestra la historia laboral del actor.

PRESCRIPCIÓN

En el presente caso, la sentencia de primera instancia dispuso declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, explicó que el demandante elevo dos peticiones con el fin de interrumpir lapsos de prescripción diferentes, más sin embargo, adujo que solo logró interrumpir el término de la primera, por presentarla estando vigente el contrato de trabajo.

Al respecto se debe considerar que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que las acciones correspondientes a los derechos sociales prescriben en tres años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo los casos especiales establecidos en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual en similares términos contiene el artículo 151 de dicho estatuto procedimental.

Acorde con lo anterior, se debe indicar que las referidas normas en las que se debe apoyar la decisión al respecto, establecen un término prescriptivo trienal y es claro que el mismo se aplica para la reclamación de los derechos sociales que dichos estatutos regulan y que son objeto de demanda en esta jurisdicción; en tal sentido transcurrido este tiempo de tres años, sin que se ejerza el derecho de acción ni se interrumpa la prescripción, el derecho se extingue por ese fenómeno.

Ahora, al haber terminado el contrato del actor, como ya se señaló el 3 de abril de 2018, es evidente que este tenía hasta ese día y mes del año 2021, para reclamar ante su empleador lo adeudado, y dentro del término renovado de tres años promover la respectiva acción ordinaria; no obstante lo anterior, a folio 231 del expediente digital (Fl. 183 Expediente físico), se encuentra solicitud del pago de salarios y prestaciones adeudadas al actor, en vigencia de la relación laboral, esto es, en fecha 8 de agosto de 2015, en donde el Señor MANTILLA CAMACHO, expresó:

> «También solicito a usted por este medio me colabore con los pagos anteriores de sueldos y prestaciones sociales adeudadas a mi hace muchos meses porque mi situación financiera es muy difícil y mi condición personal y familiar es muy precaria, como lo he descrito constantemente de forma verbal, en correos electrónicos y comunicaciones escritas hacia la empresa y usted»

De lo anterior, se desprende que el término de prescripción fue interrumpido el 8 de agosto de 2015, respecto de las prestaciones sociales y salarios causados con

anterioridad a esta fecha; asimismo, al encontrarse establecido que la relación laboral finalizó el 3 de abril de 2018, y que la demanda fue presentada el día 24 de julio del mismo año (Fl. 406 Expediente digital, Fl. 396 Expediente físico), se tiene que en el presente proceso el fenómeno de prescripción extintiva operó únicamente y de forma parcial frente a las vacaciones y a la indemnización por no consignación de las cesantías y de los intereses de estas, toda vez que del texto transcrito se resalta que el demandante interrumpió la prescripción respecto de «pagos anteriores de sueldos y prestaciones sociales adeudadas», sin que hayan sido pedidas para esa calenda, las vacaciones y la indemnización por no consignación de las cesantías y por el no pago de los intereses a las mismas. Es por lo anterior, que la Sala considera que se debe declarar probada la excepción de prescripción parcialmente, respecto de los conceptos ya mencionados y desde el 3 de abril de 2015 hacia atrás; como consecuencia, se procede a realizar la liquidación de las prestaciones sociales, teniendo en cuenta todo lo manifestado en precedencia.

SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

Adujo el apoderado del actor, que se encuentra demostrado el impago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con los extractos bancarios arrimados, señalando que a través de estos se puede determinar cuáles salarios fueron cancelados y cuáles no, para proceder a la condena de los mismos.

Al respecto, encuentra la Sala que aunque fueron allegadas dichas pruebas documentales, no es posible a través de estos reportes, determinar con claridad los salarios adeudados, como quiera que en cuanto a los extractos del Banco Colpatria, estos no muestran detalladamente el emisor de las transferencias, y al encontrarse tantos valores consignados, no podría esta Corporación suponer referente a cuales provienen de la demandada y cuales no; de igual manera sucede con los extractos bancarios de Bancolombia, donde, aunque sí se informa con claridad y detalle, de donde provienen las transferencias, lo cierto es que tampoco se podría determinar a ciencia cierta qué salarios exactamente son los que el actor no ha recibido simplemente con la lectura de estas documentales.

En este contexto, esta Corporación considera que será procedente únicamente el pago de las prestaciones sociales adeudadas, las cuales no fueron canceladas en razón de la denominación que el demandado otorgó a la relación laboral, por lo cual en concordancia con lo manifestado anteriormente en cuanto a declarar probada la excepción de prescripción solo en forma parcial, procede la Sala a

liquidar las prestaciones sociales conforme ya se explicó, con base salarial de TRES MILLONES DE PESOS ($3.000.000):

AÑO 2012

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
60	$3.000.000	$500.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
60	$3.000.000	$60.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
0	$3.000.000	$-

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
60	$3.000.000	$500.000

AÑO 2013

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$3.000.000	$3.000.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
360	$3.000.000	$360.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
0	$3.000.000	$ -

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
360	$3.000.000	$3.000.000

AÑO 2014

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$3.000.000	$3.000.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
360	$3.000.000	$360.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
0	$3.000.000	$-

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
360	$3.000.000,00	$3.000.000

AÑO 2015

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$3.000.000	3.000.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
360	$3.000.000	$360.000

VACACIONES		
Días	Salario	Valor

Trabajados		Vacaciones
267	$3.000.000	$1.112.500

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
267	$3.000.000	$2.225.000

AÑO 2016

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$3.000.000	$3.000.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
360	$3.000.000	$360.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
360	$3.000.000	$1.500.000

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
360	$3.000.000	$3.000.000

AÑO 2017

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
360	$3.000.000	$3.000.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
360	$3.000.000	$360.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
360	$3.000.000	$1.500.000

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
360	$3.000.000	$3.000.000

AÑO 2018

CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Valor cesantías
93	$3.000.000	$775.000

INTERESES CESANTIAS		
Días Trabajados	Salario	Intereses cesantías
93	$3.000.000	$93.000

VACACIONES		
Días Trabajados	Salario	Valor Vacaciones
93	$3.000.000	$387.500

PRIMA DE SERVICIO		
Días Trabajados	Salario	Valor Prima
93	$3.000.000	$775.000

En cuanto al pago por intereses de cesantías e indemnización por no pago de las mismas, se tiene que el juez de primera instancia concentró la suma en un solo

valor, sin aplicar la prescripción sobre estos últimos, razón por la cual una vez re liquidadas las sumas mencionadas, quedarán así:

TOTAL CESANTÍAS	$16.275.000
TOTAL INTERESES DE CESANTÍAS	$1.953.000
PRIMAS	$15.500.000
VACACIONES	$4.500.000
INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO DE LOS INTERESES DE CESANTÍAS	$813.360
TOTAL	$39.041.360

INDEMNIZACIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 50/90

Finalmente, en lo que refiere a esta sanción, como es sabido, y lo ha decantado en abundante jurisprudencia el máximo órgano de cierre de esta especialidad, las indemnizaciones moratorias, tienen un carácter sancionatorio para castigar al empleador moroso en el pago sus obligaciones patronales a la culminación del contrato de trabajo y resarcir los perjuicios ocasionados por la mora; pero su imposición no procede de manera automática e inexorable ante el incumplimiento de pago, sino que se ha recabado sobre su carácter subjetivo que compele a hacer miramientos sobre la buena o mala fe en el proceder del empleador incumplido, de modo que este puede exonerarse de su fustigación, si comprueba que tuvo justificaciones atendibles que lo abstuvieron de realizar el pago de las prestaciones sociales o salarios insatisfechos, tal y como lo establecido la doctrina probable de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Rad. 24397 del 13 de Abril de 2005, Rad. Sentencia 11436 del 29 de junio de 2016, Rad. 46704 del 26 de octubre de 2016, y en la SL 1682 de 2019).

En el caso concreto la buena fe no se encuentra acreditada en razón a que pese haberse ejecutado en la realidad un contrato de trabajo en aplicación del principio de la primacía de la realidad, lo que se demuestra por parte de la demandada, contrario a lo que concluyó el a quo, es un actuar con la finalidad de ocultar la existencia de la relación laboral, desconociendo las prerrogativas que este concede a un trabajador dependiente, en las circunstancias que quedaron descritas, circunstancia que da lugar a la imposición de las referidas sanciones.

Así entonces, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prescribe que el empleador que no consigne las cesantías en un fondo antes del 15 de febrero de cada año «deberá pagar un día de salario por cada retardo». En este orden de ideas, la empresa

accionada adeuda al trabajador a título de sanción por no consignación oportuna de cesantías y habiendo aplicado la prescripción respecto de los valores causados del 3 de abril de 2015 hacia atrás, la suma de CIENTO OCHO MILLONES DE PESOS ($108’000.000), liquidada así:

AÑO	DÍAS LABORADOS	SALARIO	VALOR SANCIÓN
2015	267	$3'000.000 (Salario diario $100.000)	$26.700.000,00
2016	360	$3'000.000 (Salario diario $100.000)	$36.000.000,00
2017	360	$3'000.000 (Salario diario $100.000)	$36.000.000,00
2018	93	$3'000.000 (Salario diario $100.000)	$9.300.000,00
			$108.000.000,00

De esta manera, y al haberse analizado todos los puntos de la apelación, esta Sala de Decisión, habrá de modificar la sentencia, en primer lugar se declarará no probada la excepción de buena fe, se modificarán los valores a cancelar por concepto de prestaciones sociales, se condenará a la demandada por el pago de indemnización por no consignación de las cesantías y se confirmará en todo lo demás. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal primero de la sentencia recurrida, para en su lugar DECLARAR NO PROBADA la excepción de buena fe, presentada por el apoderado de la parte demandada, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa, y CONFIRMAR el ordinal en todo lo demás.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia apelada, de la siguiente manera: CONDENAR a la demandada SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S., a pagar en favor del demandante CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, los siguientes valores:

- TOTAL CESANTÍAS $16.275.000
- TOTAL INTERESES DE CESANTÍAS $1.953.000
- PRIMAS DE SERVICIOS $15.500.000
- VACACIONES $4.500.000
- INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO DE LOS INTERESES DE CESANTÍAS $813.360
- TOTAL $39.041.360

TERCERO: CONDENAR a la demandada SEGURIDAD Y CONTROL INTEGRADO S.A.S., a pagar en favor del demandante CARLOS JAVIER MARIÑO CAMACHO, la suma de CIENTO OCHO MILLONES DE PESOS ($108.000.000), por concepto de indemnización por no consignación de las cesantías, contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia apelada.

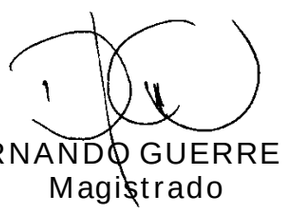
QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

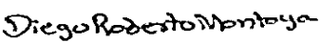
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de JHON ALEXANDER CUBILLOS contra OFFICE WORLD SYSTEM SAS. Rad. 110013105-016-2016-00258-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante respecto de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2021, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en los términos dispuestos por el art. 69 del CPTSS.

ANTECEDENTES

El señor JHON ALEXANDER CUBILLOS, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria contra OFFICE WORLD SYSTEM SAS, a fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo de carácter verbal, donde desempeñó los cargo de conductor e instalador-vendedor, desde el 29 de mayo de 2014 hasta el 15 de mayo de 2015, tiempo durante el cual devengó un salario mensual equivalente a $900.000 más auxilio de transporte. Relación laboral que finalizó sin justa causa imputable a la accionada. En consecuencia, se condene al pago de todas las acreencias laborales derivadas de la relación laboral adeudadas, como prestaciones sociales, tiempo suplementario, sanción por no consignación de las cesantías, e intereses de cesantías; vacaciones, pago de aportes a pensión, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación de las acreencias, e intereses legales. Por último, solicitó se declare y condene a la

demandada por el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones distintos a los pedidos conforme a las facultades ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que con la empresa OFFICE WORLD SYSTEM SAS existió un contrato de trabajo en forma verbal en la modalidad a término indefinido, de manera personal e ininterrumpida y desde el 29 de octubre de 2014, cuyo cargo fue inicialmente de conductor, posteriormente como instalador y finalmente como vendedor, durante la vigencia del contrato devengó un salario de $900.000 más auxilio de transporte y finalizó con el mismo salario más auxilio de transporte y el 10% por comisiones de venta. La empleadora le impuso una jornada laboral de lunes a viernes de 7:00am a 7:00pm y los sábados de 8:00am a 2:00pm, según lo requería la demandada y durante toda la ejecución de su trabajo; que durante este vínculo contractual existió una perfecta relación laboral, que incluyó la subordinación jurídica subjetiva y de carácter laboral. La relación laboral tuvo vigencia hasta el 15 de mayo de 2015 por terminación del contrato individual de trabajo en forma unilateral y sin justa causa; además, la accionada nunca le realizó la correspondiente liquidación de acreencias laborales, no le consignó suma alguna por concepto de auxilio de cesantía durante los periodos comprendidos entre el 29 de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014, 01 de enero de 2015 al 15 de mayo de 2015; así mismo ocurrió con el pago por concepto de sanción por la no consignación oportuna del auxilio de cesantía; tampoco le destinó los valores por concepto de vacaciones, prima de servicios, no pago al fondo de pensiones escogido por el mismo, lo anterior durante el periodo comprendido entre el 29 de octubre de 2014 al 15 de mayo de 2015; tampoco le reconoció ni pagó la indemnización por terminación unilateral del contrato individual de trabajo sin justa causa por parte del empleador ni la indemnización moratoria; no le reconoció ni pago lo correspondiente a la indexación por todas las acreencias laborales derivadas de la relación laboral adeudadas e igualmente aconteció con los intereses legales (fls.1 a 24).

CONTESTACION DE DEMANDA

La demandada OFFICE WORLD SYSTEM SAS contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones y solicitó se desestimen en su totalidad y se condene en costas al demandante, para ello argumentó que entre

las partes no existió vínculo laboral alguno, pues nunca prestó sus servicios en calidad de trabajador de la demandada; por ende, no es posible invocar que se haya ejecutado actividad alguna bajo continua subordinación. Por lo anterior, entre las partes no se cumplieron los requisitos esenciales que rigen la relación laboral y no se le puede imponer responsabilidad alguna a la accionada. Indicó que para declararse la existencia de la relación laboral se deben cumplir con los requisitos esenciales del contrato, como lo son la prestación del servicio de forma personal, una remuneración por la actividad derivada del servicio y la continua subordinación; por lo que no se puede inferir que el vínculo que los unió en este periodo de tiempo que manifestó el demandante sea procedente, pues si bien es cierto que el actor prestó sus servicios a la demandada, ello no indica que los mismos fueran de manera continua ni tampoco que fue de manera personal, ya que el actor en varias oportunidades enviaba personas a realizar la actividad solicitada, de igual forma las realizó en el tiempo en que él consideraba pertinente, sin ninguna subordinación. En conclusión, al no existir vínculo laboral entre las partes, a esta empresa no le asiste obligación alguna de las acreencias reclamadas por el demandante. Propuso como excepciones las de «ausencia de los requisitos esenciales del contrato», «inexistencia de la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «falta de título y causa» y «prescripción» (fls.106 a 110 y 113 a 117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 09 de marzo de 2021, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declaró como probada la excepción de inexistencia de la obligación, absteniéndose de pronunciarse sobre las demás excepciones y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, manifestó que la parte actora no demostró la prestación personal del servicio ante la empresa demandada, los extremos temporales de la prestación del servicio y la forma de vinculación del contrato, para ello sólo contó con su propia declaración de parte que no era prueba; respecto de prueba de documentos, solo se aportó el certificado de existencia y representación legal de la demandada; no obstante, si bien en su interrogatorio de parte el representante legal admitió que el actor prestó algunos servicios esporádicos, esto no derivó una confesión en punto de los extremos

temporales, el salario ni la modalidad del contrato y otras pruebas tampoco lo acreditaron. En cuanto a la terminación del contrato, que si bien la parte actora indicó haber sido despedido el 15 de mayo de 2015, pero tampoco no hubo pruebas sobre esto y el demandante expuso en su interrogatorio haber renunciado por desavenencias con el representante legal de la demanda, lo que chocó con lo expuesto por la demanda donde adujo ser despedido y sin justa causa y sin haberse demostrado la prestación del servicio que habría sido la presunción de un contrato de trabajo, tampoco se pudo deducir consecuencias condenatorias en el punto de omisión en el pago o de prestaciones sociales, que son causadas en el marco del vínculo contractual debidamente demostrada y definida en sus elementos que no fueron demostrados. Concluyó así, indicando que debió absolver a la demandada debido a que la carga de la prueba no fue satisfecha mínimamente por la parte actora.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la parte actora, establecer la procedencia o no de la existencia de un contrato de trabajo real con la persona jurídica aquí demandada, con el consecuente pago de las acreencias laborales pretendidas.

CONSIDERACIONES

Con el ánimo de resolver el problema jurídico planteado, recordemos que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 ibídem determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio. Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de

trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por su parte, el artículo 24 de la misma obra, consagra una presunción legal, según la cual «toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo», y la consecuencia de su aplicación, no es otra que la inversión de la carga de la prueba, es decir, una vez demostrada por la parte actora la prestación personal del servicio en favor de la parte demandada, dentro de unos determinados extremos temporales, le incumbe al presunto empleador desvirtuar la existencia del vínculo presumido, a través de los medios probatorios legalmente establecidos, esto es, probar que dicha prestación de servicios no fue subordinada ni dependiente, con el fin de desligarse de una eventual condena por las acreencias laborales que allí se deriven (CSJ, sentencias SL670-2013, SL10546-2014, SL10118-2015 entre muchas otras).

Así las cosas, se procede a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, tal y como lo impone el artículo 61 del CPTSS.

Precisado lo anterior, se tiene que, a juicio de esta Corporación, no existe una sola prueba que acredite que el actor haya prestado sus servicios personales a favor o a la orden de la aquí accionado, pues en el interrogatorio de parte el representante legal de la accionada indicó que el actor prestó sus servicio para una contratista de la empresa, que lo subcontrató, es decir que los servicios personales lo fueron directamente para un tercero, lo que descarta cualquier otra consideración respecto de las pretensiones de la demanda, pues es evidente que, si no hay prueba de la prestación personal a favor de la accionada, no hay lugar a dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST y, por elemental sustracción de materia, tampoco hay lugar a verificar los demás elementos esenciales de un contrato de trabajo.

Así las cosas, claro es que faltó la parte actora con su deber de cumplir con la actividad procesal que en materia probatoria le asistía, a efecto de obtener la necesaria certeza de sus afirmaciones y lograr la convicción en el fallador respecto de sus pretensiones; pues como bien lo enseña la jurisprudencia, al Juez Laboral no le es dado fundar sus juicios en apreciaciones sólo de conciencia, de ahí que si el interesado en que se le declare el derecho considera le asiste no enseña prueba

contundente de su dicho, sólo le queda al juez desechar su pretensión, pues «Además, [el juez] debe exponer razonadamente en cada caso, cuál fue el mérito que le asignó a cada prueba y a todas ellas en conjunto, y los motivos que tuvo para hacerlo, pues de lo contrario su apreciación sería en conciencia, sistema este que sólo es de recibo para los jurados en las causas penales en que intervienen y para ciertos laudos arbitrales» (CSJ, sent. feb. 12/80. M.P. José María Esguerra Samper).

En ese orden, también el artículo 60 del CPTSS, precisa que: «el juez, al proferir su decisión analizará todas las pruebas allegadas en tiempo», disposición legal que en su esencia prescribe la perentoriedad de las oportunidades procesales pertinentes para el recaudo de los distintos medios probatorios que se pretendan hacer valer en juicio. Es decir, que en desarrollo del proceso judicial debe haber por lo menos un mínimo de medios probatorios para que pueda concederse el derecho sustancial reclamado, contrario sensu, si la parte interesada falta a su deber procesal de cara a la aportación de las pruebas pertinentes, no puede pretender que sus aspiraciones tengan vocación de salir prósperas.

En conclusión, no fue posible demostrar que hubo siquiera prestación personal del servicio del demandante en favor u orden del accionado para al menos presumir en los términos del artículo 24 del CST, que hubo una relación laboral entre las partes, lo cual da al traste con las prestaciones sociales e indemnizaciones solicitadas, que no tienen vocación de prosperar; precisando en gracia de la discusión, de haberse demostrado tampoco se aportaron elementos tendientes a demostrar los extremos en que se desarrolló tal relación; razón por la cual se impone la confirmación en su integridad de la sentencia de primer grado, pues no existió mayor esfuerzo probatorio por demostrar la razón de las pretensiones.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

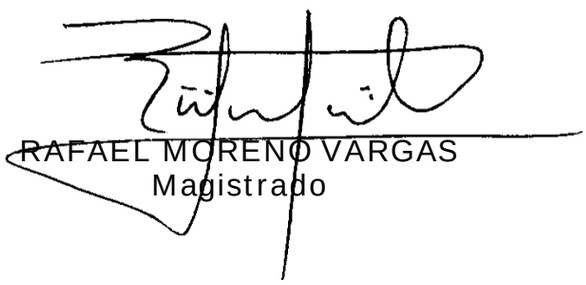
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

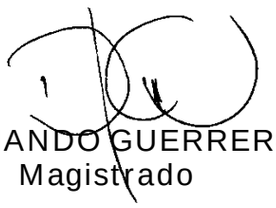
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

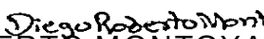
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DEOVANNY JESÚS CORREA RODRÌGUEZ contra SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., SUMMUM ENERGY LTDA. y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. Rad. 110013105-015-2017-00706-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte accionada SUMMUM ENERGY S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor DEOVANNY JESÚS CORREA RODRÍGUEZ presentó demanda ordinaria contra SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., SUMMUM ENERGY LTDA. y solidariamente MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA, teniendo como pretensiones principales que es afiliado activo de la ARL Seguros de Riesgos Laborales Suramericana S.A., desde el 07 de octubre de 2011, en virtud del contrato individual de trabajo a término indefinido, celebrado con la empresa SUMMUM ENERGY LTDA., antes Petrotiger Services Colombia LTDA., celebrado el 07 de octubre de 2007; que fue calificado por la demandada ARL Suramericana por enfermedad laboral, entidad que debe seguir asumiendo las prestaciones derivadas por las incapacidades laborales. Igualmente, se declare que el IBC para el Sistema general de riesgos laborales para los periodos comprendidos entre el 01 de marzo de 2013 al 28 de febrero de 2014 son los siguientes: marzo de 2013: $3.187.500; abril de 2013: $3.187.500; mayo de 2013: $2.440.714; junio de 2013: $2.407.000; julio de 2013: $2.500.000; agosto de 2013: $6.060.000;

septiembre de 2013: $2.515.000; octubre de 2013: $2.498.400; noviembre de 2013: $2.588.571,42; diciembre de 2013: $2.497.241,37; enero de 2014: $2.521.875 y febrero de 2014: $2.369.100; que el IBL para liquidar las prestaciones económicas, en especial las incapacidades laborales generadas corresponde a la suma de $2.898.041,75. De igual modo, se declare que la demandada y empleadora SUMMUM ENERGY incumplió con su obligación legal de reportar a la demandada ARL SURA el IBC real para el periodo de febrero 2014. En consecuencia, la ARL SURA le debe pagar la suma de $72.692.188,78 por concepto de la reliquidación de las incapacidades que le han sido generadas por el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2017 o la suma que resultare probada dentro del proceso; que SUMMUM ENERGY debe pagarle la suma de $4.605.541,92 por concepto de la sanción de que trata el numeral 3º del literal a) del art. 91 del Decreto 1295/1994; así mismo, las sumas de dinero que se deban seguir pagando por concepto de prestaciones económicas, en especial la que corresponda a incapacidades laborales, deben ser indexadas año a año. Por último, se condene en costas a las demandadas.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó se condene a SUMMUM ENERGY LTDA, al pago de $77.297.730,70 por concepto de la reliquidación de las incapacidades que han sido generadas, otorgadas para los periodos de incapacidad desde el 13 de septiembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2014, o la suma que resultare probada en el proceso, por lo que le deberá seguir pagando la diferencia que resulte de descontar el valor real de las prestaciones económicas, en espacial la de la incapacidad laboral, liquidada con el IBC enunciado; prestaciones que deberán ser indexadas. Por último, se condene en costas a las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que la demandada SUMMUM ENERGY LTDA. suscribió contrato comercial con la demandada en solidaridad MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., denominado «PROYECTO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO INTEGRAL DE LOS CAMPOS DE LA ASOCIACIÓN NARE». Que él suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa PETROTIGER SERVICES COLOMBIA LTDA, hoy SUMMER ENERGY LTDA, que inició el 07 de octubre de 2011, con una remuneración $71.398 diarios, desempeñando el cargo de «cuñero»; sin embargo, para el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2012 y el 30 de junio de 2013, el salario que tendría que devengar era de $76.181; para el periodo entre el 01 de julio de 2013 al 28 de febrero de 2014, el salario que tendría que devengar era de $78.970. Dentro del objeto social de la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD, está la exploración, explotación y producción de petróleo, actividades íntimamente relacionadas con el objeto de la empleadora, actividades

que él desarrollaba bajo el cargo de cuñero de manera indirecta para la dicha empresa a través de SUMMUM ENERGY LTDA., dentro del campo de producción de petróleo que tenía bajo dominio, posesión, concesión y/o tenencia para su exploración, explotación y/o producción la empresa MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., la cual es beneficiaria de sus labores; que en virtud del mencionado contrato, la demandada SUMMUM ENERGY lo afilió a la ARL Sura, durante el periodo comprendido entre el 07 de octubre de 2012 hasta el 28 de febrero de 2014. El 24 de febrero de 2012 inicialmente sufrió un dolor intenso en la región dorso lumbar que primigeniamente fue reportado como accidente de trabajo y con motivo de las lesiones sufridas en su columna, la ARL Sura le informa a la empleadora el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba, por lo que fue esta aseguradora quien desde el inicio le prestó atención médica. El 28 de febrero de 2014, la empresa SUMMUM ENERGY dio por terminado el contrato de trabajo, conociendo el estado de debilidad manifiesta en el que se encontraba tal como consta en el escrito del 13 de septiembre de 2012, que les fue dirigido por la terapeuta de medicina general y médico laboral de la ARL SURA. Que por la enfermedad laboral que aún padece el médico laboral emitió entre el 13 de febrero de 2013 y el 20 de febrero de 2014 incapacidades laborales, que fueron pagadas con un IBC; como quiera que el médico tratante no emitió las incapacidades posteriores a la que se venció el 20 de febrero de 2014; para el periodo laborado del 21 al 28 de febrero de 2014 reportó a la demandada ARL como IBC la suma de $263.000, no obstante, la correcta suma es por un valor de $631.100, puesto que el periodo laborado fue por 08 días. Aunado a lo anterior, conforme a la convención colectiva de trabajo celebrada entre MANSAROVAR y sus trabajadores, vigente para el periodo 2012-2015, era el de $78.970 diarios. Del mismo modo, la empleadora para el periodo del 01 al 20 de febrero de 2014 no reportó ni cotizó a la ARL por su trabajador; que dentro de los 60 días siguientes a la fecha de terminación del contrato, la empleadora no le informó sobre el estado de pago de las cotizaciones de la seguridad social y parafiscal sobre los salarios correspondientes a los 03 meses anteriores a la terminación del contrato, tampoco le reportó a la ARL Sura para el periodo del 01 de marzo de 2013 y 28 de febrero de 2013, el cual correspondió al año inmediatamente anterior a su desvinculación. Posteriormente, los médicos tratantes continuaron emitiéndole incapacidades laborales por causa de su enfermedad laboral de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad, desde el 21 de abril de 2014 hasta la fecha de presentación de la demanda; por su parte, la demandada ARL SURA le liquidó y vino liquidando todas las incapacidades laborales otorgadas a partir del 13 de septiembre de 2014 por el médico tratante, con un IBL de $986.250, que este IBL lo calculó para todo el mes de febrero, tomado como 30 días y con base en el IBC de $263.000, para el periodo comprendido entre los días 21 y

28 de febrero de 2012; con un IBC para el mes de febrero de 2014 por un valor de $986.250.

Que las incapacidades emitidas a partir del 21 de abril de 2014 hasta la fecha de radicación de la demanda han sido presentadas a la ARL SURA; verbigracia, el 09 de julio de 2015 le solicitó la reliquidación de las incapacidades temporales generadas a partir del 13 de septiembre de 2014, porque la suma estaba siendo pagada por una suma que no correspondían a las que venían siendo pagadas por este concepto, cuya respuesta fue negativa, por lo que procedió a reclamarle a SUMMUM ENERGY el pago de la totalidad del aporte de cotización de los días comprendidos entre el 21 y 28 de febrero de 2014, por el IBC del mes de febrero que no reportó a la ARL Sura; empero, en su respuesta indicaron que solo estaban obligados a cotizar para los días del 21 al 28 de febrero de 2014, por haber sido estos días los laborados por él, que del 01 al 20 de febrero no había trabajado porque no estaba con incapacidad laboral con origen de enfermedad laboral. En vista de lo anterior, le solicitó a la misma le sea suministrada información relacionada con los aportes a seguridad social durante la vigencia de los contratos laborales y copia de las restricciones médicas en su nombre, cuya respuesta fue positiva; el 03 de marzo de 2017, se elevó derecho de petición ante la ARL solicitando la reliquidación y pago de las incapacidades que le han sido generadas a partir del 13 de septiembre de 2014 y cuya respuesta la ARL refirió que las incapacidades temporales fueron expedidas a causa de un accidente de trabajo por enfermedad laboral, las cuales debieron ser liquidadas conforme al parágrafo 2 del artículo 5º de la Ley 1562 de 2012; sin embargo, según consta en su historia clínica del 26 de julio de 2013, su médico tratante calificó el origen de su contingencia como «enfermedad profesional u ocupacional». Que el 08 de enero de 2016 mediante dictamen del médico tratante calificó el origen de la contingencia como «enfermedad laboral», con fecha de estructuración del 18 de agosto de 2015 y una pérdida de la capacidad laboral de un 20,21%, debido a que el dictamen fue objeto de inconformidad, conoció del asunto la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá quienes el 18 de marzo de 2016 emitieron el dictamen de invalidez, calificando el origen de contingencia como «enfermedad laboral», la cual fue nuevamente apelada y la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá emitió nuevo dictamen de calificación de invalidez en el que definió el origen como enfermedad, riesgo: laboral, fecha de estructuración: 18 de agosto de 2015 y una pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del 31,85%. Que para los años 2015, 2016 y parte del 2017 la ARL Sura no indexó el valor de las incapacidades pagadas conforme a lo estipulado por el parágrafo 1 del art. 5º de la Ley 1562 de 2012, pues solo incrementó su valor a partir de septiembre de 2017 a una suma aproximada de $1.154.000. Finalmente, a la

fecha de la presentación de la demanda no ha reliquidado el valor de las incapacidades generadas a partir del 20 de septiembre de 2014 (Demanda y reforma Fls. 2 a 26 y 393 a 423).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones incoadas, para ello manifestó que entre el demandante y esta entidad nunca existió relación laboral ni de ninguna otra naturaleza, razón por la cual esta entidad no está llamada a responder por las obligaciones reclamadas por el demandante, así como tampoco existe responsabilidad solidaria pretendida, pues si bien es cierto que entre esta sociedad y SUMMUM ENERGY existieron dos contratos (uno para el mantenimiento de equipos, y otro para el alquiler de los mismos), no es menos cierto que esta actividad se ejecutó bajo dos propósitos sociales totalmente ajenos al giro ordinario de los negocios de esta entidad. Por lo anterior, no puede en ningún caso condenarse a esta entidad por las obligaciones que eventualmente llegaren a demostrarse en el proceso y sin aceptar ninguna responsabilidad. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación y cobro de lo debido», «prescripción» y «buena fe». Llamó en garantía a la sociedad AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y a la sociedad ALLIANZ SEGUROS (Fls. 211 a 222).

Por su parte, SUMMUM ENERGY LTDA., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demandada, argumentando para tal efecto que, entre el demandante y esta sociedad se firmó contrato de trabajo a término indefinido que inició el 07 de octubre de 2010, cuyo cargo acordado fue el de Cuñero dentro del proyecto de servicio de mantenimiento integral de los campos de la asociación Nare. El 28 de febrero de 2014, en atención a la voluntad de las partes, terminó el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, lo cual quedó plasmado en el documento de acuerdo de terminación del contrato de trabajo y en atención a lo permitido en el CST, motivo por el cual, no podía establecerse que la decisión fue tomada por esta sociedad de manera unilateral o de forma discriminatoria. Por otro indicó que la subrogación de riesgos consiste en trasladar las consecuencias de un determinado acaecimiento a un tercero asegurador a través de un contrato de seguro previamente celebrado, como lo es en este caso la ARL Sura; que al demandante se le afilió y pagó de manera oportuna los aportes al Sistema de Seguridad Social en favor del trabajador, lo anterior conllevó a que las contingencias típicas del Sistema fueran cubiertas, en especial las relacionadas con la invalidez del demandante. Así mismo, conforme a lo regulado en el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 1562 d 2012, fueron claras al determinar que las prestaciones económicas derivadas

de los riesgos laborales deben ser asumidas por la ARL, mientras que el empleador no estaba obligado a asumir las prestaciones, pues habiendo afiliado al actor a la ARL Sura, y en atención al pago oportuno y correcto de las cotizaciones, se dio la subrogación del riesgo, por lo que debe ser la ARL la encargada de responder por el pago de los subsidios económicos por incapacidad reclamados. Con relación a la cotización efectuada en el mes de febrero de 2014, señaló que esta empresa no debió realizar pagos a la ARL durante este mes, ya que durante este periodo el actor no prestó el servicio, en atención a que se presentaron las siguientes novedades: 25 días con incapacidad por accidente de trabajo y 03 días por concepto de licencia remunerada; no obstante, esta empresa pagó con una base de $263.000 debido a que el sistema tomó para pagar a la ARL el valor de la licencia remunerada (03 días de salario) más el concepto de retribución médica pagada mensualmente al actor $26.404, lo cual arrojó el IBC para la ARL de ese mes. A su vez, para febrero de 2014, no existía novedad de vacaciones/licencia remunerada, sino únicamente la de vacaciones, de modo que fue el mismo sistema quien ajustó ese pago en la forma en que se realizó, pese a que no debió hacerse, por lo que no existió ningún incumplimiento por parte de esta entidad.

En tal sentido era improcedente la condena solicitada, dado que no ha existido incumplimiento por parte de esta entidad por el pago de las cotizaciones. Propuso como excepciones de fondo, las de «cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «cosa juzgada», «prescripción», «compensación», «buena fe» y «pago». (Fls. 293 a 311, 673 a 675, 741 a 760).

La llamada en garantía SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para lo cual argumentó que los art. 5 y 6 de la Ley 1562 de 2012 dispone que la obligación de realizar las cotizaciones y reportar los IBC de los trabajadores está a cargo del empleador y no a cargo de la ARL; adicionalmente, el parágrafo 2 del art. 5º de la Ley 1562 de 2012 indica claramente que las incapacidades temporales deben liquidarse teniendo en cuenta el último IBC pagado a la ARL. Aunado a lo anterior, se debía tener en cuenta que “las mesadas pensionales y las demás prestaciones establecidas en el Sistema General de Riesgos Profesionales prescriben en el término de 03 años, contados a partir de la fecha en que se genere, concrete y determine el derecho y en el presente caso se pretende cobrar prestaciones generadas más allá término de prescripción establecido legalmente. Propuso como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación pretendida por el demandante porque ARL SURA ha asumido todas las

prestaciones asistenciales y económicas que ha requerido el demandante y las ha pagado conforme lo establece la ley», «las administradoras de Riesgos Laborales solo responden por lo estrictamente ordenado en la ley de acuerdo con el Sistema General de Riesgos Laborales», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls. 345 a 359, 676 a 698).

La llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., contestó la demanda con oposición de las pretensiones de la demanda argumentando para ello que las pretensiones carecen de fundamento jurídico y fáctico, puesto que no puede predicarse que la empleadora SUMMUM ENERGY incumplió con alguna de sus obligaciones prescritas ya que mantuvo afiliado al trabajador al Sistema de riesgos laborales hasta el momento en que las partes por mutuo acuerdo dieron por terminado el contrato el 28 de febrero de 2014 e igualmente cotizó a la ARL durante este periodo tomando como base de los ingresos reales percibidos por el actor, por lo que sus pretensiones no están llamadas a prosperar. Que en el evento de que se considere que procede la reliquidación de las incapacidades temporales prescritas al actor, es la ARL Sura quien debe asumir el pago de las mismas, de conformidad con lo señalado en el parágrafo 3 del art. 5 de la Ley 1562 de 2012, por haber asumido el riesgo transferido por SUMMUM ENERGY al haber afiliado a su trabajador al Sistema de riesgos laborales. Que en el evento en que el Despacho llegase a concluir que SUMMUM ENERGY incumplió con la obligación de cotización a su cargo, por ende, le ordene reliquidar y pagar las incapacidades laborales prescritas al actor, obligación que corresponde a la ARL, se deberá también tener en cuenta que el actor no puede pretender que se le liquiden sus incapacidades con base en el salario diario pactado en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD y sus trabajadores, ya que el actor no es beneficiario de esta al no haber tenido ningún vínculo laboral con MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD. En cuanto al llamamiento en garantía, sostuvo que esta se encuentra limitada, conforme a lo señalado en las condiciones generales y particulares de la misma. Respecto de las excepciones, coadyuvó las propuestas por MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., y propuso las de, «inexistencia de incumplimiento atribuible al empleador SUMMUM ENERGY LTDA: cobro de lo no debido», «ausencia de solidaridad laboral entre SUMMUM ENERGY y MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., para el pago de los conceptos reclamados por el demandante», «las prerrogativas provenientes de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD., y sus trabajadores no pueden predicarse a favor del señor DEOVANY JESÙS CORREA», «las acciones correspondientes a los derechos regulados en la legislación laboral prescriben en el término de 3 años». Propuso en contra del llamamiento en

garantía las excepciones de, «ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento No. 8001037900 para obligaciones contraídas en virtud del contrato No. NAS-292-212», «en ausencia de responsabilidad de SUMMUM ENERGY LTDA no existe cobertura de la póliza pues no se configura solidaridad entre tomador y asegurado», «la responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada» y «existencia de coasegurado» (Fls. 560 a 577, 700 a 738).

La también llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS S.A., contestó con oposición de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda, aduciendo que únicamente SUMMUM ENERGY fungió como empleador del demandante, de forma única y exclusiva, por lo cual no es viable que se hable de solidaridad en el presente caso frente a MANSAROVAR dado sus objetos contractuales. MANSAROVAR no era empleador, ni surge solidaridad alguna; anudado a lo anterior, el empleador dio cumplimiento de sus obligaciones, ya que tenía debidamente afiliado al actor a la ARL, quienes asumieron el riesgo presentado por la enfermedad laboral. Igualmente, el demandante aceptó una transacción propuesta, suma de dinero que le fue debidamente cancelada. Con lo anterior, todo ocurrió en la ejecución del contrato NNJ-089-10 amparado por AXA Colpatria y Allianz Seguros S.A., amparaba en contrato NAS-292-12, por lo cual es una situación laboral distinta y ajena a esta compañía aseguradora, por tanto no puede surgir responsabilidad alguna frente a Allianz Seguros S.A. Propuso como excepciones de fondo, las de «cobro de lo no debido por parte del demandante», «ausencia de prueba del demandante frente a la existencia de solidaridad entre MANSAROVAR LTD y PETROTIGER HOY SUMMUM ENERGY», «coadyuvancia de los medios defensivos de los otros demandados y llamados en garantía», «prescripción de las acciones laborales», «compensación y nulidad relativa» y «genérica»; frente al llamamiento en garantía propuso las excepciones de, «prescripción de las acciones derivadas de la póliza RCE», «ausencia de cobertura para los eventos del contrato NNJ-089-10 a la luz de la póliza CPAR-21196853», «inexistencia de solidaridad entre los demandados y ALLIANZ SEGUROS S.A.», «coadyuvancia de los medios defensivos de los otros demandados y llamados en garantía», «coexistencia de seguros que contengan el mismo amparo de pago de salarios y prestaciones sociales» «inexistencia de obligación de pago en caso de no configurarse dolo o culpa grave por parte del tomador o asegurado», «inexistencia de obligación frente al tomador de la póliza PETROTIGER hoy SUMMUM ENERGY LTDA», «inexistencia de obligación de pago del asegurado MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTD», «agotamiento y límite del valor asegurado en la póliza CPAR-21196853», «aplicación del deducible pactado», «exclusión al pago de los amparos contratados si se comprueba que el demandante sufrió accidente laboral fuera de la vigencia de

la póliza», «prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro», «compensación y nulidad relativa» y «genérica» (Fls. 617 a 636).

Mediante auto dictado en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 30 de noviembre de 2020, se desvinculó del proceso a la demandada MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA y a las llamadas en garantía ALLIANZ SEGUROS Y AXA COLPATRIA S.A. (fl. 840).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 15 de marzo de 2021, declaró que entre el demandante y la sociedad SUMMUM ENERGY LTDA., existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 07 de octubre de 2011 al 28 de febrero de 2014; condenó a SUMMUM ENERGY a cancelar a favor del demandante debidamente indexadas lo correspondiente a la reliquidación de las incapacidades causadas a su favor entre el 13 de septiembre de 2014 al 23 de febrero de 2018, por un valor de $70.227.152, indicando que en el evento de que se sigan generando después del 23 de febrero de 2018 y se sigan liquidando en forma errónea por parte de la ARL SURA, a causa del reporte el IBC indicado por la empleadora sobre estas diferencias. Respecto de la demandada ARL Suramericana, la absolvió de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por lo que declaró probadas sus excepciones propuestas; así mismo, declaró probada la excepción de prescripción respecto de las incapacidades causadas con anterioridad al 24 de noviembre de 2014. Finalmente, condenó en costas a SUMMUM ENERGY en favor del actor y al demandante en favor de la demandada ARL SURA.

Para arribar a dicha conclusión, en síntesis que la forma de liquidación de las incapacidades, debía realizarse teniendo en cuenta lo devengado en el último año o el último IBC reportado antes del suceso; para ello, se remitió al art. 5º de la Ley 1562 de 2012, el cual estableció el IBC que se debe aplicar para hacer el cálculo, respecto de si es por enfermedad laboral o accidente de trabajo y para el pago del subsidio por incapacidad temporal, la prestación social será reconocida con base en el último IBC pagado a la ARL anterior al inicio de la incapacidad; indicó que por regla general para el pago de las prestaciones económicas, se aplica este criterio según se trate de enfermedad laboral o accidente de trabajo; empero, en lo referente al subsidio de pago por incapacidad independientemente del origen del suceso, se debió tener en cuenta para su liquidación el último IBC con el que se haya liquidado antes de la ocurrencia del accidente o enfermedad laboral, por lo que al demandante se le debieron liquidar las prestaciones con el último IBC reportado. En ese orden de

ideas, explicó que el demandante acreditó que el tiempo a cotizar fue de 08 días, frente a los cuales la empleadora cotizó la suma de $263.000, que dividido en 08 arrojó un salario diario de $32.875 y conforme a la liquidación del contrato de trabajo del actor, su liquidación y lo confesado por el representante legal de SUMMUM ENERGY, tenía como asignación básica la suma $78.970, es decir, la empleadora cometió un error al liquidar a su trabajador por 03 días cuando él trabajó 08 días y sobre estos 08 días debió haber cotizado, situación que generó que la ARL determinara que el actor en realidad tenía un salario de $986.250 y que tomará los $263.000 los dividiera en 08 y los multiplicara por 30, lo que dio una asignación salarial de $986.250. Refirió que la planilla aportada fue clara en cuanto a que la liquidación se liquidó por 08 días y hechas las operaciones aritméticas los $263.000 que le cotizaron por 03 días, arrojó un salario diario de $87.666, suma que determinó que el salario multiplicado por 30, realmente le correspondió al demandante en el mes de febrero de 2014, fue la suma de $2.630.000; por lo que la ARL frente al verdadero salario que le correspondió al demandante, es decir, $2.630.000 y efectuado sus incapacidades por una suma de $986.250, concluyó que la liquidación de las incapacidades hechas por la ARL al actor hasta el 12 de septiembre de 2014, las hicieron bajo un salario de periodos anteriores y no el correspondiente a febrero de 2014, que se debió tener en cuenta, pues resultó claro que hasta el 12 de septiembre de 2014 la ARL por un error imputable al empleador que no liquidó bien y por un trámite interno aducido por la ARL que lo pasaron por un accidente laboral y no por un enfermedad laboral, y con base en un salario que tuvo para el año 2006, le liquidaron sobre estos valores; no obstante, al ARL asumió estos valores y se lo pagaron al demandante, por lo que a partir del 13 de septiembre de 2014 corrigieron el error del salario de los pagos de la incapacidad del 21 de abril de 2014, lo que generó que con ese ajuste se le bajara el IBC a $986.250. Por lo anterior, indicó el a quo que la responsabilidad por la que liquidó la ARL a partir del 13 de septiembre de 2014 en forma errónea las incapacidades al accionante, fue por el reporte equivocado que en su momento hizo la empleadora, razón por la cual, halló viable condenarla por el pago de las diferencias que se le han venido generando al demandante por el error que cometió en el reporte del salario correspondiente al mes de febrero de 2014, al haberle reconocido un IBC muy inferior al devengado por el demandante. En cuanto a la prescripción sostuvo que el actor radicó la demanda el 24 de noviembre de 2017, por lo que se afectaron con el fenómeno prescriptivo las incapacidades causadas con anterioridad al 24 de noviembre de 2014, de esta forma, analizó que la última incapacidad acreditada por la ARL Sura fue la del 23 de febrero de 2018 y hasta esa se realizó la liquidación.

Igualmente, indicó que, si al actor se le vienen causando incapacidades después del 23 de febrero de 2018, se le seguirán causando incapacidades y si la empleadora no corrige el IBC, seguirán a su cargo las diferencias entre el valor que corresponda legalmente conforme lo analizó el a quo y el que le haya pagado efectivamente la ARL. Frente a la situación de mora de la demandada, refirió el juzgador que por cuanto la ARL se atendió a lo que indicó la empleadora como salario y para el caso reportaron $263.000 por 08 días, no existió alguna responsabilidad imputable a las demandadas para constituirlas en mora, por su parte a la ARL no le era posible conocer que la empleadora había liquidado mal. Por otro lado, indicó que las demás sanciones que solicitó el demandante en la demanda, no son competencias del mismo juzgador, ya que las mismas corresponden a una facultad administrativa con el Ministerio de Trabajo quien establece si hubo lugar a alguna multa y demás por el no pago correcto de los aportes.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte Demandada SUMMUM ENERGY SAS., inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, pues consideró que más allá del error que cometió esta sociedad, no hubo ningún fundamento normativo que facultara al Despacho para resolver la condena, ya que si bien el IBC que se tomó no fue el indicado, la consecuencia debió ser ordenar la corrección y pagar la diferencia del aporte; empero, el juzgador consideró que la consecuencia fuera que esta entidad asuma la diferencia de las incapacidades expedidas por parte de la ARL SURA y en ese sentido, no existe una norma que determine que esa es la sanción a imputar. Que la parte actora como fundamento jurídico de sus pretensiones trajo a colación lo dispuesto en el artículo 91 del Decreto 1295 de 1994, el cual expresó que al Ministerio del Trabajo le corresponde imponer las sanciones en contra del empleador y frente a las cuales opera el recurso de apelación ante organismo adscrito al Ministerio del Trabajo, por lo que no fue clara la norma que facultó al a quo para proferir sanción en contra de esta sociedad. Indicó igualmente que la Ley 1572 de 2012 expresa que en caso de mora en el pago por incapacidades ante las administradoras de riesgos laborales, será responsable de los gastos en que incurra la ARL por causa de las prestaciones otorgadas, así como el pago de los aportes en el pago con sus respectivos intereses y el pago de las prestaciones económicas a que hubiere lugar; esta norma es clara en establecer que los pagos se realizarán cuando haya mora y si bien el Despacho indicó que no hubo mora en el pago de los aportes por riesgos laborales, la condenó aun cuando no hubo fundamento normativo, además de la desproporcionada condena.

En cuanto a la declaración parcial de prescripción, indicó que en el presente caso lo que se le imputó a esta entidad fue que en febrero de 2014 no pagó correctamente el aporte, lo que se paga en marzo de 2014, es decir que el incumplimiento existió en el 2014, la demanda se radicó en noviembre de 2017, por lo que no hay una prescripción especial para este litigio y en ese evento, cualquier declaración derivada del presunto incumplimiento de SUMMUM por haber pagado mal los aportes de febrero de 2014, se podía reclamar el pago hasta marzo de 2017, además los derechos de petición fueron radicados ante la ARL Sura y no ante SUMMUM, por lo que el demandante sabía la suma que se le pagaba y pese a notar las diferencias, no realizó las acciones pertinentes en el momento adecuado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, presentaron alegatos de conclusión la parte accionada SUMMUN ENERGY LTDA, en similares términos a los de alzada; SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA y el demandante solicitando se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si es procedente ordenar la reliquidación de las incapacidades generadas en favor del demandante y si hay lugar o no a declarar probada la excepción de prescripción.

CONSIDERACIONES

Con la finalidad de resolver el problema jurídico, corresponde indicar que no es objeto de controversia en esta instancia que entre el señor DEOVANNY JESÚS CORREA y SUMMUM ENERGY LTDA existió un contrato de trabajo desde el 07 de febrero de 2011 hasta el 28 de febrero de 2014. Tampoco, que al actor le fueron emitidas incapacidades laborales con posterioridad a la terminación de dicho contrato, las cuales tenían origen laboral y fueron canceladas por la ARL SURA conforme al último salario base de cotización reportado por el empleador SUMMUN ENERGY LTDA en febrero de 2014, aspectos sobre los que se pronunció el juez de primer grado no controvertidos en esta instancia.

Precisado lo anterior, se tiene que el subsidio por incapacidad temporal en razón de una enfermedad laboral, contenido en el artículo 2 de la Ley 776 de 2002, constituye una prestación propia del sistema de seguridad social que busca amparar las

contingencias surgidas con ocasión de perturbaciones en la salud de los trabajadores, lo cual está en consonancia con los fines proteccionistas del derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política.

A voces de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, las sumas de dinero reconocidas como subsidio por incapacidad vienen a sustituir el salario durante el lapso en el cual el trabajador se encuentra al margen de sus labores, constituyendo la garantía necesaria para que su recuperación transcurra de manera tranquila al no tener que preocuparse por la procura de los ingresos necesarios para el sostenimiento personal o de su grupo familiar, garantizando su subsistencia en condiciones dignas -artículo 53 de la Carta Política- (CC T-490-2015, reiterada en la CC T-140-2016 y citada en proveído CSJ STL16504-2016, reiteradas en la SL1243 de 2020).

El monto de dicha prestación, conforme lo previsto en el artículo 3° de la Ley 776 de 2002 equivale «al cien (100%) de su salario base de cotización, calculado desde el día siguiente el que ocurrió el accidente de trabajo y hasta el momento de su rehabilitación, readaptación o curación, o de la declaración de su incapacidad permanente parcial, invalidez o su muerte. El pago se efectuará en los períodos en que el trabajador reciba regularmente su salario. Para la enfermedad profesional será el mismo subsidio calculado desde el día siguiente de iniciada la incapacidad correspondiente a una enfermedad diagnosticada como profesional».

Respecto al IBC que en los términos del parágrafo 2º del artículo 5 de la Ley 1562 de 2012, la incapacidad se reconoce con base al «último (IBC) pagado a la Entidad Administradora de Riesgos Laborales anterior al inicio de la incapacidad médica».

Descendiendo al caso de autos, se tiene, tal como se dejó sentado al inicio, que el demandante finalizó su contrato de trabajo con la empresa accionada el 28 de febrero de 2014, posteriormente al actor le fueron otorgadas incapacidades laborales de manera continua e ininterrumpida entre el 21 de abril de 2014 y al menos hasta el 23 de febrero de 2018 (fls. 825 a 828), a razón de enfermedades calificadas como de origen profesional, sin embargo, frente a las causadas entre el 21 de abril de 2014 al 12 de septiembre de 2014, el pago se efectuó con un IBC de $3.637.241 en tanto que al momento de registrarse el mismo en el sistema de la ARL se anotó que la misma al expediente que correspondía un accidente de trabajo que había padecido el actor el 24 de febrero de 2012, tal como lo clarificaron los testimonios traídos por SURA, de ahí que se haya liquidado con el salario reportado

en el mes anterior por su empleador, esto es, enero de 2012. En lo sucesivo, las incapacidades generadas desde el 13 de septiembre de 2014, una vez se efectuó la corrección y se anotó en el sistema de la ARL que el evento correspondía a una enfermedad laboral que venía incluso desde el año 2006, esta administradora comenzó a pagarlas conforme al IBC reportado por el empleador al mes de febrero de 2014, que resulta ser el último reportado a la ARL la planilla obrante a folio, donde consignó que el actor laboró un total de 8 días con una base de cotización de $263.000, siendo claro entonces, en los términos de la normatividad traída a colación que, durante dicho interregno, el subsidio debía cancelarse sobre esa cuantía por cada mes o proporcional de incapacidad.

Decantado lo anterior, y en aras de dar solución al primer problema jurídico planteado, esto es, si el demandante tiene derecho a que se le reajusten las incapacidades, debe mencionarse que según la liquidación del contrato de trabajo obrante a folios 312 y 313, así como del acuerdo de terminación del contrato de trabajo visible a folio 318, el salario devengado por el accionante ascendía a la suma de $2.369.100. De igual modo, está claro para la Sala que el accionante laboró en el mes de febrero de 2014 un total de 8 días, pues así lo confesó el representante legal de la accionada en su interrogatorio de parte, tras indicar que el actor laboró para SUMMUN ENERGY los días comprendidos entre el 21 y 28 de febrero de 2014, luego de que terminara su incapacidad laboral expedida desde el 11 de febrero de 2014 al 21 de febrero del mismo año, además, que el IBC reportado o cotizado por esta entidad a la ARL SURAMERICANA fue por un valor de $263.000 (8 días) para el periodo laborado del 21 y 28 de febrero de 2014.

En ese sentido, bien sea por error o no, la empresa recurrente no reportó en debida forma el salario devengado por el demandante en esos días que laboró a su servicio. En tal sentido, las documentales antes mencionadas indican con claridad que la ARL pagó las incapacidades al actor, generadas por concepto de enfermedad laboral desde el 13 de septiembre de 2014, que son las que solicita sean reajustadas, con un IBC de $986.250 (30 días), si bien acorde con la normatividad teniendo en cuenta el último salario, pero que en realidad era inferior al devengado, existiendo una diferencia entre uno y otro salario de $1.382.850.

Ahora bien, con relación las consecuencias de dicho error, consideró el juzgado que las diferencias ocasionadas estaban a cargo del empleador, situación frente a la que estima el apoderado recurrente que no existe normatividad alguna que permita asumir al empleador tales consecuencias, por el contrario, debería ordenarse el pago, solamente por la diferencia en la cotización con los intereses del caso. Sin embargo, para la Sala tal argumentación no es de recibo, puesto que ello sería como

achacarle las consecuencias de su mal proceder a la aseguradora de riesgos laborales, entidad que pagó conforme a la normatividad vigente las incapacidades generadas, esto es, con el salario que la empresa accionada le reportó y por supuesto, que al haberse efectuado tal cotización es claro que no había lugar a ejercer ninguna acción de cobro o aplicar las consecuencias de una mora como lo plantea el recurrente.

En todo caso, estima la Sala que sí resulta aplicable lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 91 del Decreto 1295 de 1994, «por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales», el cual indica:

> «Cuando la inscripción del trabajador no corresponda a su base de cotización real, o el empleador no haya informado sus cambios posteriores dando lugar a que se disminuyan las prestaciones económicas del trabajador, el empleador deberá pagar al trabajador la diferencia en el valor de la prestación que le hubiera correspondido, sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar».

Si bien el inciso primero indica que «le corresponde a los directores regionales y seccionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social imponer las sanciones establecidas [...]», ello no es óbice para que el empleador que incurra en tal falta y se demuestre ante la jurisdicción laboral, no se haga merecedor a tal sanción, pues esa reglamentación hace parte integral del sistema de riesgos profesionales/laborales y por ende, resulta competente esta jurisdicción para resolver los conflictos que de allí se generen, de modo que si resulta aplicable en sede administrativa no existe impedimento para que en sede judicial se apliquen las consecuencias de un reporte erróneo en la cotización que a posteriori dio lugar a una disminución en las prestaciones económicas del trabajador, por lo tanto, la sala confirmará lo decidido en tal sentido por el a quo.

En lo que refiere a la excepción de prescripción, habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia en cuanto la declaró parcialmente probada, pues si bien es cierto que la obligación de cotizar correctamente para la accionada surgió en febrero de 2014, no debe perderse de vista que de allí surgieron prestaciones que se fueron presentando de forma periódica e ininterrumpida desde el 21 de abril de 2014 hasta el mes de marzo de 2018, en ese sentido, al tenor de lo establecido en los artículos 488 y 489 del CST en concordancia con el artículo 151 del CPTSS, la excepción de prescripción en efecto, está llamada a prosperar parcialmente respecto de las incapacidades causadas con anterioridad al 24 de noviembre de 2014, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 24 de noviembre de 2017 (fl. 192).

En tal sentido, habiéndose agotado la competencia de esta Sala se impone la

confirmación de la sentencia de primer grado. Así se determinará, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

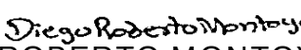
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JESUS HENRY GALVIS GUTIERREZ contra BBVA COLOMBIA S.A. Rad 110013105-009-2019-00008-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor JESUS HENRY GALVIS GUTIERREZ pretende que se declare que el Banco BBVA Colombia S.A., le adeuda los aportes a pensión, por los periodos comprendidos entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y entre el 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986; en consecuencia, condenar al demandado al pago de los aportes a seguridad social, con sus respectivas rentas e intereses moratorios, por medio del cálculo actuarial que dispone para tal efecto COLPENSIONES, en el intervalo del 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983; a su vez, sea condenado al pago de los aportes a seguridad social, con sus respectivas rentas e intereses moratorios. Finalmente, solicitó la aplicación de las facultades ultra y extra petita; así mismo, la condena en costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que estuvo vinculado con el Banco Ganadero, hoy Banco BBVA Colombia S.A., con un primer contrato el 15 de septiembre de 1977 al 09 de marzo de 1983; el segundo se originó del 01 de febrero de 1984 al 15 de junio de 1984 y el final, se dio a partir del 26 de junio de

1984 al 04 de mayo de 1986; durante su permanencia el demandante ocupó cargos de auxiliar de servicios generales en la sucursal de San Martín, auxiliar 4 general de caja sucursal barrio Restrepo, auxiliar 5 giros y remesas sucursal Puerto Carreño, auxiliar 4 supernumerario sucursal San Martín y secretario sucursal Leticia-Amazonas (último lugar de prestación de servicios del actor). Durante su relación laboral, el empleador no le canceló los aportes pensionales del 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y entre el 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986. Respecto de los salarios devengados, para el año 1981 fue por $14.610, en 1982 fue por $21.420, en 1983 fue por $21.410, en 1984 fue por $21.420, en 1985 fue por $28.230 y para 1986 fue por un valor de $35.070, el empleador le realizó los correspondientes descuentos para Fondo de pensiones. Por otro lado, decidió solicitar ante el ISS, hoy Colpensiones su estado de aportes a pensión, en donde le informaron que no existían esos aportes durante los periodos comprendidos entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y entre el 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986, razón por la cual, le solicitó información al demandado sobre donde podía reclamar sus aportes a pensión, en cuya respuesta se le indicó que dichos aportes no se realizaron por no cobertura (fls.01 a 05, 35 a 39).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El BBVA COLOMBIA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda tanto declarativas como condenatorias. Para ello precisó que para el periodo laborado por el demandante para esta entidad, no existía la obligación de pagar aportes por riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues al momento el ISS no tenía cobertura en los municipios de San Martín, puerto Carreño y Leticia, lugares donde el actor prestó sus servicios; motivo por el cual, no es procedente imponerle al empleador una obligación inexistente para el momento y lugar en que rigió la relación laboral, ya que la cobertura de estos riesgos se hizo de manera gradual y paulatina a lo largo del territorio nacional, dadas las imposibilidades administrativas, operativas y financieras de la época. Agregó que la Ley 90 de 1946 creó el ISS y con este la determinación de que el proceso de asunción de las obligaciones se realizaría de manera gradual y paulatina; igualmente, el Decreto 1824 de 1965 señaló que los trabajadores que trabajaran para empresas sujetas al régimen de seguridad social, con posterioridad a la vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte, debían ser inscritos por sus patronos dentro de los 07 días siguientes a su ingreso y en los eventos en que el patrono no lo hiciera, el Instituto quedó facultado para otorgarlos, empero, el empleador es el que quedó obligado a pagar al Instituto el capital constitutivo de las rentas y prestaciones que se otorguen. Por ende, esta entidad no tenía a su cargo las obligaciones pretendidas,

obligaciones que surgieron en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Finalmente, sostuvo que, en el eventual caso de acceder a lo pretendido en la demanda, solicitó se condene a esta solo en la porción que le corresponde al empleador. Propuso las excepciones de «inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «principio general nadie está obligado a lo imposible» y «buena fe» (fls.152 a 162, 165 a 166).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 09 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2020, condenó al banco BBVA Colombia a trasladar el valor del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, por el periodo comprendido entre el 02 de enero de 1981 y el 09 de marzo de 1983 y entre el 26 de junio de 1984 y el 04 de mayo de 1986, sobre los salarios establecidos en la parte motiva, con destino a COLPENSIONES, indicando para el efecto, que la demandada deberá presentar la solicitud ante el Fondo de pensiones referido, dentro de los 03 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente decisión y cancelar el valor del cálculo dentro del plazo establecido por la administradora de pensiones. Finalmente, condenó en costas a la parte demandada.

Para sustentar la decisión, encontró probado que entre las partes se celebraron los contratos de trabajo celebrados entre las partes se celebró un primer contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 15 de septiembre de 1977 al 09 de marzo de 1983, en el que desempeñó funciones en el municipio de San Martín-Meta desde el inicio del vínculo hasta el 30 de noviembre de 1979; en Bogotá, desde el 01 de diciembre de 1979 al 01 de enero de 1981 y en Puerto Carreño-Bichada, desde el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983. Posteriormente, se celebró un segundo contrato a término fijo con vigencia desde el 01 de febrero al 30 de abril 1984, desempeñando sus funciones nuevamente en el municipio de San Martín-Meta; finalmente, celebró un tercer contrato de trabajo a término indefinido con vigencia del 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986, en el que desempeñó sus labores en la ciudad de Leticia-Amazonas; así mismo, que el empleador no realizó los aportes a pensión durante los periodos comprendidos entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y el 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986 cuando el actor prestó sus servicios en Puerto Carreño-Bichada y Leticia-Amazonas respectivamente. En ese sentido, aludió a lo esgrimido por la Corte Suprema de Justicia en el sentido que pese a la falta de cobertura los empleadores debían realizar la provisión proporcional al tiempo que el trabajador había laborado y entregarla al ISS, para efectos del reconocimientos del derecho pensional, por ello,

la carga pensional de jubilación continuó radicada en los empleadores cuando no hubiere presencia del ISS, en algunas zonas geográficas o frente a algunos sectores de industria y que no se hayan llamado a inscripción para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ordenado a través del Acuerdo 224 de 1966, no se tradujo en un total desprendimiento delas obligaciones del empleador, pues este mantenía el derecho de reconocer el tiempo efectivamente laborado con el consecuente pago el cálculo actuarial, en los eventos de que la subrogación no cubriere el periodo total laborado e impidiera la consolidación del derecho pensional del trabajador. Indicando igualmente, que el aludido Acuerdo, estableció la obligatoriedad de la afiliación al ISS de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y aquellos que prestaban sus servicios en el sector oficial, siempre que no estuvieran exceptuados por disposiciones expresas, esta cobertura era limitada debido a que la obligatoriedad no fue inmediata, sino que se fue extendiendo paulatinamente en la medida en que la Institución hiciera presencia a las diferentes regiones del país. Teniendo en cuenta lo anterior y la falta de cobertura del Sistema para los trabajadores del municipio de Puerto Carreño-Bichada y Leticia-Amazonas, ya que no habían sido llamados a inscripción obligatoria durante los tiempos reclamados por el actor; no obstante, los derechos pensionales no se deben abordar desde una perspectiva sancionatoria, debido a que al trabajador se le debe garantizar un ingreso económico periódico tras el desgaste físico natural generado por el hecho de haber laborado y, la no cobertura por decisión administrativa no genera la pérdida de las semanas laboradas para efectos pensionales, puesto que de no ser así redundaría un perjuicio al trabajador, imposibilitando su derecho pensional. Conforme a lo anterior, sostuvo que las semanas laboradas por el demandante, son un derecho irrenunciable pensional, independiente de si el banco BBVA estaba llamado o no a realizar las cotizaciones al ISS, en sus seccionales de Puerto Carreño y Leticia, periodos que fueron de carácter imprescriptibles, pues hicieron parte del capital indispensable para la consolidación del derecho pensional y que para remediar lo anterior, el parágrafo 1º del art. 33 de la Ley 100 de 1993, estableció el traslado del cálculo actuarial que debió mantener el empleador por el periodo mismo, representado por un bono o un título pensional, con el fin de convalidar las semanas correspondientes al tiempo laborado para efectos de que sea tenido en cuenta por la administradora para la consolidación del derecho pensional, motivo por el cual, se debió hacer el traslado de dicho cálculo a Colpensiones, por los periodos comprendidos en entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y del 26 de junio de 1984 al 04 de 1986, puesto que para estos periodos no se efectuaron los correspondientes aportes previa cuantificación que haga Colpensiones, para ello, la demandada debió presentar la solicitud ante la

administradora de pensiones. Respecto de la liquidación del cálculo actuarial, precisó, se debía tener en cuenta en los términos del Decreto 1887, la fecha de nacimiento del actor y los salarios percibidos dentro de los periodos aludidos, teniendo en cuenta los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia, por lo que debían tenerse como salarios los siguientes: del 02 de enero de 1981 al 31 de diciembre del mismo año, la suma de $12.000,20; del 01 d enero de 1982 al 18 de septiembre del mismo año, la suma de $15.235; del 19 de septiembre de 1982 al 31 de diciembre del mismo año, la suma de $16.665; del 01 de enero de 1983 al 09 de marzo del mismo año, la suma de $19.000,80; del 26 de junio al 31 de diciembre de 1984, la suma de $30.650; del 01 de enero de 1985 al 31 de diciembre del mismo año, la suma de $35.900 y del 01 de enero al 04 de mayo de 1986, la suma de $42.200. En cuanto al porcentaje que le corresponde al empleador mencionó que debido a que no se encontró que dentro de la vinculación laboral entre las partes, la demandada le haya hecho los descuentos correspondientes para tal fin, pese a que el empleador era obligado a recaudarlos, así como tampoco que hubiese cumplido con la obligación de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para realizar las cotizaciones al Sistema de seguridad social, pues la prórroga del llamado a inscripción obligatoria por decisión administrativa, no significa que la obligación haya quedado condicionada en el tiempo, lo único que implicó fue que se haya pospuesto el traslado de las cotizaciones al ISS, por lo que la entidad debía asumir la totalidad del aporte. Por último, el Despacho resaltó que los réditos e intereses moratorios se encuentran contemplados dentro del cálculo actuarial, razón por la cual no se pronunció ni emitió una decisión frente a esto.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial del BANCO BBVA COLOMBIA apeló la decisión, reiterando los argumento presentados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión; replicando que, en el presente caso no era procedente emitir condena en contra de la demandada, toda vez que, su actuar siempre estuvo ajustado a derecho, pues al momento de la vinculación con el demandante, la demandada no tuvo la obligación de efectuar los aportes por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, teniendo en cuenta que para este periodo el ISS no tenía cobertura en los municipios donde trabajó el actor; por ello, no se le puede atribuir responsabilidad alguna por concepto de los aportes a Seguridad social en el marco de la relación laboral entre las partes y que la cobertura se hizo de manera gradual, siendo que para la época de los hechos, se presentaron múltiples inconvenientes administrativo, operativos y financieros para lograr una cobertura total, por lo que existió imposibilidad jurídica y operativa para realizar los respectivos aportes al

ISS. Frente al caso en estudio, precisó haber quedado establecido que el demandante prestó sus servicios entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y el 23 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986 en los municipios de San Martín, Puerto Carreño y Leticia, por lo cual resulta inviable exigir un pago por aportes de Seguridad social, puesto que en estos lugares no existía la cobertura ni una normatividad específica que regulara dicha situación; resaltó que bajo la Ley 90 de 1943, se confirió la posibilidad de extender la prestación de los seguros de invalidez, vejez y muerte, a todas las capitales de los municipios dentro de los 06 meses siguientes al primer llamamiento de afiliados, procurando extenderlo de manera gradual a todas las regiones del país; no obstante, en la práctica no se dio así dado a las controversias de distinta índole. Agregó que dichas dificultades han sido resaltadas por la Corte Suprema de Justicia, a lo que señaló que en los lugares donde resultó difícil la afiliación, se radicó en cabeza de los empleadores cuando en los lugares en los que se desarrollaba la labor contratada hubiera cobertura del ISS; es decir, que las condiciones geográficas donde se realizaba el trabajo determinaba la obligación del empleador de afiliar a su trabajador o a la entidad de seguridad social y la de este de cubrir las contingencias correspondientes; por lo tanto, si en un lugar donde se prestó el servicio por parte del trabajador no existía la cobertura del ISS, el empleador no estaba obligado a realizar la afiliación, tampoco efectuar las cotizaciones, responsabilidad que surgió con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Por último, solicitó sea tenida en cuenta Sentencia constitucional, mediante la cual la Corte Constitucional precisó el principio de solidaridad y equidad para aquellos empleadores que en su momento no pudieron realizar los aportes por la incapacidad de cobertura total a las diferentes regiones del país, de lo contrario se estaría causando una obligación total que no le correspondió en su momento al empleador, ello mediante la repartición tripartita de un 50% al empleador, un 25% a trabajador y un 25% a cargo de Colpensiones, situación prevista legalmente.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala determinar si procede el pago del cálculo actuarial por el periodo no cotizado por el empleador del demandante, interregno en el que no existía para el sitio de trabajo el llamado a inscripción en el sistema de seguros sociales obligatorios.

CONSIDERACIONES.

Para resolver el problema jurídico se advierte que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes, toda vez que la empresa al contestar la demanda aceptó la existencia del mismo por el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 1977 al 09 de marzo de 1983, del 01 de febrero al 30 de abril 1984 y del 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986; así como el hecho que el empleador no efectuó los aportes a pensión correspondientes a los periodos entre el 02 de enero de 1981 al 09 de marzo de 1983 y el 26 de junio de 1984 al 04 de mayo de 1986, por no existir cobertura en los Municipios de San Martín-Meta y Leticia-Amazonas; hechos que además constata la Sala con los documentos visibles de folios 28 a 31, por medio del cual la empresa demandada expidió certificación que da cuenta de la existencia de la relación laboral y de los extremos temporales antes indicados, razón por la cual, se procede a definir el problema jurídico.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que ésta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio éste que se empezó a construir la alta corporación de cierre de la especialidad a partir de la sentencia radicada al No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, que para mejor proveer de ella se cita lo pertinente en extenso, para efectos de ilustrar al recurrente:

> «…Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.
>
> Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.
>
> Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».
>
> En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.
>
> Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual

responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del parágrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal…».

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016 y la SL 4072-2017, por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, pues con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que sin desconocer los acertados argumentos expuestos en el recurso de apelación, se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de su inconformidad ya están resueltos en forma desfavorable, toda vez que se admite que para los periodos laborados no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además,

debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se aclara por la Sala que este no se inaplica vía excepción de inconstitucionalidad, por el contrario, en un entendimiento armónico y coherente con los principios que orientan la seguridad social en pensiones en el sistema integral de la seguridad social que se edifica a partir de la Ley 100 de 1993, el artículo 33 debe ser entendido en aplicación del principio del principio tuitivo característico de ésta jurisdicción, pues al efecto allí se indicó que éste aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otro lado, no es acertado afirmar como lo hace el apelante, que el cálculo actuarial no deba comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional, en este sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en «aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (…) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional».

Así las cosas, se confirmará la decisión de primer grado de conformidad con los argumentos expuestos, con los cuales se responde en forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia.

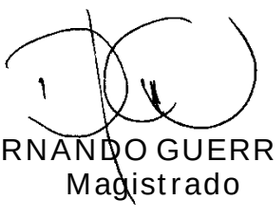
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

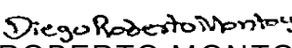
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por YOVANIS RAFAEL GRANADOS MARTÍNEZ contra FONDO DE EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA-FEUNISAB Rad. 110013105-015-2019-00432-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso formulado por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

El señor YOVANIS RAFAEL GRANADOS MARTÍNEZ instauró demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare que existió un contrato de trabajo a término fijo con el FONDO DE EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA-FEUNISAB desde el 01 de diciembre de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2016, el cual fue terminado sin justa causa por FEUNISAB. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar la indemnización por terminación sin justa causa del contrato laboral, junto con la prima legal, las vacaciones, cesantías e intereses causados entre el 01 de julio y el 31 de diciembre de 2016, así como los aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales correspondientes al mismo periodo, todo ello debidamente indexado. Asimismo, se condene a la accionada al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST y de la indemnización

por la no consignación de cesantías. Finalmente se condene a lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 11 de diciembre de 2011 suscribió contrato laboral a término fijo inferior a un año por cinco meses con FEUNISAB, en el cual pactaron un salario de $2.900.000, más un auxilio de movilización de $400.000. Explicó que el 01 de mayo de 2012 suscribió un otrosí prorrogando el contrato de trabajo hasta el 30 de abril de 2013, fecha en la cual firmó un segundo otrosí para prorrogar el contrato desde el 01 de mayo hasta el 30 de junio de 2013, momento para el cual acuerdan la tercera prorroga comprendida desde el 01 de julio hasta el 31 de diciembre de 2013, aclarando que fue una modificación del extremo temporal transformando el contrato a término fijo por un año. Aseguró que al no existir comunicación por parte de FEUNISAB acerca de su deseo de no prorrogar el contrato, el mismo se prorrogó automáticamente año tras año hasta el 31 de diciembre de 2016. Expuso que el día 26 de mayo de 2016 recibió una carta de terminación unilateral del contrato en la que la accionada le indicó que el contrato de trabajo se vencía el 01 de julio de 2016, por lo que le anunciaba la terminación del contrato con treinta (30) días de anticipación. Aseveró que en virtud de la prórroga automática cuando finalizó la relación laboral faltaban cinco meses de ejecución del contrato, no obstante, no recibió ningún tipo de indemnización (Fls. 3 a 17).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El FONDO DE EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA-FEUNISAB contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios profesionales el 01 de julio de 2008 y un contrato de trabajo a término fijo el 01 de diciembre de 2011, el cual finalizó el 30 de junio de 2016, cuando venció el término pactado en el contrato, precisando que es una justa causa. Aclaró que las prorrogas del contrato de trabajo a término fijo operaron desde el 01 de julio de 2013, por lo que se extendió hasta el 30 de junio de 2016. Agregó que el 26 de mayo de 2016 comunicó la terminación del vínculo laboral, es decir, con más de treinta (30) días de anticipación. Expuso que el demandante aceptó la terminación el contrato y en señal de ello, el día 01 de julio de 2016 suscribió un contrato de prestación de servicios que fue finalizado el 12 de abril de 2019 por la renuncia de aquel. Propuso como excepciones, las de «falta de causa y de derecho para demandar» y «excepción de buena fe contractual eximente de indemnización» (Fls. 71 a 81).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 10 de marzo de 2021, declaró que entre las partes existió un contrato laboral a término fijo desde el 01 de diciembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2016; condenó a FEUNISAB al pago de $21.840.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada desde el 01 de julio de 2016; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y declaró probadas las excepciones propuestas.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que según el artículo 46 del CST y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, es claro que el contrato a término fijo inferior a un año puede ser prorrogado hasta por tres periodos iguales o inferiores al pactado inicialmente, al cabo de los cuales el término de renovación no puede ser inferior a un año. Precisó que en el plenario obran dos contratos de prestación de servicios, uno del 01 de julio de 2008 y otro celebrado el 01 de julio de 2016, no obstante, aclaró que no es procedente evaluar esos contratos porque no hacen parte del litigio planteado por las partes. Por otro lado, advirtió que su evaluación se iba a circunscribir al contrato laboral a término fijo inferior a un año suscrito por las partes el 01 de diciembre de 2011, mismo que tenía una duración de cinco (5) meses y que fue prorrogado mediante varios otrosí. Explicó que el primer otrosí prorrogó el contrato hasta el 30 de abril de 2013, que pactaron una segunda prórroga hasta el 30 de junio de 2013 y finalmente el contrato se prorrogó por tercera vez desde el 01 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013, momento a partir del cual las partes no manifestaron su voluntad por medio de otro instrumento u otrosí. En ese orden, encontró que se completaron las tres (3) prorrogas de que trata la norma, causando que por disposición legal el contrato se entienda prorrogado de forma anual desde el 01 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, dado que no existió voluntad alguna de las partes para que no operara la renovación. Manifestó que, pese a que el contrato se había prorrogado del 01 de enero al 31 de diciembre de 2016, la accionada el 26 de mayo del mismo año finalizó sin justa causa el contrato, en consecuencia, halló que el demandante tiene derecho al pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST correspondiente a los salarios de los meses que faltaban para el vencimiento del término del contrato. Con relación al pago de acreencias laborales como cesantías, intereses, vacaciones, aportes a salud, pensión y riesgos laborales, explicó que tales emolumentos se causan siempre y cuando se efectué la prestación del servicio, situación que no aconteció porque

durante el periodo de julio a diciembre de 2016, el actor no prestó el servicio bajo el contrato laboral, sino bajo otra modalidad contractual que no fue objeto del sub lite. Agregó que el artículo 64 del CST es claro al establecer que para la indemnización se deben tener en cuenta los salarios dejados de percibir, no las acreencias laborales que reclamó el accionante. Finalmente, adujo que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST solo procede en caso de que se omita el pago de los salarios y prestaciones debidas, no de la indemnización por terminación unilateral del contrato, por lo que consideró procedente la indexación de tal condena.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte accionada FONDO DE EMPLEADOS DE LA UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA-FEUNISAB, presentó recurso de apelación manifestando su inconformidad con el hecho de que no se estudió el contrato de prestación de servicios celebrado por las partes el 01 de julio de 2016, pues a su juicio, al no ser objetado, tal documento es válido para acreditar que las partes de común acuerdo convinieron una novación o cambio del contrato. Explicó que el contrato de prestación de servicios celebrado en el 2016 debe ser estudiado, en tanto, no es dable hablar de una terminación sin justa causa cuando las partes modificaron el contrato laboral, generando una novación que produjo efectos y permitió que la relación laboral continuara hasta el 2019. Expuso que la indemnización busca compensar al trabajador por un lucro cesante o un daño emergente, esto es, resarcir un daño causado o amortizar lo que dejó de percibir, no obstante, a su juicio, el accionante no sufrió ninguno de los dos supuestos porque siguió devengando del fondo. Finalmente, recordó que esa clase de novación es permitida por la ley y que la única limitante impuesta por la jurisprudencia es que no se cause un menoscabo a los derechos del trabajador, salvo cuando haya aceptado de forma expresa el cambio de modalidad contractual.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el apoderado judicial de la parte accionada, presentó alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. A su turno, el accionante guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si el demandante, YOVANIS RAFAEL GRANADOS MARTÍNEZ tiene derecho o no al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, teniendo en cuenta el cambio de modalidad contractual efectuado por las partes el 01 de julio de 2016.

CONSIDERACIONES

Al efecto, para resolver el problema jurídico, se tiene que el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 3º de la Ley 50 de 1990, dispone que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito; que el término máximo que se puede pactar en cuanto a su duración es de tres años, pudiendo ser renovado indefinidamente; que si antes de la finalización del plazo pactado, ninguna de las partes avisa a la otra con antelación no inferior a 30 días la intención de no prorrogar el contrato, éste se entiende renovado por un término igual al pactado inicialmente y así sucesivamente. Empero, tratándose de contratos a término fijo inferiores a un año, estos únicamente pueden prorrogarse por tres períodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales, es decir vencidas las prórrogas legalmente permitidas, el término de renovación no podrá ser inferior a un año y así sucesivamente.

En tal sentido, para finiquitar un contrato a término fijo por cualquiera de las partes, es necesario que, con antelación no inferior a 30 días, la parte que tiene la intención de terminarlo manifieste a la otra esa determinación, de manera que vencido el plazo pactado o el que corresponde a la prórroga, el contrato de trabajo debe entenderse finalizado. Sin embargo, puede ocurrir que una de las partes hace uso de esa facultad legal, pero el trabajador, expirado el término, continua prestando sus servicios con anuencia de la otra, es lógico suponer que las partes decidieron dejar sin efecto la comunicación de no prórroga para que el contrato mantuviera su vigencia, pues no siempre que se comunique con la antelación debida la manifestación de no prorrogar el contrato a término fijo, éste debe inexorablemente finalizar el día en que se fenece el plazo, ya que si hay la voluntad de las partes de continuar la vinculación, como efectivamente puede suceder, lo único que puede concluirse es que los sujetos contractuales decidieron seguir vinculados mediante la modalidad pactada.

Bajo ese entendido, como bien la enseñado la jurisprudencia laboral, «al igual que en el derecho privado, pero con algunas limitaciones en el derecho del trabajo, las manifestaciones de voluntad de los sujetos del vínculo laboral pueden ser revocadas y ello es procedente, por ejemplo, cuando no se vulnere el mínimo de derechos y garantías estipuladas en la ley a favor de los trabajadores o éstos renuncien a beneficios que por su naturaleza son irrenunciables o se les afecten derechos ciertos e indiscutibles», añadiendo que «Jurídicamente nada hay de ilegal, cuando mediando un contrato a término fijo el empleador comunica legalmente al asalariado su determinación de no prorrogar dicho vínculo, pero sin embargo le permite seguir normalmente con la prestación del servicio después de expirado el plazo pactado haciendo abstracción del preaviso, pues esa revocación de la manifestación de voluntad inicial es perfectamente ajustada a derecho y supone que el contrato no se terminó sino que fue prorrogado en las mismas condiciones en que venía operando, naturalmente con sujeción a la ley»; así como que no hay « obstáculo para que las partes puedan variar libremente la modalidad de contratación, porque tampoco hay ilicitud cuando después de estar vinculados por un contrato a término fijo, deciden pactar un término indefinido o viceversa, caso en el cual es lógico señalar que para esos efectos deben concurrir las manifestaciones de voluntad, que en el evento que se examina no acontece así, dada la oposición entre los planteamientos de los contradictores» (CSJ SL252-2019, CSJ SL, 19 nov. 2008, rad. 34106).

Asimismo, es válido recordar respecto a la renovación automática que puede recaer sobre los contratos de trabajo a término fijo, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, que pacíficamente se ha indicado que para que esta variación se genere, es necesario que las partes de mutuo acuerdo, hagan constar dicho cambio; es decir, se requiere que se acuerde entre las partes suscriptoras o que expresamente el empleador decida transformarlo y ese cambio sea aceptado expresamente por el trabajador. Así se ha predicado de antaño, verbigracia en la sentencia CSJ SL rad. 11356 de 1999, CSJ SL Rad. 7325 de 1995, CSJ SL Rad. 11356 del 12 de febrero de 1999, SL15610-2016, y más recientemente, en la sentencia CSJ SL9643 de 2017, donde el Alto Tribunal recordó:

> «[…] que su jurisprudencia ha sido uniforme en orientar que el contrato laboral a término fijo se puede renovar de manera sucesiva, porque así lo permite el artículo 46 del Código Sustantivo Laboral, que lo regula.
>
> Al respecto, en la sentencia CSJ 35901 de diciembre 2 de 2001, expresó:
>
> "De hecho la ley prevé que los contratos a término fijo se prorroguen automáticamente, si no se ha hecho oportunamente el respectivo preaviso; y aún en

> caso de que este se hubiera formulado, nada impide que se prescinda de él, y en lugar de que opere la prórroga se suscriba un nuevo contrato, sin solución de continuidad».

Así las cosas, la duración del contrato es un presupuesto que el legislador permitió fuera negociado o acordado por las partes del contrato de trabajo, tanto en el contrato escrito como en el contrato verbal, como claramente lo definen los artículos 38 y 39 del CST, pues allí se faculta a las partes para acordar la duración del contrato, obviamente esta debe estar acorde con las prescripciones legales.

Ajustando dicho derrotero jurisprudencial al caso concreto, se tiene que el demandante inició a prestar sus servicios a favor del accionado FEUNISAB el 01 de diciembre de 2011, tal como se deduce del contrato individual de trabajo a término fijo obrante de folios 23 a 25, para desempeñar el cargo de GERENTE, y finalizó el 30 de junio de 2016 según comunicación obrante a folio 31. Ahora bien, estima la entidad accionada que mutó o novó dicho contrato a uno de prestación de servicios, en tanto y en cuanto el actor suscribió el 01 de julio de 2016 un contrato de esas características con la accionada (fls. 29 y 30); sin embargo, en sentir de la Sala no es posible llegar a esa conclusión como se pasará a ver.

En efecto, informan las pruebas que el contrato de trabajo suscrito inicialmente el 11 de diciembre de 2011 fue celebrado por un plazo inicial de cinco meses, tal como se desprende de su cláusula 5ª, sin embargo mediante otrosí fue prorrogado del 01 de mayo de 2012 hasta el 30 de abril de 2013 (fl. 26), luego se prorrogó a través de otrosí del 01 de mayo de 2013 al 30 de abril de 2013 (fl. 27); seguidamente las partes suscribieron otrosí indicando que el contrato se ajustará en su vencimiento desde el 01 de julio de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013 (fl. 28), en tal medida, al tenor del artículo 46 del CST por la voluntad de las partes el contrato inicial se modificó en torno a su duración fija y en esta última lo fue por seis meses. Siendo así, al no haber manifestación de las partes en lo sucesivo se prorrogó automáticamente por tres períodos iguales, al cabo de los cuales, que lo fue el 30 de junio de 2015, el término de renovación no podía ser inferior a un año y así sucesivamente, de modo que para la Sala el contrato efectivamente finalizaba el 30 de junio de 2016, empero como el apoderado de la parte recurrente no presentó objeción alguna frente a la conclusión del a quo, que entendió que la última prórroga culminaba el 31 de diciembre de 2016, la Sala dejará incólume ese puntualísimo aspecto.

Ahora, bien respecto del contrato de prestación de servicios que se suscribió el 01 de julio de 2016, claramente no es posible admitir en principio, que el contrato de trabajo haya novado a uno de tal talante, pues claramente constituyen naturalezas jurídicas distintas, se itera, en principio, en el contrato de trabajo el elemento subordinante es propio del mismo, el otro se caracteriza por la independencia del contratista. En el caso de marras, es claro que el contrato de trabajo fue terminado unilateralmente por la parte contratante y desde luego liquidado (fl. 32); inclusive al hablar de novación en el caso de marras donde el demandante siguió ejerciendo, en virtud del contrato de prestación de servicios, las mismas funciones de gerente, corre el riesgo la accionada de establecer una simulación en aras de variar las condiciones del vínculo laboral, en detrimento de los derechos laborales del demandante y en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, así como de la irrenunciabilidad de derechos laborales, pues como lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, «esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirve como mera estratagema para eliminar garantías especiales para el trabajador» y en el caso concreto, como ya se explicó no se trata de un solo contrato de trabajo como lo quiere hacer ver el recurrente, sino de uno totalmente distinto (CSJ SL814-2018).

Empero, como este particular aspecto no es objeto de la litis del presente proceso, no es dable pronunciarse sobre ello. En ese orden de ideas, como el a quo estableció que el contrato a término fijo finalizaba el 31 de diciembre de 2016 y la accionada lo dio por terminado sin una justificación el 30 de junio de 216, se abre paso la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST, por el término que faltaba para su finalización.

Así las cosas, se confirmará la sentencia en todas sus partes. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

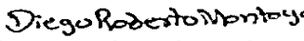
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y Uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA DELFA INES PEÑA RONCANCIO y OTROS contra CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - C.A.R. Rad. 110013105-009-2014-0225-02.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra el fallo proferida por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARIA DELFA INES PEÑA RONCANCIO mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinario laboral, con la finalidad que se condene a la accionada a la reliquidación del monto de la mesada pensional que en su momento le fue otorgada por la CAR al Señor Daniel Peña (Q.E.P.D), incluyendo las retribuciones y demás sumas causadas insolutas o canceladas para determinar el monto real, según la situación o norma que le resulte de mayor favorabilidad; del mismo modo, se condene al pago de la primera mesada pensional y de las mesadas causadas y no cobradas por el causante; igualmente solicitó el reconocimiento y pago de las sumas correspondientes al seguro por muerte y/o compensación dineraria de origen legal y convencional causadas por el fallecimiento del señor Daniel Peña (Q.E.P.D), en suma representativa o equivalente a 78 meses del monto de la mesadas que el causante disfrutaba; se condene al pago del seguro por muerte o compensación dineraria teniendo en cuenta para la determinación del monto la

totalidad de los factores o porciones que integran la mesada pensional que el causante percibía de la CAR y el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones o entidades pertinentes por pensión compartida. De otra parte solicitó se condene al pago de la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones o acreencias causadas y no canceladas, conforme el decreto 797 de 1949 y el artículo 65 del CST; de igual forma se condene al pago de la sanción moratoria por no pagar oportunamente y en forma debida la mesada pensional; sumas que deberán ser indexadas, junto con el pago de la sanción por mora en el reconocimiento y pago de la pensión, con el pago de los intereses corrientes y de mora causados para el total de la suma que se llegaren a reconocer, finalmente solicitó lo ultra y extra petita, y el pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que el señor Daniel Peña (Q.E.P.D) se vinculó con la accionada mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial, donde permaneció hasta adquirir el derecho y el estatus de pensionado por el cumplimiento de todos los requisitos, motivo por el cual la demanda le otorgó la pensión y lo incorporó en la correspondiente nómina; destacó que en la operación para la determinación del monto de la mesada, se omitió tener en cuenta sumas devengadas por el causante tales como, prima de antigüedad, quinquenio, horas extra, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, entre otros, motivo por el cual, al no incluirse la totalidad de factores, se le asignó mesada notoriamente inferior a la que en realidad le correspondía. Preciso que el accionante desde el inicio de la relación contractual, se afilió al sindicato de trabajadores de la CAR y mediante convención colectiva del trabajo se estableció que la accionada asumiría el pago de los gastos necesarios para el traslado y sepelio de su trabajador o pensionado fallecido, o compensación dineraria, que para determinar el monto del seguro o indemnización por muerte corresponde tener en cuenta la totalidad del salario promedio o integridad de la pensión; explicó que la pensión reconocida al señor Daniel Peña (Q.E.P.D) es compartida pues está conformada por dos montos, por una parte la costea Colpensiones y el complemento lo Cancela la CAR. Indicó que el causante sostenía económicamente el hogar, pues ella se dedicaba a los oficios del hogar. Concluyó que a la fecha la accionada se ha sustraído al pago de las prestaciones y acreencias aquí solicitadas, destacó que agotó en debida forma en la reclamación administrativa y que el no pago oportuno de las sumas le ha generado injustamente un perjuicio; de igual modo señaló que para la fecha de fallecimiento del causante la Convención Colectiva de trabajo estaba vigente, con las prebendas allí consignadas (Fls. 116 a 126, 130 a 138, 465 y 466).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para ello manifestó que la pensión otorgada al Señor Daniel Peña (Q.E.P.D) se liquidó teniendo en cuenta todos los factores salariales previstos en la norma laboral y convenciones aplicables durante el último año de servicio; adicionalmente resaltó que la demandante carece de legitimación de la causa por activa para reclamar este beneficio toda vez que no tiene vocación conforme lo establece la ley para que se sustituya el beneficio pensional del cual gozaba su señor padre; de otra parte manifestó su oposición al reconocimiento y pago del seguro por muerte y/o compensación dineraria equivalente a 78 meses desde la última mesada pensional, por cuanto la fecha de fallecimiento del señor Daniel Peña (Q.E.P.D) es del 23 de diciembre de 2012, fecha en la cual el beneficio convencional ya no se encontraba vigente; sin embargo precisó que en el evento que el despacho considere que la accionante tiene derecho, la cláusula establecida en el artículo 59 de la convención colectiva de la CAR, señaló que cuando la muerte del trabajador o pensionado se cause por un accidente tiene derecho a 78 meses, si no se produce por un accidente como en el presente caso corresponden 47 meses conforme al último salario; en el mismo sentido argumentó que no son procedentes los pagos de la sanción moratoria, los intereses corrientes, o indemnización integral, como quiera que no se adeuda nada al pensionado fallecido, ni a su beneficiario. Resaltó que no es cierto que le fue reconocida pensión de sobreviviente a la aquí demandante, y que cualquier reclamación frente a algún factor salarial que no se haya tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de jubilación del señor Daniel Peña (Q.E.P.D) ya se encuentra prescrita, toda vez que la pensión fue reconocida y otorga desde hace más de 30 años, sin que en vida el beneficiario haya efectuado algún reparo frente a esto. Propuso como excepción previa la de «falta de legitimación de la causa por activa» y como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «cobro de lo debido», «prescripción», «no se aporta prueba del acto solemne de la convención colectiva de trabajo» y «buena fe». (Fl 301 a 343 y 475 a 476).

Mediante auto del 25 de mayo de 2016 el Juzgado Noveno Laboral, previas solicitudes de la parte actora (fls. 482 a 500), dispuso llamar como litisconsortes necesarios por activa, a los señores OMAR HUMBERTO PEÑA RONCANCIO, CARLOS SAMUEL PEÑA RONCANCIO, BARBARA DILMA PEÑA DE SAAVEDRA, MARIA ISABEL PEÑA DE OLMOS, MARIA EMMA DEL CARMEN PEÑA RONCANCIO y RAÚL RICARDO PEÑA RONCANCIO, en calidad de hijos del causante y emplazó a sus herederos indeterminados (fl. 503).

Por medio de auto del 19 de noviembre de 2018, se dispuso nombrar curador ad litem para representar los intereses de los intervinientes indeterminados (Fl. 521). Posesionado el auxiliar de la justicia, contestó indicando que no se oponía a las pretensiones, ateniéndose a lo que resultare probado y propuso la excepción genérica (fl. 531).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 12 de febrero de 2021, condenó a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA a reconocer y pagar a los accionantes la suma de $64.454.393 por concepto de compensación por muerte de que trata el artículo 59 de la Convención Colectiva de Trabajo, indexada al momento del pago; precisando dicha prestación debía reconocerse con sujeción al procedimiento descrito en el artículo 56 del Decreto 1848 de 1969. Absolvió a la demandada de las demás solicitudes incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en síntesis, que si bien la parte accionada manifestó que los accionantes carecen de legitimación de la causa por activa para solicitar esta pretensión, lo solicitado en el presente asunto no corresponde la solicitud de la pensión, si no del reconocimiento y pago del retroactivo generado en cabeza del causante, para ello precisó que el señor Peña falleció el 23 de diciembre de 2012; que conforme al registro civil de la demandante como de los llamados a integrar el litisconsorcio, se estableció que aquellos son hijos del causante; que al momento de su fallecimiento eran mayores de edad, con lo cual se acredita la legitimación en la causa por activa. De otra parte, respecto del retroactivo pensional, destacó que al causante se le reconoció pensión de jubilación con fundamento en el artículo 79 de la convención colectiva; que la convención colectiva de 1995 y 1996, por medio de la cual se estableció que a los trabajadores con 10 años continuas o discontinuas de servicios en la CAR que adquieran el derecho a la pensión por jubilación por cumplimiento de los requisitos de edad de 55 años en caso de los hombres y 20 años continuas o discontinuas de servicio en la corporación, se le reconocería la pensión equivalente al 80% al salario devengado en el último año anterior; por tanto se tuvieron cuenta los factores devengados a partir del 16 de octubre de 1979 hasta el 15 de octubre de 1980 para un total de $219.077 que al multiplicar por el 80% y dividirlo entre 12, obtuvo la primera mesada de $14.685; precisó que dentro del plenario no obra medio probatorio alguno, por medio del cual se pueda establecer que el causante devengo durante el último año de servicios algún otro factor que no haya sido tenido en cuenta para la liquidación de su mesada

pensional o que su valor correspondan al valor real; siendo deber de la parte actora acreditar los supuestos de hecho que persigue, no logrando establecer que la demandada haya excluido factores que el causante devengó durante el último año, por tanto se absolvió del pago de las diferencias sobre las mesadas retroactivas; y en cuanto a las mesadas no reclamadas por el causante destacó que del expediente se extraía que la CAR había pagado de manera completa todas las mesadas pensionales hasta el momento del fallecimiento del señor Daniel Peña, por lo que tampoco había condena tal sentido.

En lo referente al seguro por muerte, prestación denominada compensación dineraria equivalente a 78 meses de la mesada pensional que el causante venía disfrutado conforme el artículo 51 de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 95 y 96, establecían que en caso de muerte de un trabajador al servicio o un pensionado beneficiario, tendrán derecho a que la corporación les paguen la compensación conforme el último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante, si la muerte ocurre por accidente la compensación será de 78 meses del último salario, a sus beneficiarios; advirtiendo que si bien constaba en la Resolución No. 1327 de 2010 la cancelación en el registro sindical de la organización, por sentencia proferida por el Juzgado 26 laboral del Circuito el 28 agosto 2009, el causante trabajó para la CAR, que el 16 de octubre 1980 se le otorgó pensión mensual vitalicia de jubilación y que falleció el 23 de diciembre 2012, precisando en tal sentido, el artículo convencional estableció que en aplicación del artículo 53 del Decreto 1848 de 1969 vigente al deceso del causante, sus beneficiarios forzosos tienen el derecho de percibir el valor del seguro por muerte a qué se refiere este artículo, la mitad para el cónyuge y la otra mitad para los hijos legítimos y naturales del fallecido. Estableció así que la señora María Delfa y los demás accionantes son beneficiarios de la prestación, toda vez que acreditaron su condición de hijos del causante, no pudiendo establecer la existencia de cónyuge supérstite con derecho para la fecha del deceso del pensionado, en cuanto al monto señaló que corresponde a 47 meses de la mesada pensional, correspondiente al causante ya que no se pudo evidenciar que haya sido por muerte de causas profesionales. En tal sentido destacó que la última mesada pensional ascendió a $1.371.369 folio 69, que fue pagada en su totalidad por la CAR pues no se demostró que existiera compartibilidad pensional.

Con relación a la prescripción, resaltó que el señor Peña falleció el 23 de diciembre del año 2012 y la demanda fue interpuesta el 07 de abril de 2014, por ende, no transcurrieron más de 3 años. Frente a la indemnización integral de perjuicios, resaltó que esta se hizo de manera genérica, sin indicar la modalidad, el

comportamiento omisivo o culpable en que incurrió la demandada como el daño ni el nexo causal, por lo cual absolvió y frente a la indemnización moratorio advirtió que procedió por el no pago de acreencias, destacando que los conceptos pensionales no se encuentran cobijados por la norma por tanto no había lugar a condena por este concepto.

RECURSO DE APELACIÓN SENTENCIA

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, considerando para tal efecto que el ingreso base de liquidación debió hacerse o tomarse de todo lo percibido en el último año de la relación laboral, así mismo recalcó que debe reconocerse la indexación de la primera mesada pensional; como el reconocimiento de los perjuicios materiales y morales.

A su turno, la apoderada de la accionada solicitó se revoque la sentencia en lo referente al reconocimiento del seguro por muerte a los demandantes ello con fundamento en el acto legislativo 01 de 2005 el cual entró en vigencia el 25 de julio de 2005 que establece que no es posible consagrar condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes generales de pensiones, en pactos y convenciones colectivas, los cuales perdieron vigencia en el año 2010, por tanto al momento del deceso del causante ese beneficio habría perdido vigencia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos, la parte accionada solicitando se absuelva en lo referente al reconocimiento del seguro por muerte. El extremo actor, por su parte, en similares términos a los de la alzada solicitó que se acceda a la totalidad del derecho pretendido.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación establecer si procede la reliquidación de la pensión de jubilación del causante el señor Daniel Peña (Q.E.P.D, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales percibidos en el último año de servicios; igual que si es procedente la indexación y si les asiste el derecho convencional a sus herederos al reconocimiento y pago del seguro por muerte convencional.

CONSIDERACIONES

Se encuentra acreditado dentro del plenario que al causante le fue reconocida la pensión de jubilación por parte de la Corporación Autónoma Regional de la Sabana de Bogotá y de los Valles de Ubaté y Chiquinquirá, mediante la Resolución No. 1819 del 16 de octubre de 1980, en suma de $8.458.36 equivalente al 75% del promedio de su sueldo devengado en el último año de servicios, a partir del 16 de octubre de 1981 (fls.161 a 167); quien conforme registro civil de defunción, falleció el 23 de diciembre de 2012 (Fl 03 y 260); que mediante Resolución 02464 del 09 de octubre de 1981, se reajustó la prestación en la suma $14.605,13 (Fls 217 a 220). Tampoco se discute la calidad de hijos del causante de la demandante y de los señores OMAR HUMBERTO PEÑA RONCANCIO (Fl 482), CARLOS SAMUEL PEÑA RONCANCIO, BARBARA DILMA PEÑA DE SAAVEDRA, MARIA ISABEL PEÑA DE OLMOS, MARIA EMMA DEL CARMEN PEÑA RONCANCIO y RAÚL RICARDO PEÑA RONCANCIO.

Establecido lo anterior y con el ánimo de resolver lo atinente a la reliquidación e inclusión de factores salariales de la mesada pensional otorgada por la CAR teniendo en cuenta los salarios percibidos por el trabajador fallecido en el último año de servicios, debe decirse que en el caso de autos la prestación pensional fue concedida en el año 1980 aplicando las normas vigentes para esa época tales como las Leyes 6ª de 1945, 4ª de 1966, Decretos 1743 de 1966, 3135 de 1968 y 1848 de 1969; especialmente lo dispuesto en la convención colectiva de los años 1979-1981 artículo 75, tal y como se señala en la resolución de reconocimiento pensional, donde se consagraba que para determinar la cuantía de la pensión se debía tener en cuenta el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios y aplicando una tasa de reemplazo del 80% (fl. 454), tal y como la entidad accionada obró en las precitadas resoluciones, en las cuales se evidencia, que como factores salariales para calcular la pensión del de cujus, se tuvo en cuenta el sueldo, las horas extras, reajuste, bonificaciones, primas, subsidio de transporte, subsidio de almuerzo, vacaciones proporcionales y cuarto quinquenio, los cuales son coincidentes con los reportados en las certificaciones obrantes de folios 169 a 173, sin que el plenario se haya probado haber causado otros diferentes a las que de acuerdo la Ley 6 de 1945 y Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 podían ser incluidas en la liquidación de la pensión, resultando improcedentes tales pretensiones.

Ahora, en lo que concierne a la indexación de la primera mesada pensional, la Corte Constitucional en Sentencia SU-1073 de 2012, de manera enfática zanjó cualquier

tipo de controversia, respecto de la aplicación de la indexación sobre mesadas pensionales, al señalar que la misma es aplicable a todas las pensiones, incluso a aquellas que fueron reconocidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la medida que si no se procede conforme se señaló, se presentaría una vulneración de los principios constitucionales que integran la seguridad social. Criterio que igualmente fue adoptado por la Sala de Casación Laboral, a partir de la sentencia del 30 de agosto de 2011, Radicación 41852, reiterada entre otras muchas en la CSJ SL5152-2018, CSJ SL5183-2019 y la SL3885-2019, precisando esta última que la indexación «es viable respecto de todas las pensiones, sean legales o extralegales, sin consideración a la data de reconocimiento, esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, por lo que no observa la Corporación elementos de juicio que justifiquen variar el referido criterio y, por el contrario, encuentra que debe reiterarlo en este asunto».

Debe recordarse que la indexación, o la actualización monetaria de la primera mesada, tiene por finalidad evitar la disminución del poder adquisitivo de las pensiones con ocasión del tiempo comprendido entre el momento en el que la persona cumple los requisitos para pensionarse y cuando la prestación es efectivamente reconocida y pagada. En ese contexto, de entrada, debe decirse no tiene vocación de prosperar tal pedimento, en tanto y en cuanto, está demostrado que la pensión del fallecido señor DANIEL PEÑA se concedió desde el momento mismo en que se desvinculó del cargo como trabajador de la CAR, por lo que en forma palmaria se colige que no hubo de soportar el paso del tiempo ni tampoco que se hubiera presentado mora por parte de la entidad.

En lo que refiere a la compensación por fallecimiento, la última Convención Colectiva suscrita por la antigua empleadora del ex trabajador hoy fallecido, esto es, la de 1995 y 1996 (fls. 12 a 51), vigente para la fecha de la muerte del pensionado, respecto de la cual no obra prueba de su denuncia y que cuenta con el correspondiente sello de depósito ante el Ministerio de Trabajo del 4 de septiembre de 1995 (fl. 51), tal beneficio como se dijo en primera instancia se otorgó para el caso de los pensionados, pues así lo establece la cláusula 59 de tal convenio:

> «En caso de muerte de un trabajador al servicio de la CAR o de un pensionado, sus beneficiarios en el orden establecido en las normas legales vigentes, tendrán derecho a que la Corporación les pague una compensación equivalente a cuarenta y siete (47) meses del último salario básico o de la última mesada pensional correspondiente al causante».

Razón por la cual y como ya se dijo, al encontrarse vigente tal acuerdo convencional por no existir prueba de su denuncia, resultaría procedente otorgarlo; no obstante ello, en cuanto los supuestos previstos en tal disposición Convencional, encuentra la Sala que el pensionado DANIEL PEÑA falleció el 23 de diciembre de 2012 (fl. 03), es decir, que la condición para adquirir tal beneficio convencional se consolidó en data posterior a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece en el parágrafo transitorio 3, que todas las reglas pensionales establecidas en pactos o convenciones colectivas fenecieron el 31 de julio de 2010, conforme lo ha determinado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en interpretación del referido Acto Legislativo, determinó que la vigencia de las normas convencionales que regulan pensiones y que estaban vigentes a la fecha del referido Acto Legislativo, solo regían hasta el 31 de julio de 2010, es decir que, para la fecha del deceso la disposición estudiada ya había perdido vigencia, razón por la cual, no puede considerarse que se haya adquirido el beneficio reclamado, pues se insiste, la fuente de la cual derivaba la prestación anhelada, ya no se encontraba en vigor.

Respecto a la vigencia de las cláusulas convencionales con alcance pensional, recientemente en la sentencia SL-3635 del 16 de septiembre del 2020, la sala de Casación Laboral indicó:

> «Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando Radicación N.° 74271 SCLAJPT-10 V.00 10 una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.
>
> «Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.
>
> «Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cobija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.
>
> “Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los parágrafos transitorios 2.° y 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto

> por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.
>
> "En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes:
>
> a) En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.
>
> b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.
>
> c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010».

De esta manera, resulta claro que, para la fecha límite señalada en el Acto Legislativo que nos ocupa (31 de julio de 2010) no se había consolidado el derecho adquirir la compensación de las 47 mesadas pensionales por muerte, pues como ya se dijo, la muerte del pensionado ocurrió con posterioridad a esa data y por su supuesto no es dable suponer la existencia de derechos adquiridos, pues tal derecho convencional precisamente se configuraba con la muerte del pensionado, pero dentro de la vigencia trazada por la referida reforma constitucional.

En este orden de ideas, habrá de revocarse la sentencia de primer grado, para en su lugar absolver del pago de dicha compensación, razones por las cuales por sustracción de materia no se estudiarán los puntos expuestos por el actor frente a los daños y perjuicios morales y materiales e intereses, por cuando pendían de esta condena.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia correrán a cargo de la parte actora, dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio, para en su lugar ABSOLVER a la demandada CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - C.A.R., de todas las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

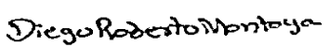
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por YOLANDA CANTE RODRÍGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y AFP COLFONDOS S.A. Rad 110013105-030-2019-00538-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada Colfondos S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de febrero de 2021. Así mismo, se revisará la decisión en el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA CANTE RODRÍGUEZ, pretende se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión de Colfondos en su deber profesional de información; se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad; del mismo modo se condene a Colfondos S.A. a realizar la devolución al Régimen de Prima Media de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado conforme el artículo 1746 del código civil, gastos de administración o cualquier otro; que en el evento de haber otorgado pensión por parte de Colfondos previo a dictarse la

sentencia, a seguir pagando hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones. Finalmente solicitó se condene en costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir de 16 de junio de 1981, que se afilió a Colfondos el 12 de septiembre de 1995; precisó que el fondo privado a través de su representante al momento de la afiliación se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle proyecciones, en el mismo sentido destacó que no se le informó acerca de la tabla de mortalidad rentística, utilizada por la administradora para realizar la proyección de la pensión y el valor de la mesada pensional, que no se le entregó información indicando hasta qué edad debía cotizar en el fondo privado para alcanzar una pensión de vejez igual o equivalente a la que recibiría en Colpensiones, insistió que Colfondos omitió informarle que para pensionarse en forma anticipada debía negociar el bono pensional, que de tener cónyuge o compañero permanente, hijo discapacitado o menor de edad, el monto de su pensión sería menor que en el régimen en el que se encontraba, toda vez que se liquidará teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta del afiliado como de sus beneficiarios; en el mismo sentido aseveró que no se le entregó información objetivamente y verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen; informó que presentó solicitud ante Colpensiones solicitando la anulación del traslado, petición resuelta de manera negativa; concluyó que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el monto de su pensión sería de $2.485.993 mientras que en Colfondos sería de $ 1.726.317 (Fls 219 a 253 y 256 a 290).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, argumentando que carecen de sustento legal, fáctico y normativo, precisó que no es procedente declarar la nulidad y/o ineficacia toda vez que de los medios de prueba allegados, se determinó que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, adicionalmente precisó que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que acarrearía el traslado de régimen con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; destacó que no es procedente para Colpensiones aceptar el traslado de la accionante ya que a la fecha cuenta con más de 55 años de edad, por lo que se encuentra inmersa en la

prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 artículo 2 literal e); resaltó que en los términos del artículo 2536 del Código Civil la accionante contaba con 10 años para demandar la declaratoria de nulidad, so pena de declararse prescrita, como señaló así ocurrió; comentó que no se está vulnerando su derecho a la seguridad social, pues sigue estando activa en el Régimen de Ahorro Individual. Presentó como excepciones las de «Prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «buena fe», «Innominado genérica» (Fl. 531 a 539).

COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del acto del traslado de Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, toda vez que la afiliación efectuada por la demandante se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia del fondo de pensiones; precisó que Colfondos por medio de sus asesores comerciales le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, sus características, ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez; por lo anterior precisó que no puede concluirse que el traslado es nulo, por cuando el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, no existiendo presión, ni coacción alguna para efectuar el traslado; no encontrándose viciado el consentimiento de la accionante, por lo anterior insistió que es un acto válido, que ha desplegado efectos jurídicos, exento de vicios del consentimiento; de la misma manera manifestó su oposición a que se ordene el traslado de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus rendimientos, como quiera que la afiliación suscrita a Colfondos fue un negocio jurídico válido y eficaz, no existiendo un ocultamiento de información, resaltó que no se puede condenar a la devolución de todos los aportes netos cotizadas junto con sus rendimientos, argumentando que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de la asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorio, son de consagración legal contemplado en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993; respecto de la comisión por el manejo de aportes obligatorias, insistió, que todas la entidades que administran fondos de pensiones están facultados legalmente para cobrar a sus afiliados por el manejo de los aportes que realicen las administradoras, ya que el cobro obedece a un mandato de la Superintendencia Financiera de Colombia; en el mismo sentido precisó que el actuar de Colfondos fue conforme a la ley, concluyó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto. Presentó como excepciones de fondo, las de «inexistencia de la obligación», «buena fe», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad», «ratificación de la

afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorios administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» e «innominada o genérica» (Fl. 510 a 519).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 05 de febrero de 2021; declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional, que hizo la demandante la señora Yolanda Cante del Instituto de Seguros Sociales, a Colfondos mediante la suscripción del formulario de afiliación de fecha del 12 de septiembre de 1995, con efectividad a partir del 01 de octubre de 1995; declaró válidamente afiliada a la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Colpensiones; condenó Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y frutos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, desde el 01 de octubre 1995, hasta el momento en que se haga efectiva el traslado, valores debidamente indexados; ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que una vez ingresados los valores en la cuenta de la demandante, actualice la información en su historia laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que para la fecha en que se realizó el traslado, estaba vigente la Ley 100 de 1993, sin sus modificaciones y decretos reglamentarios, entre ellos destacó el Decreto 692 de 1994 en el cual se establece la posibilidad para los afiliados de vincularse a la administradora de fondos de pensiones que prefieran, y que sólo podrán trasladarse entre administradores del mismo régimen, cuando hayan transcurridos por lo menos 6 meses; resaltó que la norma inicialmente señaló que las personas que optaron por otro régimen, debían permanecer como mínimo 3 años antes de trasladarse, por ello precisó que en este caso, la vinculación se hizo efectiva a partir del 01 de octubre 1995, debiendo haber permanecido mínimo 3 años, antes de poder escoger un nuevo régimen pensional, como lo estableció la Ley 100 de 1993; destacó que posteriormente el literal c del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993, indicó que los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. De otra parte señaló que, la demandante nació el 7 de noviembre de 1962, por lo tanto a la entrada en vigencia de la ley 100

de 1993, el 01 abril de 1994, no contaba con 35 años de edad, como tampoco contaba con 750 semanas de cotización; por ello precisó que el estudio se debe realizar conforme el artículo 1740 del Código Civil el cual establece que es nulo todo acto, cuando le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo; frente a los vicios del consentimiento resaltó, que el dolo implica que una de las partes actuó para obtener un beneficio para sí, valiéndose de actividad malintencionada para inducir el otro en la firma del contrato, destacó que el asesor de Colfondos no actuó con la debida diligencia, pues no entregó información clara para que el consentimiento de la demandante fuera debida y suficientemente informado, para poder comprender el contrato que estaba celebrando al momento de plasmar su firma en el formulario de afiliación; señaló que no quedó demostrado que la accionante tuviera los conocimientos necesarios para conocer las implicaciones que tenía el cambio de régimen, toda vez que Colfondos no proporcionó información debida, para que la demandante tuviera conocimiento de las diferentes alternativas, conociendo las diferencias de los dos regímenes pensionales así como la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media; aseveró que al no ilustrar suficientemente al momento del traslado a la demandante en el año 1995, como tampoco se respetó el término de permanencia mínima; no pudiendo estimarse satisfecho el requisito de información con una simple descripción genérica en el formulario de afiliación a Colfondos. En cuanto a la carga dinámica de la prueba, destacó que las administradoras de fondos de pensiones, tienen el deber de verificar que se cumplan todos los aspectos fácticos para la procedencia del traslado; frente a los gastos por concepto de administración, destacó que al declarar la nulidad y la ineficacia, ello trae consigo la devolución de aquellos valores descontados por concepto de administración, siendo una consecuencia lógica de las ineficacias; en cuanto a los rendimientos resaltó que estos son recursos y frutos civiles, que deben devolverse en la medida que la finalidad es no afectar el patrimonio de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones; quién debe asumir los costos económicos para reconocer la pensión por vejez; concluyó que las acciones judiciales encaminadas al reconocimientos inherentes a la dignidad humana y al ser derecho de la pensión parte integral del derecho fundamental a la seguridad social, es un derecho consagrado constitucionalmente, por lo tanto no se puede afectar por el fenómeno de la prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de Colfondos, interpuso recurso de apelación <parcial> contra la sentencia proferida en primera instancia, en lo referente a la condena a

devolver los costos de administración con cargo a su patrimonio debidamente indexados; argumentó que la decisión de instancia no resulta acertada, toda vez que los gastos de administración son gastos autorizados y permitidos por la ley, que compensan la administración y la gestión que realizó Colfondos como administradora, ya que dicha gestión género en la cuenta pensional de la demandante rendimientos financieros y capitalización de los aportes en su cuenta; que en el evento de confirmar devolverse los gastos de administración, se abstenga de declarar que estos gastos se restituya de forma indexada, toda vez que resulta una carga patrimonial demasiado alta para la administradora y un enriquecimiento sin causa para la administrado.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada COLPENSIONES presentó alegaciones solicitando se revoque la decisión. A su turno, la demandante presentó alegaciones solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a

pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 32 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 07 de noviembre de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 de marzo de 2019 (Fls 24 y 25), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho 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, tenía 628 semanas cotizadas al ISS (Fls. 12 a 14) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 12 de septiembre de 1995 (Fl. 23), específicamente,

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

conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (12 de septiembre de 1995 Fls 23), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de septiembre de 1995 Fl 23), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se

está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con los gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón válida alguna para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros al igual que los rendimientos, frutos e intereses percibidos durante la permanencia del afiliado, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un TRASLADO INEFICAZ, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado OLGA LUCIA RUIZ CABEZAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. Rad 110013105-016-2019-00150-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de abril de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCIA RUIZ CABEZAS, pretende se declare que fue inducida en error por parte de la AFP Porvenir al momento del traslado efectuado el 10 de mayo de 1994, en consecuencia se declare la nulidad del traslado de la afiliación a Colmena hoy Protección el 18 de marzo de 1996; del mismo modo se traslade a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses de su cuenta de Ahorro Individual y a Colpensiones aceptar el traslado de los aportes; finalmente solicitó se condene conforme las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 22 de mayo de 1964; que cotizó de manera ininterrumpida en el Instituto de Seguros Sociales

entre el 9 de junio de 1989 al 31 de mayo de 1994; que el 10 de mayo de 1994 se afilió a PORVENIR S.A., producto de la asesoría brindada por el fondo privado en la cual el asesor no le presentó una proyección de su liquidación, como tampoco acreditó su capacidad para suministrar información veraz, suficiente y comprensible, sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del Régimen de Ahorro Individual; le manifestó que el ISS se iba a liquidar y por tanto su pensión estaría en riesgo; que en el Régimen de Ahorro Individual podría pensionarse antes de cumplir los 55 años de edad, con un monto superior a cuatro salarios mínimos legales, induciéndola en error; que el 18 de marzo 1996 se afilió a Colmena hoy Protección y que tampoco le brindó información idónea respecto de las condiciones y características; concluyó que el 14 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones la aceptación del traslado de las cotizaciones hechas en pensiones, solicitud resuelta de manera negativa el 10 de abril de 2018 (Fl. 33 a 41 y 73)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda manifestando su oposición a la declaratoria de nulidad o ineficacia de la afiliación de la accionada al RAIS, toda vez que fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo conforme lo evidencia el formulario de afiliación suscrito por la demandante de forma libre y espontánea, acto que tiene naturaleza de verdadero por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada; agregó que esa manifestación estuvo libre de presión y engaños desvirtuando cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, realizándose de manera libre y voluntario en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994; recalcó que la parte actora no puede pretender la declaratoria de nulidad o ineficacia soportando su pretensión en expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, en consecuencia se opuso al traslado de los aportes de la accionante a Colpensiones pues precisó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS ya que fue asesorada en debida forma por los asesores comerciales de Santander, hoy Protección. Propuso como excepciones las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones», « inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la filiación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «innominada o genérica» (Fl. 86 a 102) .

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a la nulidad del traslado realizado por la demandante, toda vez que se realizó de manera voluntaria y de acuerdo con la normativa vigente, insistió que para el año 1994 no hacía falta más que la expresión de su querer ratificado mediante la firma del formulario del traslado. Agregó que los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones, y una vez efectuada la selección inicial sólo podrán trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, no siendo obligación para la AFP dejar un soporte documental que evidenciara el asesoramiento, entregando cálculo o proyecciones, pues tal obligación surge desde el decreto 2255 de 2010. Como excepciones de fondo, presentó las de «prescripción y caducidad», «inexistencia de la obligación», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe» e «innominada o genérica» (Fls. 147 a 152).

Finalmente, la AFP PORVENIR S.A. manifestó su oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda y por el contrario solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que la demandante realizó de manera informada la afiliación, resaltó que los vicios de consentimiento sólo pueden ser causados por error, fuerza y dolo, no existiendo documentos que logren evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error; del mismo modo precisó que para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debía otorgar las administradoras de fondos de pensiones, en relación con el traslado de régimen pensional, como tampoco allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación, imponiendo una carga adicional que para la fecha del traslado no estaba a cargo de la AFP, pues afirmó esta surgió a partir del artículo 3 del decreto 2071 de 2015. Propuso como excepciones las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe». (Fl. 161 a 184).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 06 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de

administración, junto con las comisiones debidamente indexados al momento de la transferencia; ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; e igualmente impuso costas a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que la selección de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su decisión, lo que implica la aceptación de las condiciones propias de este; aunado a ello precisó que es obligación de las AFP suministrar a los usuarios información suficiente, con el fin de brindarles criterios para escoger las mejores opciones del mercado; en el mismo sentido estableció que los promotores de las administradoras deberán suministrar información suficiente a los posibles afiliados al momento de la promoción de la filiación, en este sentido resaltó que el 10 de mayo de 1994 la accionante realizó el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual sin que se le brindara una información integral, sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas de los mismos, resaltó que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional. Además precisó que en estos procesos, opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, por cuanto cuando éste alega la ineficacia del traslado régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde a la AFP quien deberá demostrar suficientemente que cumplió con ese deber, no obstante resaltó que para el caso en cuestión esto no ocurrió ya que Porvenir no logró demostrar que para el año de 1994 fecha del traslado, le suministrará a la accionante asesoría e información objetiva y suficiente, en atención a su situación personal; pues solo aportó el formulario afiliación suscrito a folios 3 y 186 del cual no se podía acreditar que en efecto se haya suministrado información en los términos señalados, pues recordó que la suscripción del formulario no es suficiente para dar por demostrado el deber de información, que a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado. Resaltó que del interrogatorio de la actora, no se avizoraba confesión sobre el suministro de información suficiente para la fecha del traslado, sobre las condiciones necesarias para pensionarse entre uno y otro régimen como tampoco las ventajas y desventajas; que si bien afirmó que se trasladó porque allí le ofrecieron la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, no se le explicó la forma en que podía llegar a pensionarse, sino que se le indicó de forma general, sin explicarle que para ello debía contar con un capital suficiente para subsidiar su pensión; del mismo modo si bien la actora refirió que había conocido de algunas características tales como la edad,

ello lo conoció por experiencia propia, pues su padre fue pensionado; sin embargo no tenía certeza de la edad, ni las semanas; que si bien lo conoció hace aproximadamente 8 años, ello no permitía concluir que al momento del traslado se le brindó esta información, al no existir documentos que sustentan la asesoría por la parte pasiva Porvenir; en este sentido todos los actos posteriores, cómo fue el cambio de la AFP de Porvenir a Colmena S.A. no son válidos, pues ellos no pueden sanear el yerro cometido al momento del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de Protección interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la sentencia, solicitó se revoque lo referente a la condena a trasladar los gastos de administración, debidamente indexados; argumentando que durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, se efectuaron los descuentos de manera legal y la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia, es que las cosas vuelvan el estado en que se encontraban jurídicamente antes ese acto; en este sentido si estos descuentos tuvieron a un aval legal de acuerdo con artículo 1772 del código civil se deben respetar los frutos y mejoras sobre el bien administrado; así las cosas durante la afiliación de la Señora Olga, Protección generó rentabilidad sobre este capital, que es de conocimiento general que supera el monto de lo que se tendría al permanecer en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por la naturaleza jurídica y financiera de ambos regímenes; en tal sentido con ese tipo de condenas se impone a Protección asumir una condena de un acto jurídico que no fue el inicial el cual presume como un perjuicio porque tiene que asumir con cargo a su propio patrimonio, una consecuencia jurídica de la que no fue responsable generando a Colpensiones un enriquecimiento sin causa.

La apoderada judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se adicione la sentencia, en el sentido que se ordene a Porvenir la devolución de los saldos para el momento en que estuvo afiliada la demandante, en atención a la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media, resaltó que se busca proteger el fondo solidario, y por cuanto Porvenir en el tiempo de afiliación de la accionante efecto deducciones por gastos de administración y demás descuentos, consideró debe ser ordenada la devolución de dichos valores

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, el demandante presentó alegaciones en similares términos a los expresados en el libelo inicial, solicitando se confirme el fallo de primera instancia. A su turno, los demandados presentaron alegaciones en similares términos a lo expuestos en la alzada al libelo inicial, solicitando se revoque y/o modifique la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folios 17 y 30 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 22 de mayo de 1964, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 14 de marzo de 2018 (Fls 20 y 21), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 93 semanas cotizadas al ISS, (Fl, 121) por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de mayo de 1994 (Fl. 186), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese

informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (10 de mayo de 1995 Fl. 186), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen 10 de mayo de 1994 -Fl. 109, 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020). En sentido, estima la Sala que debe adicionarse la decisión en los términos solicitados por COLPENSIONES y ordenarse la devolución de los gastos

de administración y las primas de seguros causados y deducidos durante su permanencia en la AFP PORVENIR.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se adicionará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por concepto de seguros previsionales durante el tiempo que estuvo afiliada la actora en dicho fondo de pensiones, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

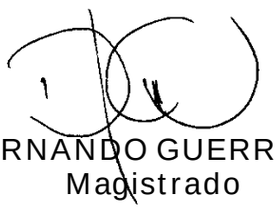
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado MARICELA REYES NARVÁEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-013-2019-00600-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de marzo de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARICELA REYES NARVÁEZ, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuada a mediados del mes de mayo de 1999, con el fondo privado de pensiones Horizonte hoy Porvenir, toda vez que en la etapa precontractual no se brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los dos sistemas pensionales, que en consecuencia se declare la nulidad de la filiación efectuada el 16 de noviembre del año 2000, y se retrotraigan las cosas a su estado anterior del mismo modo se ordene a Colpensiones tenerla por afiliada como si nunca se hubiese trasladado. Finalmente solicitó se condene en costas agencias en derecho así como lo ultra y extra petita

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se trasladó al fondo privado de pensiones Horizonte en el mes de mayo de 1999, que posteriormente se

trasladó a Porvenir el 16 de noviembre del año 2000, resaltó que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial resaltó que no se hizo un estudio de su situación particular, sino que se ilustró sobre las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen; destacó que Porvenir le realizó una simulación pensional en la cual proyectó un valor en su mesada pensional equivalente a $1.713.000; por otro lado en la simulación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la pensión que le correspondería equivaldría a la suma de $2.449.576, adicionalmente resaltó que los asesores le prometieron condiciones superiores y beneficios al momento en que se le reconociera su derecho pensional, toda vez que le indicaron que la mesada pensional sería más elevada que la que podría obtener con el Seguro Social, que podría adquirirla sin importar la edad, puntualizó que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 11 de febrero 2019 para agotar la reclamación administrativa, solicitud que a la fecha de la presentación de la demanda no había sido resuelta. (Fl. 03 a 09)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas en el escrito de demanda, argumentó que la demandante se encuentra válidamente afilada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir, y no existe lugar a declarar la nulidad por carecer de sustento fáctico y jurídico; recalcó que la filiación efectuada por la demandante con la AFP privada fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por tanto sería inapropiado emitir conceptos desfavorables o favorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte. Adicionalmente señaló que conforme lo previsto en el artículo 797 de 2003 el cual prevé que cuando faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado no podrá trasladarse de régimen y en el caso en cuestión la demandante se encuentra inmersa en esta prohibición toda vez que nació el 25 de noviembre de 1958 y elevó la respectiva reclamación el 11 de febrero de 2019, esto es cuando ya contaba con 60 años, siendo imposible recibirla en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Propuso como excepciones las de «prescripción y caducidad», «cobro de lo no debido» «buena fe», «declaratoria de otras excepciones» (Fl. 57 a 60).

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas y por el contrario solicitó se absuelva de todas y cada una de ellas, argumento para tal efecto que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada como se evidencia en el formulario de afiliación. Presentó como excepciones las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» (Exp. Digital: CONT PORVENIR 2019-00600 MARICELA REYES NARVAEZ).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 16 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado que hiciera la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en mayo de 1999, condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones los dineros ahorrados por la demandante incluyendo los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, condenó a COLPENSIONES a tener como afiliado a la actora y actualizar su historial laboral; condenó en costas a Porvenir.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien debe manifestar por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, aceptando las condiciones propias de este, previendo sanciones para quien vulnere lo anterior; del mismo modo precisó que cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición y su derecho a acceder a la pensión de vejez, se requiere prever el traslado libre y voluntario; destacó que las administradoras se encuentran compelidas a brindar de manera oportuna información debida conforme su deber profesional de información, en todas las etapas del proceso tanto en la antesala de la filiación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, debiendo indicar de forma clara completa y comprensible todos los pormenores que ello conlleva, tanto los beneficios como los aspectos negativos que pueda conllevar dicha decisión pues de lo contrario se afectaría el derecho irrenunciable a la seguridad social de los afiliados, este deber de información recobra importancia pues se debe suministrar a los usuarios información necesaria para lograr la mayor transparencia de las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger las mejores opciones del mercado; adicionalmente resaltó que el principio de transparencia estableció el deber de brindar información cierta y oportuna a los consumidores financieros, que les permita conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos de las relaciones que establecen con las entidades vigiladas; resaltó que la administradora hace incurrir en engaño al

administrado no sólo por la información que brinda, sino por los silencios que guarda; resaltó que la diligencia debida se traduce en la carga de la prueba a la administradora de fondos de pensiones, en este sentido la demandante que alegó que no recibió información debida al momento del traslado de régimen, correspondiendo un supuesto de hecho negativo, en consecuencia tal afirmación se afirma con el hecho positivo contrario, en este sentido para el caso en concreto, precisó que la suscripción de los formularios de afiliación y las afirmaciones consignadas en éstos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información; así las resaltó que la demandante se trasladó de Colpensiones a Porvenir el 12 de mayo de 1999, sin embargo el formulario no reposa en el plenario, pues reposa el formulario de afiliación del 16 de noviembre del año 2000, por lo que no fue posible para el despacho conocer los aspectos plasmados en dicho formulario, sin embargo reiteró que el primer traslado fue de Colpensiones a Porvenir el 12 de mayo de 1999, no siendo plena prueba estos formularios para tener por demostrado el deber de información, resaltando que si bien la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en éste se trasladó en diversas oportunidades, dichos traslados entre administradoras del mismo régimen, no subsanan la ineficacia efectuada en el primero de los traslados; anotó que la accionante nació el 25 de noviembre del 1958, por lo que para la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía más de 35 años y por tanto es beneficiaria del régimen de transición debiendo haber asesorado en especial sobre la pérdida de este. Insistió que en el plenario no existía prueba alguna de la que se pueda colegir que se le brindó información por parte de la accionada; que si bien es cierto Porvenir aportó algunas publicaciones en diarios oficiales, esta información debió darse a la demandante el día que se efectuó el traslado de régimen, pues ahí nace el acto ineficaz y no con posterioridad. Del interrogatorio de parte resaltó que la demandante no confesó haber recibido adecuadamente la información, que si bien es cierto indicó que se le informó que podía obtener su pensión de manera anticipada no se le informó los pormenores para pensionarse a una edad menor que en el Régimen de Prima Media, pues no bastaba con una información genérica, por lo que concluyó que la AFP demandada no probó el cumplimiento de su deber de información necesaria y transparente; que si bien es cierto la accionante no ejerció el derecho de retracto, o que la solicitud de cambio de régimen la realizó faltando menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, ello en nada cambia que para el momento del traslado régimen no se le dio información clara, oportuna, necesaria y transparente.
En cuanto a la prescripción, resaltó que la declaratoria de ineficacias conlleva réditos patrimoniales para la administradora que no cumple con su deber de información, sin embargo, al tratarse de un derecho pensional este no prescribe.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia en totalidad, argumentando para tal fin que con el paso del tiempo la parte actora no realizó actos que manifestaron su inconformidad de pertenecer a la AFP; resaltó que a la fecha se tiene una densidad considerable de años, que no denotan la falta de información, del mismo modo precisó que no se evidencia una afectación de carácter económico al permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para la parte actora, adicionalmente resaltó que se configura una responsabilidad contractual entre el cumplimiento de la información y que bajo principio de favorabilidad solicitó se revise si le es más favorable que se concedería la ineficacia o las sumas de los perjuicios.

La representante legal de la accionada PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida, para que se revoque en su totalidad argumentando para tal fin que, la accionante se afilió en 1999 a Porvenir, donde se le informó y brindó información completa por parte del asesor, de forma verbal, por tanto cuestiono cuál es el documento que se le solicita a las administradores para demostrar que la demandante estuvo durante 21 años afiliada al RAIS, resaltó que no es posible que se alleguen documento adicionales al formulario de afiliación o que se solicite la presencia del asesor, como de obtener un documento diferente al formulario afiliación. Señaló que en el interrogatorio de parte de la demandante manifestó haber diligencia un formulario de afiliación en 1999 de manera libre y voluntaria, donde se informaron las implicaciones de su decisión; destacó que al formulario de afiliación no se le puede restar valor probatorio, por cuanto fue en cumplimiento con la ley 100 de 1993 en su artículo 114; adicionalmente resaltó que no se probó el dolo dentro del proceso del actuar de la administradora, de otra parte resaltó que la demandante está inmersa la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, que protege el sistema general de pensiones. Aseveró que la demandante se escuda en una supuesta falta de información, cuando su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones pensionales, pues resaltó que del interrogatorio de parte no manifestó ningún tipo de inconformidad durante 21 años y no genera ningún tipo de reclamación despreocupándose por su futuro pensión, hasta el año 2018; en cuanto a los gastos de administración resaltó que también en el Régimen de Prima Media se destina un 3% de cotización a financiar estos gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, pero esa administración se generó durante 20 años, resaltando que Colpensiones no tuvo ningún tipo de gasto administración, que sí tuvo Porvenir S.A. y que este no es un emolumento que financia la prestación de vejez, y

generar esta devolución ocasionaría un enriquecimiento sin causa favor de Colpensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el demandante presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia. A su turno, los demandados presentaron alegaciones en similares términos a lo expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 11 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de noviembre de 1958, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2015, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 11 de febrero de 2019 (Fl. 15), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho 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, tenía 558,14 semanas cotizadas al ISS y por servicios prestados al Estado (Fls. 22 CD fl. 88), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 15 de mayo de 199, según información registrada en ASOFONDOS dado que no se aportó formulario de afiliación a PORVENIR para esa fecha.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

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

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan

constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (12 de mayo de 1999, Fl, 88), lo el formulario de afiliación, que no fue aportado al expediente, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORNEVIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (12 de mayo de 1.999 CD Fl. 88), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco es dable considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición, que sí lo era, o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido y con este alcance, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado GLORIA MERCEDES GUTIERREZ JARAMILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-028-2019-00191-01.

Con la finalidad de resolver los recursos interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de abril de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora GLORIA MERCEDES GUTIERREZ JARAMILLO, pretende se declare la anulación por ineficacia de la filiación y el traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ante la omisión de Porvenir en su deber profesional de información, en consecuencia se ordene su traslado y afiliación a la administradora de pensiones Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, en virtud del principio de favorabilidad; del mismo modo se ordene a Porvenir la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado como lo dispone el artículo 1746 del código civil, junto con los gastos de administración o cualquier otro; del mismo modo solicitó que se condene a

Porvenir en caso de haberse otorgado previo a dictar sentencia la pensión por parte de este fondo, a seguir pagando hasta tanto sean trasladados la totalidad de los recursos a Colpensiones; finalmente solicitó se condene en costas, más lo Ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que se afilió al Sistema de Seguro Social a partir del 6 de agosto de 1984, que como consecuencia de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados, se trasladó a Porvenir el 24 de mayo de 1996, destacó que esta AFP a través de su representante, al momento de la filiación y traslado, se limitó a llenar el formato preestablecido sin entregarle información completa veraz adecuada suficiente y cierta, respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen en el cual se encontraba afiliada, o las implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión de cambio de régimen; del mismo modo seguro que no se le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la mesada pensional en ambos regímenes, ni se le informó la tabla de mortalidad rentística utilizada en las administradoras para realizar la proyección de la pensión, en el mismo sentido destacó que no se le entregó información acerca del valor debía alcanzar para obtener una pensión de vejez igual o equivalente a la que recibiría en Colpensiones; insistió que Porvenir no le entregó información acerca del capital ahorrado exigido para tener una pensión de un salario mínimo y la edad requerida para realizar de forma anticipada su pensión; destacó que solicitó ante Colpensiones la anulación del traslado, petición resuelta de manera negativa. Concluyó que en el evento de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, su mesada sería aproximadamente de $4.275.809 mientras que en el fondo de pensiones Porvenir el valor de la pensión sería de $1.662.865 de acuerdo con el estudio comparativo de cálculo actuarial (Fl. 03 a 37)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, poniendo de presente que la acción no se inició por falta de información, sino por la inconformidad de la demandante respecto de la mesada pensional que recibirá por parte de cada régimen, actuar que precisó afecta el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por cuanto sería un aprovechamiento de los beneficios del dinero común de los afiliados de buena fe; adicionalmente resaltó que Colpensiones siempre actuó de buena fe, y que la

accionante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen. Destacó que el traslado se llevó a cabo de manera libre espontánea y sin presiones, en consecuencia, es válido; e insistió que no es procedente el retorno de la accionante al Régimen de Prima Media, por ausencia de los requisitos legales; y de acuerdo con la prohibición del artículo 13 de la ley 100, para los afiliados al sistema general de pensiones que le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad del derecho a la pensión de vejez. En el mismo sentido argumentó que la nulidad en los términos del artículo 1750 del Código Civil se debe pedir dentro de los cuatro años siguientes, los cuales en el evento del error y el dolo se cuentan desde el día de la celebración del acto o contrato, en este sentido si el traslado se realizó en julio de 1995 la nulidad debió alegarse antes de julio del año de 1999; por tanto precisó que de existir la nulidad alegada, la misma fue sanada en los términos del artículo 1752 del Código Civil, el cual dispone la ratificación expresa o tácita que puede sanear el vicio del contrato. Presentó como excepciones las de «buena fe», «protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (Fl. 233 a 243).

A su turno, PORVENIR S.A. manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, por el contrario solicitud se absuelva todas y cada una de ellas, argumentando para tal fin que la demandante realizó la filiación producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico donde hace constar que se realizó de forma libre espontánea y sin presiones la escogencia de régimen; destacó que Porvenir cuenta con funcionarios que realizan procesos de capacitación e información para entregarle a los afiliados información completa y veraz sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; resaltó que siempre se le garantizó el derecho al retracto de la accionante por cuanto se realizó una publicación en el diario “el tiempo” donde se informó la posibilidad con la que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con lo establecido por la ley 797 de 2003; destacó que pasaron más de 20 años desde la afiliación a Porvenir durante los cuales la accionante no manifestó inconformidad alguna con la decisión que adoptó. Propuso como excepciones las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», y «excepción genérica» (Fl. 272 a 292).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 15 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 24 de mayo de 1996 por intermedio de la administradora Porvenir S.A., en consecuencia, declaró como afiliada válidamente al régimen de prima media con prestación definida; condenó a PORVENIR a trasladar los aportes pensionales cotizados bonos pensionales con todos los frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante y a COLPENSIONES activar y la filiación y actualizar su historial laboral.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que se acrédito que la accionante realizó cotizaciones desde el 6 de abril de 1986, que el 24 de mayo 1996 suscribió formulario de vinculación con Porvenir, que el 16 de agosto del año 2001, se afilió a la AFP Horizonte; consideró el despacho que el cambio de régimen pensional, debe abordarse desde la institución de la ineficacia, de manera que dicha afiliación queda sin efecto, siendo entonces equivocado abordar el estudio bajo el análisis de las nulidades; destacó que le correspondía a la AFP Porvenir la carga de la prueba de las circunstancias en la cuales hizo el ofrecimiento a la demandante, como de las condiciones en las que se le brindó información veraz y oportuna, resaltó que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad del afiliado, se requiere que se le brindará información completa sobre las condiciones específicas, como de lo favorable y lo desfavorable, que incluso fuera el caso desanimaba al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses; en este sentido destacó el despacho que no se logró acreditar que la demandante hubiera recibido información por parte de la AFP Porvenir sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen, al momento de afiliarse. Por otra parte, en cuanto al interrogatorio absuelto por la demandante en el cual narró circunstancias de tiempo, modo y lugar, que la llevaron a suscribir el formulario de afiliación a Porvenir, no acreditando que le suministró información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado al fondo privado, situación que constituye omisión en su deber de información, pues Porvenir no allegó prueba alguna, ya que el asesor no brindó una proyección a futuro o situación que permitiera llevar a concluir que se cumplieron con los requisitos señalados. De igual modo, la accionante en el interrogatorio manifestó que el asesor no le brindó asesoría frente a los dos regímenes pensionales, como tampoco tuvo en cuenta la densidad de semanas cotizadas al momento en que se efectúo el traslado pensional, señaló que si bien hay una simulación pensional efectuada por Porvenir, esta no resulta útil para acreditar que al momento del traslado de régimen la accionante hubiese recibido toda la

información, pues dicho cálculo fue realizado hace 22 años, no siendo idóneo para demostrar su deber de información, por otra parte, frente al formulario afiliación a Porvenir en cuya parte inferior se consigna la voluntad de información, lo cierto es que este tampoco resulta ser un medio probatorio idóneo para inferir que se proporciona información suficiente, pues dicha circunstancia a lo sumo acreditó un consentimiento, pero no informado; así las cosas precisó que no cumplió con su deber de suministrar al afiliado información completa y clara sobre las reales implicaciones de cambiar de régimen y sus posibles consecuencias futuras.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de Porvenir interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que para emitir el fallo se tuvo en cuenta la memoria de la demandante y su capacidad para recordar el contenido de la asesoría y las características brindadas en la misma acerca de cada régimen, no siendo viable concluir que la AFP faltó al deber de información; destacó que el consentimiento informado para la libre escogencia, se materializó con la suscripción de la solicitud en el formulario de afiliación, documento público, en el cual expresó de forma libre y voluntaria la escogencia del régimen conforme lo exige la ley 100 de 1993; destacó que la accionante se presume como una persona capaz para obligarse, siendo incuestionable que siempre se le garantiza el derecho a retracto, como si la dispone el artículo 13 del decreto 261 1994. Agregó que para el traslado la accionante no tenía derechos consolidados y que con los aportes continuos manifestó su voluntad de permanecer en el régimen privado; adicionalmente aseveró que declarar la ineficacia constituye un desfinanciamiento del sistema y en cuanto a la devolución de los gastos de administración precisó la ineficacia conlleva a que el acto jurídico no hubiera existido, ello no puede concluir en la devolución de rendimientos, pues también el Régimen de Prima Media, se destina un 3% para este fin; no siendo estos parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción, así mismo argumento que al ordenar el traslado de estos gastos se configura un enriquecimiento ilícito y que no existe norma que disponga tal devolución.

El apoderado judicial de Colpensiones interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto que con el paso del tiempo la demandante manifestó su decisión de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual; de igual forma precisó que el accionante tuvo todos los comportamientos para permanecer en este.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegaciones solicitando se confirme la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folio 80 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de junio de 1965, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del año 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 20 de diciembre de 2018 (Fls 73 a 75), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 399 semanas cotizadas al ISS, (Fls. 47-48 y CD fl. 248), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 24 de mayo de 1996 (Fl. 72 y 294), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

[1] 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".

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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (24 de mayo de 1996 Fl. 72 y 294), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, así como el hecho de denotarse algunas contradicciones en su dicho versus lo afirmado en la demanda, lo cierto es que del contexto de su declaración no es posible concluir confesión en torno a que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de mayo de 1996 Fls 72 y 294), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no

tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

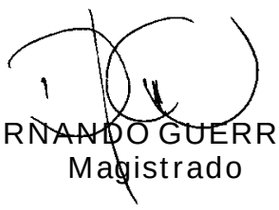
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

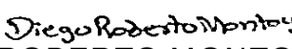
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LILIANA LUCIA BETANCOURT LOPEZ contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-007-2019-00218-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y COLFONDOS, contra la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de septiembre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARÍA LILIANA LUCIA BETANCOURT LOPEZ promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual-RAIS a través de las AFP COLFONDOS, por falsificación de su firma y/o por la indebida, incompleta y engañosa información que le suministró la AFP; se declare que nunca efectuó un traslado válido al RAIS, sino que siempre ha pertenecido al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, quien deberá reactivar su afiliación y actualizar su historia laboral. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo Ultra y Extra petita, más las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 10 de julio de 1964 e inició a cotizar al Sistema General de Pensiones, a través del RPMPD el día 01

de octubre de 1989, aclarando que se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES el 29 de noviembre de 1993. Explicó que el 14 de marzo de 2000 fue afiliada por la AFP COLFONDOS sin haber firmado el formulario de afiliación, que por el contrario, la firma obrante en tal documento no corresponde a la suya, por lo que nunca aceptó de manera libre y voluntaria el traslado de régimen. Además, precisó que el fondo privado no le suministró la información suficiente, amplia y oportuna sobre las implicaciones del traslado, las características de cada régimen, las ventajas y desventajas de su afiliación, así como omitió entregarle una proyección de la mesada pensional que recibiría en uno y otro régimen. Expuso que tras contratar una asesoría privada y percatarse de que no había recibido una asesoría correcta y acertada por parte de la AFP, el día 01 de agosto de 2018 elevó peticiones ante COLFONDOS y COLPENSIONES solicitando la nulidad o ineficacia del traslado de régimen por cuanto existió un vicio en el consentimiento y una proyección pensional. Agregó que fruto de sus peticiones conoció que su mesada pensional en el RAIS sería de $1.065.985 pesos, mientras que en el RPMPD ascendería a $2.692.877 y para el 2024 sería de $6.316.428, por lo que la diferencia le causaría un detrimento económico superior a los $1.000.000.000 pesos (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 2 a 28).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no se acreditó que la demandante hubiera incurrido en un error, por la falta al deber de información, ni que su consentimiento hubiera estado viciado por un error, fuerza o dolo. Señaló que en las solicitudes de vinculación no se aprecia una nota de protesto o alguna manifestación que permita deducir que la demandante tuviera una inconformidad, que contrario sensu, los documentos prueban su voluntad libre de afiliarse al RAIS, sin constreñimientos o presiones indebidas. Asimismo, recordó que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica » (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 103 a 135).

La AFP COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no se allegó la denuncia correspondiente a la

adulteración del formulario de afiliación, siendo la forma idónea de invocar la nulidad por ese hecho. Explicó que cumplió con su deber de información, al haber brindado una asesoría integral y completa de todas las implicaciones del traslado de régimen, incluyendo las características, ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Expuso que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 contemplan la ineficacia de la afiliación cuando no haya provenido del afiliado o cuando se hubiera efectuado bajo presión o coacción, circunstancias que no ocurrieron porque la actora suscribió el formulario de afiliación de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna. Aseveró que la accionante efectuó la afiliación al RAIS hace diecinueve (19) años, tras considerar que el fondo privado satisfacía sus expectativas pensionales, tiempo en el cual no manifestó sus inconformidades, ni regresó al RPMPD. Resaltó que no ha vulnerado el derecho pensional de la actora, dado que, aquella puede obtener una pensión en el RAIS, siempre que cumple con los requisitos legales. Precisó que la parte actora no especificó en qué consistió el vicio en el consentimiento, pues el error alegado es de derecho, por lo que no produce vicio en el consentimiento alguno. Adujo que conforme al artículo 1750 del Código Civil, la acción para declarar nulidad de la afiliación se encuentra prescrita. Arguyó que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, ya que la demandante se trasladó válidamente en ejercicio de su libre escogencia tras ser debidamente informada. Agregó que la actora está inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993, aunado a que no es beneficia del régimen de transición, ni cumple con la densidad de semanas establecidas en la sentencia SU 062 de 2010. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago», «saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «nadie puede ir en contra de sus propios actos» (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 161 a 188).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 23 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS por medio de la AFP COLFONDOS S.A., el 14 de marzo de 2000, por falta de información y no por adulteración de la firma; así pues, ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, gastos de administración, comisiones o cualquier otro concepto que hubiera descontado, debidamente

indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al RPMPD.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las AFP tienen el deber de brindar información clara, veraz y oportuna a los afiliados, por ser una circunstancia que puede afectar su estatus pensional, y con ello, el derecho fundamental a la seguridad social. Explicó que desde su creación las AFP tienen el deber de brindar información a los afiliados, lo cual implica un asesoramiento desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de tal suerte que se proporcione una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se ha de compensar entre un afiliado lego y un experto. Precisó que si bien es cierto la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni de los beneficios contemplados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquella debió recibir una información oportuna, veraz y comprensible al momento de su traslado, situación que debe ser acreditada por la AFP COLFONDOS, en tanto se trata de una negación indefinida. En ese orden encontró que la AFP no acreditó el cumplimiento de su deber de información para con la actora, en consecuencia, no existió una decisión informada y consciente de aquella al trasladarse de régimen, exigencia que se satisface con el simple diligenciamiento del formulario.

En relación a la falsificación de la firma de la demandante en el formulario de afiliación, explicó que no se allegó prueba alguna de una reclamación a COLFONDOS por ese hecho o de una denuncia, por lo que encontró que no es procedente declarar que existió una adulteración en tal documento. Finalizó argumentando que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar por cuanto el contradictorio está relacionado con el derecho irrenunciable a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la decisión arguyendo que, no se tuvo en cuenta que para el año 2000, esto es, cuando se efectuó el traslado, según la normatividad vigente solo se exigía la firma del afiliado en el formulario de afiliación para demostrar la aceptación libre y espontanea del traslado de régimen, requisito que se cumplió. Aseveró que para la data del traslado no existía la Ley 748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, que crearon la obligación de doble asesoría, por lo que, a su juicio, se debe valorar el deber de asesoría de la AFP de conformidad con la normatividad que estaba vigente para el momento de la

afiliación, pues no es jurídicamente valido imponer a los fondos obligaciones que no estaban a su cargo en ese momento. Argumentó que juzgar la conducta de los fondos a partir de normas inexistentes para la fecha del traslado, causa una violación al principio de legalidad y debido proceso. Expuso que pese a que COLPENSIONES no participó en el trámite del traslado, es quien debe asumir la carga de la prestación, pasando por alto el principio de la relatividad jurídica, en tanto, los actos jurídicos tienen efectos inter partes y sus consecuencias sólo deben recaer sobre ellas, de tal suerte que COLPENSIONES no puede ser favorecida, ni afectada por la afiliación efectuada entre COLFONDOS y la actora. Agregó que hasta el 2016, el único documento para acreditar el consentimiento informado de los afiliados era el formulario de afiliación, por cuanto, las leyes existes hasta ese momento no establecían un documento diferente para tal fin. Arguyó que el fallo afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, principios que son la razón de ser de la prohibición de traslado estatuida en la Ley 100 de 1993. Solicitó que en caso de confirmar el fallo, se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido de que debe reintegrar la totalidad de cotizaciones, cuotas de seguros, administradoras y todos los emolumentos relacionados con la demandante. Finalmente, solicitó que se adicione la sentencia, en el sentido de condicionar las obligaciones a cargo de COLPENSIONES al cumplimiento de las condenas impuestas a COLFONDOS, toda vez que la entidad no puede cumplir la sentencia hasta tanto no se reintegren los recursos y se actualice la información.

El apoderado judicial de la AFP COLFONDOS S.A., apeló la decisión en cuanto a la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, argumentando que, el cobro de los gastos de administración es regulado por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, ello en razón a que el RAIS administra los recursos privados y públicos destinados a pagar las prestaciones que debe reconocer a los afiliados. Añadió la demandante se benefició de su permanencia en el RAIS porque obtuvo rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual, por lo que, a su juicio, la ineficacia causaría también la devolución de los rendimientos, dado que en el RPMPD no habría podido beneficiarse de tales rendimientos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera

instancia. La parte actora también presentó alegatos procurando se confirme la decisión. COLFONDOS guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

[1] 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

A folio 149 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, en el que se registra como fecha de nacimiento el 10 de julio de 1964, por lo que cumplirá 57 años el mismo día y mes del 2021, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y COLFONDOS el 01 de agosto de 2018 (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 60, 63 y 69), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de diez años para adquirir el derecho 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, tenía 17,42 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, equivalentes a 4 meses y 2 días (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 41 a 42), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de marzo de 2000 (Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 34 y 235), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está 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

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".

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 las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Exp. Digital: 01.Cuaderno

principal, págs. 34 y 235), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (14 de marzo de 2000, Exp. Digital: 01.Cuaderno principal, págs. 34 y 235), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco es dable considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos

montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

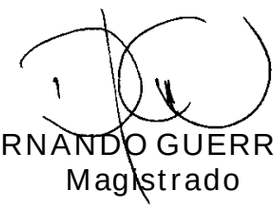
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

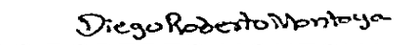
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. - SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Proceso ordinario laboral de JAIRO TIQUE HERNÁNDEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Rad. 110013105-036-20197-00712-01.

Con la finalidad de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de marzo de 2021, en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, en los términos del artículo 69 del CPT y SS.

ANTECEDENTES

El señor JAIRO TIQUE HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a su favor y a partir del momento en que cesó de trabajar de manera definitiva por la pérdida de su capacidad laboral, esto es a partir del 31 de enero de 1996; en consecuencia, se condene a Colpensiones a pagar las mesadas adicionales de junio y diciembre correspondientes a cada anualidad; igualmente, se le condene a indexar el valor inicial de la pensión y al pago de los intereses moratorios. Finalmente, solicitó se condene a la demandada conforme a lo ultra y extra petita, así como al pago de costas procesales y agencias en derecho.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que el 12 de junio de 1989 inició a prestar sus servicios para el empleador INDUCIDOS STAR LTDA., siendo afiliado por su empleador al ISS, hoy Colpensiones; a partir del 04 de octubre de 1991 fue declarado invalido por el ISS por enfermedad mental esquizofrenia paranoide VS T

esquizoafectivo, por lo que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución de 1992 por no haber cotizado dentro de los últimos 06 años anteriores a su invalidez; no obstante, se evidenció una mora del empleador tal como lo informó Colpensiones. Que pese haber sido declarado invalido continuó laborando y su empleador siguió cotizando hasta el 01 de enero de 1996, para un total de 333,57 semanas. Debido a su imposibilidad y a que su fuerza de trabajo se desvaneció paulatinamente, no pudo continuar trabajando debido a su mal estado de salud. Colpensiones desconoció y no tuvo en cuenta las semanas que cotizó con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez y hasta que dejó de hacerlo, aun entendiendo que dejó de trabajar en razón a que su estado de invalidez le impidió continuar laborando para obtener su sostenimiento. Actualmente, presenta una difícil situación económica, ya que carece de un ingreso económico regular que le permita suplir sus necesidades básicas de alimentación, vestido y vivienda; igualmente, vive junto con sus dos padres, quienes se encuentran en la población de adulto mayor y los cuales tampoco cuentan con recursos propios para su sostenimiento, ni una pensión, tampoco posee alguna entrada económica derivada de alguna fuente formal (fls. 01 a 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el demandante no es beneficiario del Acuerdo 049 de 1990 al no cumplir los requisitos exigidos, es decir, que al 01 de abril de 1994 no contaba con la edad mínima requerida para ser beneficiario y tampoco le es posible aplicar la Ley 860 de 2003 en razón a que no cumplió con las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 03 años a la estructuración de invalidez, ni con lo estipulado en la Ley 100 de 1993, la cual estableció que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se deben haber cotizado 26 semanas dentro el último año a la estructuración, por lo que para el caso en concreto, el actor debió haber acreditado las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 03 años a la estructuración de su invalidez. En razón a lo anterior, precisó que la administradora actuó conforme a los presupuestos facticos y jurídicos, motivo por el cual, le fue negada la pensión de invalidez. Como excepciones de fondo, propuso las de «prescripción», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «inexistencia del derecho», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno», «carencia de causa para demandar» e «innominada o genérica» (Fls. 73 a 78).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 08 de marzo de 2021, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Para arribar a esta decisión, concluyó que en el caso en concreto, según el dictamen emitido en el año 1992 por profesionales del ISS, se determinó una primera fecha de pérdida de capacidad laboral del 11 de febrero de 1987 y con la Resolución del 14 de agosto de 1992, el accionante fue declarado invalido a partir del 04 de octubre de 1991, es decir, que pese a haberse determinado por los profesionales la fecha de estructuración en 1987, la entidad de seguridad social estableció que había podido efectuar aportes en virtud o pese a su condición, pero que no contaba con los requisitos mínimos para acceder a la prestación pensional por invalidez; no obstante, de acuerdo al dictamen de la Junta nacional de invalidez, el actor contaba con un 70.40% de pérdida de su capacidad laboral y en este caso la fecha de estructuración se fijó el 29 de junio de 1990 y con ello se tuvo que ninguna de las pruebas aportadas establecieron la pérdida de capacidad laboral a partir del mes de enero de 1996. Conforme a lo anterior, consideró que las pruebas no fueron de iguales características a las que han sido analizadas por la Corte Constitucional o por la Corte Suprema de Justicia, pues en todas ellas el común denominador era que los afiliados venían laborando y efectuando cotizaciones al Sistema de Seguridad Social para pensiones, que en algún momento fueron calificados por el organismo competente y este determinaba una fecha de estructuración de perdida de la capacidad laboral de forma retroactiva, para lo cual las personas continuaron realizando aportes; por el contrario, el demandante pese a ya estar calificado para el 30 de marzo de 1992, decidió continuar efectuando las cotizaciones aun cuando el riesgo ya se había causado. Al respecto indicó que la Corte Constitucional determinó que el Juez pese a revisar las similitudes entre el caso que debe resolver y uno resuelto anteriormente, existen diferencias relevantes no consideradas en el primero, que impiden igualarlo y en consecuencia estaría permitido que el Juez se desviara de la doctrina judicial que en apariencia resulta aplicable, a contrario censu, puede haber dos casos que en principio parezcan diferentes, pero luego de ser analizados tengan un término de comparación que permitan asimilarlos en algún aspecto, por lo que resulta acertado que el Juez emplee criterios de igualación entre los dos, siempre y cuando la equiparación se restrinja a aquellos aspectos en que son equiparables y solamente en la medida en que lo sean, por lo que el Juez debe hacer explicitas las razones por las cuales a pesar de las

similitudes aparentes, los casos no merezcan un tratamiento igualitario o a la inversa, debe argumentarlo. Por ende, para el caso bajo estudio, se debería haber aceptado que la fecha de estructuración, fue la emitida por el ISS y que se tuvieran en cuenta las cotizaciones hasta dicha fecha, no obstante, el Despacho no pudo avalar que el demandante conociendo ya el dictamen y habiéndose determinado que ya contaba con un 50% de pérdida de capacidad laboral, haya efectuado aportes posteriores y que se pretendan ahora convalidar para efectos de determinar una pensión de invalidez, pues estas circunstancias no han sido avaladas por la jurisprudencia, por lo que fue necesario establecer si las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado y no que se hiciera con el único fin de defraudar el Sistema de seguridad social, tampoco se probó que efectivamente la perdida d capacidad laboral del demandante ha variado drásticamente con el tiempo, es decir, que ha aumentado, por el contrario lo que se evidenció fue que continuó efectuando aportes sobrepasando las 300 semanas exigidas normativamente como las mínimas necesarias para adquirir la pensión de invalidez, motivo por el cual, la juzgadora se abstuvo de emitir una fecha diferente de estructuración y concluyó que no cumplió con las exigencias correspondientes de haber cotizado 150 semanas en los seis (06) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, sólo se probaron 50 semanas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos en similares términos a los expuestos en la demanda y su contestación respectivamente.

PROBLEMA JURÍDICO

Precisado el anterior escenario jurídico y probatorio, corresponde a esta Corporación, establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de invalidez en los términos solicitados en la demanda.

CONSIDERACIONES

En el presente caso, no existe controversia alguna frente a la condición de invalido que ostenta el señor JAIRO TIQUE HERNÁNDEZ, lo cual se corrobora con el Dictamen Médico Laboral Sobre Invalidez Común emitido por el Instituto de

Seguros Sociales el 20 de marzo de 1992, donde se determinó como fecha de estructuración 11 de febrero de 1987, por el diagnostico de proceso esquizofrénico indiferenciado con rasgos hebefrénicos y retardo mental leve (fls. 15 y 16); así mismo, se evidencia tal condición del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 10 de septiembre de 2020, entidad que le determinó una pérdida de capacidad laboral del 70.40%, de origen - enfermedad común por el diagnóstico de esquizofrenia paranoide y con fecha de estructuración 29 de junio de 1990 (Exp. Digital: 03. Dictamen).

Lo anterior permite determinar que el régimen legal aplicable para la fecha de su invalidez según la norma vigente era el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, norma que exigía para dejar acreditado el derecho haber cotizado 150 semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez, requisito que en principio no cumple el actora, pues entre el 29 de junio de 1990 y el 29 de junio de 1984, sólo registra un total de 52.71 semanas en cualquier época, por lo que se concluye que con la disposición legal aplicable no cumple el requisito para acceder a la prestación invocada, incluso tampoco la cumpliría con el Decreto 232 de 1984, aplicable en los términos de la primera calificación (Exp. Digital: 06. {A4B029F3-0C3D-4C0E-88B7-A7206B24D5D1} (1)).

Dichos aspectos, se itera, no fueron discutidos por las partes, incluso la posibilidad de obtener el reconocimiento pensional, pero con base en los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, toda vez que en su jurisprudencia ha determinado que es posible tomar como parámetro de estudio para la concesión de la pensión de invalidez, entratándose de enfermedades degenerativas, por su carácter de progresividad, la fecha del dictamen o desde el momento en que efectivamente cesó su capacidad de laborar y no la fecha de la estructuración de la invalidez, ello cuando el afiliado conservó su fuerza laboral y realizó cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez determinada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Efectivamente, la Sala estima que el anterior criterio ha sido adoptado por la H. Corte Constitucional, citando a modo de ejemplo las sentencias T – 885 del 25 de noviembre de 2011 y la reciente la sentencia T – 579 de 2016, donde la Alta Corporación determinó que, en los casos en que los trabajadores sufren una enfermedad de carácter degenerativo, no siempre coincide la fecha de estructuración de la invalidez fijada en el dictamen médico de PCL con la pérdida real y efectiva de la fuerza laboral, pues en esos eventos, la fecha fijada corresponde

al momento en que se presentaron los primeros síntomas de la enfermedad que dio lugar a la calificación, pero no corresponde al momento en que efectivamente se perdió la fuerza laboral para ejercer la actividad productiva en el afiliado declarado inválido, por lo tanto, en esos casos se ha habilitado estudiar el reconocimiento pensional a partir de la fecha en que se realice el dictamen.

De igual modo, de precisarse que la Sala de Casación Laboral de H. CSJ, en sentencia CSJ SL3275-2019, del 14 de agosto de 2019, varió su postura respecto del momento a partir del cual puede contabilizarse el número de cotizaciones en tratándose de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas. A partir de allí, el Alto Tribunal ha reiterado entre otras sentencias, en las CSJ SL4567-2019, SL3779-2019 y SL4363-2019, «que al establecer la fecha a partir de la cual se deben contabilizar los 3 años indicados en la ley, es posible tener en cuenta -conforme a las particularidades de cada caso-, además de la data de estructuración de la invalidez: (i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando-, al consagrar que:

> [...] en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.
> [...]
>
> Sobre el particular, la Corte Constitucional en la citada providencia explicó que tanto las administradoras de pensiones como <u>las autoridades judiciales deben verificar</u>:
>
> (i) que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y, (ii) que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificará el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta la fecha de calificación de la invalidez o la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, inclusive, la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.
> [...]
>
> En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, <u>validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de solicitud</u>

> del reconocimiento pensional o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario».

De acuerdo con lo anterior, en la sentencia CSJ SL4567-2019, se estableció que al evidenciarse «que el padecimiento de la demandante puede catalogarse como crónico, podría verificarse cualquiera de los tiempos mencionados como referencia para determinar si cumple o no con las 50 semanas dentro de los tres años anteriores».

De conformidad con lo anterior, es lo cierto, que a la hora de estudiar la procedencia de una prestación dentro del Sistema de Seguridad Social, en casos como el presente donde la norma que regula la materia resulta insuficiente o ineficaz para regularlo, se hace necesario acudir a un análisis principialistico para resolver la litis, recurriendo entonces a los principios de favorabilidad y progresividad que rigen la materia. Así pues, ocurre con frecuencia que los afiliados siguen cotizando al SGSS, a pesar del avance progresivo de la enfermedad y del inevitable cese de su actividad laboral ante el contundente deterioro de su salud, hasta que se ven obligados a solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación, evento en el cual la Corte Constitucional ha considerado que, no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales, y así lo ha plasmado en sentencias T-509 de 2010, T-268 de 2011, T-699A de 2007, T-163 de 2011 y T-710 de 2009, T-043 de 2014 y T-372 de 2015, entre otras.

Con base en el criterio anteriormente expuesto, se procede al estudio de la prosperidad del reconocimiento de la pensión de invalidez y como ya se precisó, la enfermedad que le produjo la pérdida de capacidad laboral al actor es la esquizofrenia paranoide, en enfermedad que viene padeciendo desde hace muchos años según se evidencia del estudio de la historia clínica efectuado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la cual, corresponde a una de las denominadas enfermedades crónicas y/o degenerativas[1], la cual goza de especial

[1] Sentencias T-143 de 2013 y T-276 de 2018

protección constitucional, por lo que el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social debe ser reforzado[2].

Como se indicó, al actor se le estructuró dicha enfermedad el 29 de junio 1990, según el mencionado dictamen, lo que permite colegir a ésta Corporación que efectivamente se ha venido menguando su condición física deteriorada y que dio lugar a calificar la PCL en un porcentaje alto; ello, sin perder de vista que para esa época el demandante se encontraba cotizando, inclusive las distintas historias laborales indican que las cotizaciones para los riesgos de IVM iniciaron para el mes de junio de 1989 con el ISS de forma interrumpida como trabajador dependiente del empleador INDUCIDOS STAR LTDA., hasta el ciclo del mes julio del año 1996, aspecto que permite dilucidar igualmente que, pese a padecer esa enfermedad mantuvo su capacidad laboral, la cual, se ha venido disminuyendo en forma periódica y progresiva, lo cual, a su vez permite aplicar el criterio jurisprudencial tanto de la H. Corte Constitucional, como de la Sala de Casación Laboral.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala lo que se viene advirtiendo en las aludidas sentencias, esto es, que «en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el

[2] Ver la sentencia CSJ SL4567-2019

momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

En resumen, se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley».

Aquí y ahora, revisado en detalle el cartulario de las distintas historias laborales expedidas por la entidad accionada, se tiene que el demandante sí realizó tales cotizaciones, incluso así se desprende del estudio a la historia clínica donde se evidencia que el actor efectivamente laboraba en medio de las crisis y episodios de esquizofrenia, por lo que realizó cotizaciones hasta el mes de julio del año 1996, advirtiéndose por demás el reporte de novedades de ingreso y retiro correspondientes; lo que permite colegir a ésta Corporación que efectivamente el actor conservó su fuerza laboral hasta esa última fecha, razón por la que en éste especialísimo caso puede determinarse una pérdida de capacidad laboral residual, en virtud de la cual a pesar de estar determinada la enfermedad degenerativa se conserva una disminuida capacidad para laborar como es el caso de los vigilantes de los centros comerciales, por lo que la fecha en que debe entenderse la estructuración de la invalidez es el momento a partir del cual se concreta su carácter de permanente y definitivo de la enfermedad, es decir cuando se pierde en su totalidad su fuerza laboral independiente de la calificación contenida en el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, se determina como fecha de la pérdida de la capacidad laboral del demandante el mes de julio de 1996, razón por la que se colige que es a esa fecha que deben estudiarse los requisitos para obtener el reconocimiento pensional invocado, y en esas condiciones, la norma a aplicar es la Ley 100 de 1993, en su versión original, disposición legal en virtud de la cual se analizará el reconocimiento pensional.

Al efecto, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, para el reconocimiento de la pensión de invalidez distinguía dos situaciones, la del cotizante activo e inactivo, para los primeros exigía 26 semanas en cualquier tiempo anterior a la estructuración de la invalidez, mientras que los segundos debían demostrar ésa misma densidad pero en el año inmediatamente anterior a la invalidez, requisitos ambos que cumple el demandante, toda vez que en primer lugar era cotizante activo para la fecha de estructuración de la invalidez y tenía 26 semanas en el último año anterior al estado de la invalidez, por lo que se concluye, sin equivoco alguno, que sí cumplió los requisitos para acceder a la pensión de

invalidez si en cuenta se tiene que acreditaba una pérdida de capacidad laboral superior al 50%.

De conformidad con lo anterior, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del actor, la cual tendrá como fecha de disfrute el 01 de agosto de 1996, en cuantía del salario mínimo legal mensual, dado que es ese monto al que asciende el IBC del actor, el cual debe reajustarse anualmente de acuerdo al aumento que decrete el Gobierno Nacional (art. 35 Ley 100/93), por lo que, será ésta cifra la determinada para el pago del reconocimiento del retroactivo pensional, si hay lugar a ello luego de estudiada la excepción de prescripción.

Tal como se indicó en la demanda y se acredita con la Resolución 010643 del 14 de agosto de 1993, el demandante elevó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 10 de abril de 1992 (fl. 16), lo que quiere decir que en dicha fecha se suspendió el término prescriptivo en los términos del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., la cual sólo vino a ser resuelta mediante la Resolución 05115 del 27 de marzo de 1996, que confirmó el anterior acto administrativo (fls. 17-18). La demanda fue presentada el 17 de octubre de 2017 (fl. 60), de lo que se colige que lo no lo fue dentro del término trienal contemplado en el artículo 488 del C.S.T., por lo que se declarará probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 2014.

Así las cosas, se procede a calcular el valor del retroactivo pensional, en cuantía de 1 S.M.M.L.V., sobre 14 mesadas anuales por no estar afectado por el Acto Legislativo 001 de 2005 en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual, calculado desde el 17 de octubre de 2014 hasta el 31 de mayo de 2021 arroja la suma de $70.501.712, tal como se discrimina en el siguiente cuadro:

AÑO	SMLMV	No. mesadas	TOTAL
2.014	616.000,00	3,47	$2.137.520
2.015	644.350,00	14	$9.020.900
2.016	689.455,00	14	$9.652.370
2.017	737.717,00	14	$10.328.038
2.018	781.242,00	14	$10.937.388
2.019	828.116,00	14	$11.593.624
2.020	877.803,00	14	$12.289.242
2.021	908.526,00	5	$4.542.630
TOTAL- RETROACTIVO			$70.501.712

Precisado lo anterior y en lo que a la procedencia de los intereses moratorios se refiere, observa la Sala que los mismos no son procedentes, pues recuérdese que es sólo por la vía jurisprudencial y criterios de interpretación decantados por las Altas

Cortes, que se ha hilado una serie de pautas para orientar a los juzgadores en cada caso concreto, y en el presente, el reconocimiento pensional se realizó con base en un criterio jurisprudencial, por lo que la actuación administrativa se ajustó a los parámetros legales que rigen la materia pensional, explicación objetiva que da lugar a que sea exonerada la entidad accionada de su imposición conforme se autorizó por la H. Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, pero se ordenará en subsidio la indexación de las sumas por concepto de retroactivo pensional.

De igual modo, se autorizará a la entidad para que descuente del retroactivo pensional el valor que corresponda por concepto de aportes con destino al sistema de seguridad social en salud en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

En virtud de los argumentos expuestos, se revocará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primer grado, y en su lugar se dispone CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor JAIRO TIQUE HERNÁNDEZ la pensión de invalidez de origen común, a partir del 1° de agosto de 1996 en cuantía inicial del SMLMV, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: Declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 17 de octubre de 2014, de acuerdo con lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante JAIRO TIQUE HERNÁNDEZ por concepto de retroactivo pensional causado entre el 17 de octubre de 2014 al 31 de mayo de 2021 la suma de $70.501.712, suma que deberá indexarse al momento de su pago sin perjuicio del

que se cause en sucesivo, de los cuales se autorizan los descuentos en salud, calculada sobre 14 mesadas pensionales al año, de conformidad con las razones anotadas en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, al considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ MERCEDES RAMIREZ URIBE contra COLPENSIONES y AFP´S COLFONDOS, PROTECCIÓN y SKANDIA S.A. Rad. 110013105-031-2019-00744-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación incoados por la parte accionada, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y SKANDIA COLFONDOS, contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de abril de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LUZ MERCEDES RAMIREZ URIBE promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia o nulidad de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual-RAIS a través de las AFP COLFONDOS, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL por existir un vicio en su consentimiento. En consecuencia, se condene a COLFONDOS, PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL a trasladar los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos a COLPENSIONES, quien deberá recibir su traslado; se ordene a OLD MUTUAL a tramitar su traslado de régimen. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo Ultra y Extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 18 de junio de 1962 e inició a cotizar al Sistema General de Pensiones, en cabeza del ISS, hoy COLPENSIONES desde febrero de 1986 hasta diciembre de 1994, fecha en la cual se trasladó al RAIS por medio de la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, afiliación que se efectuó sin respetar el termino mínimo de permanencia de tres (3) años. Expuso que cotizó en DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN hasta abril de 1999, aclarando que estuvo vinculada a COLFONDOS desde mayo de 2005 hasta febrero de 2006, momento a partir del cual se vinculó a OLD MUTUAL. Explicó que las AFP demandadas no le dieron una información clara, oportuna, ni confiable, omitiendo indicar las diferencias entre los regímenes pensionales, el término para trasladarse, el derecho de retracto, los riesgos de la decisión, los factores que influyen en el cálculo de la pensión, entre otros. Argumentó que tal omisión un error que afectó su voluntad y por ende, no existió consentimiento informado. Aseveró que sólo hasta el 2019 se enteró de que su mesada pensional en el RAIS sería de $828.166, mientras que en el RPMPD ascendería a $2.649.000, por lo que solicitó el traslado ante COLPENSIONES y las AFP accionadas, empero, negaron el pedimento por estar a menos de 10 años para obtener la pensión. Agregó que las accionadas no le advirtieron la existencia de una multi vinculación, sino que tomaron medidas sin su consentimiento y dirimieron el conflicto a favor del RAIS (Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 págs. 5 a 31).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de la demandante se realizó de manera voluntaria y de conformidad con las normas vigentes para esa data, sin que fuera posible brindar la información certeza y precisa alegada por la parte actora. Precisó que para 1994, esto es, la fecha del traslado de régimen de la demandante, sólo era necesario plasmar la voluntad del afiliado mediante su firma en el formulario de afiliación. Resaltó que no es dable argumentar la existencia de un error o un vicio en el consentimiento, por cuanto la actora permaneció más de 16 años afiliada al RAIS, ratificando su intención de pertenecer a ese régimen. Afirmó que, en atención a los términos para trasladarse, la demandante pudo retornar al RPMPD hasta el 18 de junio de 2009, empero no lo hizo. Aseveró que para la fecha del traslado de régimen estaba vigente el Decreto 692 de 1994, el cual sólo exigía el diligenciamiento del formulario de afiliación, por lo que no era obligación de los fondos tener un soporte documental sobre las asesorías brindadas a los potenciales afiliados, así como no debían entregar cálculos o

proyecciones pensionales. Recordó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que podía efectuar su traslado a otro régimen, aunado a que no era posible realizar una proyección pensional, dado que estaba a más de 20 años para alcanzar la edad de pensión, en consecuencia, no era posible prever un perjuicio a su estatus pensional. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción y caducidad», «inexistencia de la obligación», «presunción de legalidad de los actos administrativos», «buena fe» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 págs. 94 a 100).

Por su parte la AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la afiliación de la demandante al RAIS fue válida y exenta de vicios en el consentimiento, toda vez que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontanea, dado que recibió una asesoría suficiente para decidir sobre el traslado de régimen. Aseveró que la firma del formulario de afiliación constituye una manifestación inequívoca de la voluntad de la actora de trasladarse al RAIS, aunado a que tal documento representa un contrato que creó derechos y obligaciones a cargo de ambas partes. Adujo que la declaratoria de nulidad o ineficacia debe ser fundamentada en la existencia de un vicio en el consentimiento, no en las expectativas económicas de la demandante, ni en la fórmula utilizada para liquidar la pensión en el RAIS, puesto que está consagrada en la Ley 100 de 1993. Resaltó que no es dable efectuar el traslado de la actora al RPMPD porque se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003. Añadió que no es posible regresar los dineros de la demandante porque fueron trasladados a COLFONDOS hace más de 20 años. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «innominada o genérica», «inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» y «traslado de aportes a Colfondos» (Exp. Digital: 007. Contestación PROTECCIÓN, págs. 1 a 24).

La AFP SKANDIA S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, argumentando para tal efecto que, la demandante suscribió el formulario de afiliación el día 18 de enero

de 2006 como traslado de la AFP COLFONDOS. Afirmó que la elección del régimen pensional es una decisión libre y voluntaria del afiliado, por lo cual, la demandante al afiliarse al RAIS aceptó todas las condiciones propias del régimen, máxime cuando aquella provenía de la AFP privada COLFONDOS, hecho que permitió que la actora ya conociera las ventajas y características del RAIS. Aseveró que es menester probar el vicio del consentimiento que se alega, máxime cuando la parte actora no determinó en qué consiste ese vicio con respecto a SKANDIA. De otro lado, aseveró que no es procedente ordenar el reintegro de los gastos de administración, toda vez que se causaron por su gestión a la hora de administrar la cuenta de la demandante, igualmente, que no procede el traslado de las sumas descontadas por seguros previsionales, en tanto, fueron destinados al seguro de invalidez y muerte de la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de «SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante», «prescripción», «imposibilidad de reintegrar gastos de administración», «buena fe» y «genérica» (Exp. Digital: 008. Contestación 2019-744 Agosto 24, págs. 3 a 29).

A su vez, la AFP SKANDIA llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., quien una vez notificada contestó la demandada y el llamamiento en garantía, manifestando que no se cumplieron los presupuestos legales y contractuales para que exista una afectación de las pólizas contratadas, dado que el seguro previsional carece de cobertura respecto a las pretensiones de la demanda, precisando que aquel seguro sólo tiene cobertura para el pago adicional necesario para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobrevivencia, al tenor de los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993. En ese orden, argumentó que las pretensiones de la demanda no están encaminadas al reconocimiento de una pensión por invalidez o sobrevivientes que conlleve al pago adicional de que trata la póliza contratada, sino que la demanda va encaminada a la declaración de ineficacia o nulidad del traslado, circunstancia que no es objeto de cobertura del seguro previsional. Asimismo, arguyó que los gastos de administración y demás descuentos realizados, son emolumentos que están a cargo de las AFP en el RAIS y de COLPENSIONES en el RPMPD, por ser quienes administran los recursos del Sistema General de Pensiones. Afirmó que no es

procedente la devolución de las primas pagadas, dado que las consecuencias de la nulidad o ineficacia son frente al traslado de régimen y no frente al seguro previsional, aunado a que, es un tercero de buena fe que cumplió con asegurar las contingencias de invalidez y muerte por termino de duración del seguro previsional. De otro lado, señaló que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, toda vez que la misma eligió de forma libre, espontánea y sin presiones a la AFP SKANDIA, acto que se perfeccionó con el consentimiento informado, tras haber recibido una asesoría integral por parte de la AFP y que en señal de ello, firmó el formulario de afiliación al fondo privado. Agregó que la afiliación de la demandante a SKANDIA es un acto válido, en tanto no existió error, fuerza o dolo, en consecuencia, se confluyeron todos los requisitos, esto es, la capacidad legal de la actora, el consentimiento libre de vicios, objeto y causa licita. Formuló como excepciones de fondo las de «no existe ineficacia o nulidad frente al traslado de régimen con Skandia Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías SA pues el mismo cumple con los requisitos de ley para su validez», «ausencia de cobertura del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a la pretensión de ineficacia o nulidad del traslado de régimen», «es improcedente la afectación del seguro previsional expedido por Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. frente a las pretensiones de la demanda encaminadas al reconocimiento de "traslado de dineros con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados", "gastos de administración", "costas" y "agencias en derecho"», «no hay lugar a que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. haga devolución de primas pagadas por la AFP», «inexistencia de obligación - cobro de lo no debido frente a mi representada Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.», «prescripción de la acción de rescisión o nulidad frente al traslado de régimen», «excepción: prescripción, compensación y nulidad relativa», «genérica» y «buena fe de mi representada» (Exp. Digital: 017. Contestación de demanda y llamamiento en garantía, págs. 3 a 23).

La AFP COLFONDOS S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no existió un engaño a la demandante y el traslado se efectuó de manera libre, voluntaria e informada. Expuso que la demandante no manifestó inconformidad alguna, ni retornó al RPMPD dentro del término que la ley le otorga. Resaltó que no ha vulnerado el derecho pensional de la actora, dado que, aquella puede obtener una pensión en el RAIS, siempre que cumpla con los requisitos legales. Precisó que la parte actora no especificó en qué consistió el vicio en el consentimiento, pues el error alegado es de derecho, por lo que no produce vicio en el consentimiento alguno. Adujo que conforme al artículo

1750 del Código Civil, la acción para declarar nulidad de la afiliación se encuentra prescrita. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado», «compensación y pago» y «inexistencia de perjuicios»(Exp. Digital: 009. Contestación 2019-744 Agosto 24, págs. 3 a 30).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 08 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS por el 20 de junio de 1994; así pues, condenó a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS a trasladar a SKANDIA S.A. las sumas de dinero que descontó por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros; condenó a SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió por concepto de aportes de la demandante junto con intereses y frutos civiles, incluyendo gastos de administración y seguros que sean trasladados por PROTECCIÓN y COLFONDOS. De otro lado, compulsó copias por falso testimonio a Fernando Bernal.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, conforme a las normas vigentes para el momento del traslado de la demandante, la decisión de vincularse a una determinada administradora le competía sólo a ella, quien en señal de aceptación debía suscribir un formulario de afiliación que cumpliera con los lineamientos de la Superintendencia Financiera, aunado a que los promotores e las AFP brindaran información clara, oportuna y suficiente para tomar tal determinación. Precisó que frente al traslado de régimen efectuado por medio de DAVIVIR, dedujo del formulario de afiliación y del interrogatorio de parte de la actora, que le habían informado que podía realizar aportes voluntarios, no obstante, aclaró que es necesario observar lo dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ en torno al deber de información de las AFP, mismo que debe ser acreditado por el fondo. Manifestó que la demandante indicó que había realizado el traslado a DAVIVIR de manera voluntaria, pese a que no tenía ningún conocimiento aparte de que podía hacer aportes voluntarios. Explicó que la afirmación de la demandante de que el segundo traslado fue efectuado bajo presión de su empleador carece de sustento probatorio, no obstante, recordó que lo que se debe revisar es si las AFP brindaron la información suficiente a la

demandante, circunstancia que no acreditaron los fondos demandados. Agregó que tampoco se acreditó que a la demandante le hayan brindado la información pertinente antes de que estuviera inmersa en la prohibición de traslado estatuida por la Ley 100 de 1993. Aseguró que pese a que PROTECCIÓN y COLFONDOS trasladaron los aportes de la actora en cuanto se desafilió a ellas, es menester que reintegren los gastos de administración y seguros previsionales. En cuanto a la llamada en garantía MAPRE SEGUROS DE VIDA S.A., expresó que no era procedente condenarla por concepto de un proceso que pretende la declaración de la ineficacia del traslado.

Con relación al testigo Fernando Bernal, precisó que faltó a la verdad por cuanto manifestó que la demandante inició en COLFONDOS y luego se trasladó a SKANDIA, siendo contrario a la realidad porque la misma inició cotizando en COLPENSIONES y se trasladó a DAVIVIR. Adujo que el testigo declaró que nunca tuvieron una reunión con los asesores de las AFP, contrario a lo afirmado por la demandante, quien dijo que sí había existido una reunión. Asimismo, recordó que lo expresado por el Señor Bernal fue totalmente contrario a lo declarado por Edgar Iván Molina.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, presentó recurso de apelación contra la decisión arguyendo que, la demandante no tiene el derecho de retornar al RPMPD en virtud del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Aseveró que según el interrogatorio de parte de la demandante no existió un vicio en el consentimiento, especialmente en el momento del traslado de régimen por medio de la AFP DAVIVIR. Adujo que la permanencia en el RAIS por parte de la demandante ha dejado claro su intensión de permanecer afiliada a tal régimen, aceptando todo lo que ello implica.

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación en torno a la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, argumentando que dichos emolumentos son descuentos autorizados por la ley a favor de las administradoras de ambos regímenes pensionales, en razón a la gestión de los recursos de los afiliados, precisando que fruto de la administración de PROTECCIÓN la demandante se vio beneficiada de unos rendimientos financieros. Añadió que según los lineamientos expedidos por la Superintendencia Financiera cuando se declara la ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, esto es, que se debe

trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, respetando los gastos de administración y la prima de seguro previsional, dado que es un monto que es pagado a una aseguradora que cumplió con su deber de cubrir las contingencias de invalidez y muerte. Explicó que el seguro previsional ya fue pagado mes a mes durante la afiliación de la actora a una aseguradora que funge como un tercero de buena fe.

La apoderada judicial de la AFP SKANDIA S.A., apeló la decisión de forma parcial, en relación a la devolución de los gastos de administración argumentando que conforme el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, no indica que se deban reintegrar los gastos de administración en caso del traslado de un afiliado, lo cual ha sido reiterado por la Superintendencia Financiera quien ha establecido que cuando se declara la ineficacia, sólo procede la devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, en consecuencia, carece de sustento jurídico la orden de devolver dichos emolumentos. Agregó que conforme al artículo 64 del CGP es procedente que la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., sea condenada a reintegrar los gastos de administración que la AFP le pagó con la finalidad de cubrir las contingencias de invalidez y muerte de la demandante, por lo que solicitó se revoque el numeral que la absolvió de todas las pretensiones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada AFP SKANDIA S.A., presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque parcialmente el fallo de primera instancia. La llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegatos solicitando se confirme el fallo, sin que se compulsen copias por falso testimonio del Señor Fernando Bernal, toda vez que el mismo narró hechos personales y no los de la demandante. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como

consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

En el plenario obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 pág. 32), en el que se registra como fecha de nacimiento el 8 de junio de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación,

[1] 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".

mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCIÓN el 27 de junio de 2019 (Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 págs. 33, 36, 41, 47 y 68), es decir, cuando evidentemente ya había cumplido la edad para adquirir el derecho 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, tenía 244 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones (Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 págs. 101 a 104), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte 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-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 02 de junio de 1994 (Exp. Digital: 007. Contestación PROTECCIÓN pág. 35), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las

AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (Exp. Digital: 007. Contestación PROTECCIÓN págs. 35 y 36), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la

demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (02 de junio de 1994, Exp. Digital: 001. 11001310503120190074400 págs. 35 y 36), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020). En se orden, tampoco hay lugar a ordenarle a la llamada en garantía el pago de tales gastos pues ellos están en cabeza exclusiva de las AFP accionadas.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional

no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Para finalizar, en cuanto a los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la parte demandante se destaca que pretende se revoque la decisión relacionada con la compulsa de copias a uno de los testigos, debe decirse que en esta instancia del proceso no está permitido por no ser el momento procesal pertinente, puesto que las inconformidades en contra de la sentencia proferida en primer grado, debió al momento en que la Juez A quo notificó la decisión por estrados, conforme lo indica el artículo 66 del CPT y de la S.S., al señalar:

> «Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria; interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente.»

Tal previsión guarda armonía con la instauración del principio de consonancia de la sentencia de segunda instancia en materia laboral que se encuentra regulado a continuación como artículo 66 A, según el cual la sentencia de segunda instancia, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, que no son otras que sobre las cuales se mostró y sustentó en su oportunidad la inconformidad del recurrente al momento de su formulación.

En ese sentido, queda resuelta tanto la apelación de los recurrentes como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARÍA ELISA ORTIZ JIMENEZ DA ROSA contra COLPENSIONES, AFP´S PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-028-2020-00019-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado por la parte accionada, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de abril de 2021. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora MARÍA ELISA ORTIZ JIMENEZ DA ROSA promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia y nulidad de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual –RAIS- a través de las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN, en tanto, no la asesoraron conforme a la ley, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS y PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos a COLPENSIONES, quien deberá recibir su traslado. Que se condene a COLFONDOS y PROTECCIÓN a tramitar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD y a asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo Ultra y Extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 23 de agosto de 1963 e inició a cotizar al Sistema General de Pensiones en junio de 1982 en cabeza del ISS, hoy COLPENSIONES, entidad en la cual cotizó hasta abril de 1994, fecha en la que efectuó su traslado al RAIS por medio de la AFP PROTECCIÓN, donde permaneció hasta marzo de 2003, dado que se afilió a la AFP COLFONDOS. Precisó que el formulario de afiliación suministrado por la AFP PROTECCIÓN indicó de forma errónea que la fecha de vinculación fue el 06 de marzo de 1998, pues se realizó y tuvo efectos a partir de mayo de 1994. Aseveró que las AFP demandadas incumplieron su deber de asesoría al no informarle sobre las diferencias entre ambos regímenes, ni el derecho de retracto, ni los riesgos del traslado, así como los factores que influyen al calcular el monto pensional en uno y otro régimen. Explicó que en 2019 se percató de que su mesada pensional en el RAIS sería de $2.340.089 pesos, mientras que en el RPMPD ascendería a $5.500.684, por lo que solicitó su traslado a COLPENSIONES, siendo negado por estar inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 100 de 1993 (Fls. 2 a 16).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP COLFONDOS S.A., contestó la demanda sin oposición a las pretensiones, manifestando que pese a que obró conforme a la ley, no se opone a un eventual traslado de la accionante al RPMPD, siempre que ello no conlleve una condena en su contra. No obstante, recordó que la demandante suscribió de forma libre, voluntaria e informada el formulario de afiliación a COLFONDOS, sin que mediara vicio en el consentimiento alguno y en ejercicio de su derecho a la libre escogencia del régimen. Argumentó que brindó la información suficiente, completa, veraz y objetiva a la accionada al indicarle que su pensión se calcularía sobre unas variables, tales como el capital acumulado, de forma que el monto dependería de ella y no de la AFP. Agregó que la actora tenía la posibilidad de alcanzar un monto pensional más alto en el RAIS, siempre que hubiera mantenido un nivel de cotizaciones constantes en el tiempo y el monto. Arguyó que cumplió con el deber de informar la posibilidad de retornar al RPMPD, toda vez que envió varias comunicaciones a los afiliados, a través de los medios de comunicación informando que podían hacer uso de tal derecho, por lo que pese a que la actora conoció esa posibilidad no regresó al RPMPD, contrario sensu, realizó traslados entre las AFP del RAIS, denotando su interés de permanecer allí. Formuló como excepciones de fondo las de «buena fe», «innominada o genérica» y «compensación y pago» (CD Fl. 65).

Por su parte, la AFP PROTECCIÓN S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando para tal efecto que la afiliación de la demandante al RAIS fue válida y exenta de vicios en el consentimiento, toda vez

que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontanea, dado que recibió una asesoría suficiente para decidir sobre el traslado de régimen. Aseveró que la firma del formulario de afiliación constituye una manifestación inequívoca de la voluntad de la actora de trasladarse al RAIS, aunado a que tal documento representa un contrato que creó derechos y obligaciones a cargo de ambas partes. Adujo que la declaratoria de nulidad o ineficacia debe ser fundamentada en la existencia de un vicio en el consentimiento, no en las expectativas económicas de la demandante, ni en la fórmula utilizada para liquidar la pensión en el RAIS, puesto que está consagrada en la Ley 100 de 1993. Resaltó que no es dable efectuar el traslado de la actora al RPMPD porque se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 100 de 1993. Explicó que en dado caso, no es procedente el reintegro de los fondos destinados a la garantía de pensión mínima, ni a los seguros previsionales porque fueron pagados a un tercero. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «traslado de aportes a porvenir» e «innominada o genérica» (CD Fl. 67).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, manifestando que el origen de las pretensiones no es la falta de información sino la inconformidad con el monto pensional que la actora recibiría en el RAIS, causando un perjuicio al fondo común de los afiliados de la entidad. Argumentó que el traslado efectuado por la demandante cumplió con lo estipulado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como existió una ratificación tacita del acto al haber realizado un traslado horizontal dentro del RAIS. Agregó que conforme al Decreto 2241 de 2010 la actora tenía el deber de estar al tanto de su estatus pensional, como afiliada al Sistema General de Pensiones, aunado a que no es dable efectuar el traslado de régimen en virtud de la prohibición de traslado estipulada en la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «hecho de la victima/afiliado», «perfeccionamiento del acto inexistente», «saneamiento de nulidad», «protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero», «inexistencia del derecho», «pago de lo no debido», «prescripción y caducidad» e «innominada o genérica» (CD fl. 69).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 19 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al RAIS por medio de la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., en mayo de 1994 y la declaró válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos, con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración o seguro de invalidez y sobrevivencia.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aclaró que no es dable decir que la actora se afilió al RAIS el día 06 de marzo de 1998 porque según la historia laboral, la AFP PROTECCIÓN comenzó a registrar cotizaciones a favor de aquella, en mayo de 1994, aunado a que, el representante legal de la AFP admitió que el formulario de afiliación tiene algunos errores, incluida la fecha de diligenciamiento, en consecuencia, consideró que su traslado fue efectuado en mayo de 1994. Precisó que es procedente estudiar la ineficacia del acto, tal como lo ordena el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y en consonancia con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, que ha establecido que para que el traslado de régimen sea válido es menester que la AFP haya suministrado una información completa, clara, objetiva y oportuna sobre las implicaciones de tal decisión, teniendo en cuenta las condiciones específicas del afiliado. En ese orden, recordó que era obligación de la AFP PROTECCIÓN acreditar las circunstancias que rodearon el traslado de régimen de la actora y que su decisión estuvo precedida de una asesoría completa y oportuna sobre ambos regímenes pensionales, de tal suerte que su consentimiento fuera informado. No obstante, encontró que no se allegaron pruebas que permitieran deducir que la demandante recibió la información en los términos expresados por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisando que no se incorporó al plenario un documento idóneo para tal fin como una proyección pensional, contrario sensu, los documentos aportados como las políticas de PROTECCIÓN y los comunicados de prensa, no demuestran que la actora haya recibido información clara y oportuna al momento de su traslado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la ADMNISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, apeló la decisión argumentando que, existió un perfeccionamiento del acto inexistente conforme al artículo 898 del Código de Comercio y a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en

tanto, la demandante no realizó actos que permitieran deducir su inconformidad con el RAIS, toda vez que cotizó una densidad de años considerable que no denota que la falta de información sea contraria al perfeccionamiento del acto. Aseveró que existió un perfeccionamiento de actos de relacionamiento, en concordancia con algunas sentencias de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, por cuanto existieron actos que denotan la vocación de la actora de permanecer en el RAIS, así como confluyeron todos los elementos para formar con plena convicción su decisión de hacer parte de tal régimen. Agregó que el juicio de nulidad se soportó en intereses económicos y no en argumentos jurídicos. Recordó que la finalidad de la norma y de la jurisprudencia que la apoyan, es proteger al afiliado o pensionado del RAIS, de allí, que a su juicio, resulte más favorable que la demandante permanezca afiliada al fondo privado, en tanto, recibiría sumas que no va a pagar COLPENSIONES, como lo atinente a la responsabilidad extra contractual por el incumplimiento del deber de asesoría profesional e información por parte de los fondos privados.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionada COLPENSIONES presentó alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando se revoque el fallo de primera instancia. A su turno, la parte actora presentó alegaciones en similares términos a lo expuestos en el libelo inicial, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

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 2002[1].

A folios 17 y 18 del expediente obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como su fecha de nacimiento el 27 de agosto de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS el 31 de octubre de 2019 (Fls. 19 a 35), es decir, cuando evidentemente estaba menos de 10 años de cumplir la edad exigida para adquirir el derecho 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 contaba con 348 semanas de cotización, equivalentes a 6 años, 9 meses y 6 días (CD. fl 69), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002.

No obstante lo anterior, pretende la parte 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

[1] 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".

Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció en mayo de 1994 (CD. fl 30), específicamente, conforme la información registrada el formulario a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., pese a que el mismo presenta inconsistencias en lo referente a la fecha de diligenciamiento.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene 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 está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar que brindó la información a cada afiliado al momento de la vinculación, surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha 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 allegar, 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 parte actora al fondo accionado la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante 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 no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fl. 30), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (mayo de 1994, fl. 30 y CD fl.67), 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 ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el 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, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no 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 alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

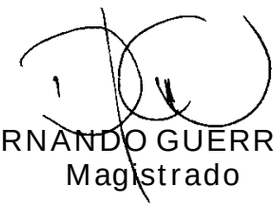
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

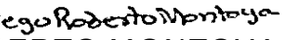
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D.C. – SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARIA LILIAN SALDARRIAGA GÓMEZ contra ALVARO VÉLEZ Y CÍA SAS Rad. 110013105-033-2016-00565-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES

La señora MARIA LILIAN SALDARRIAGA GÓMEZ pretende se declare LA existencia de un contrato a término indefinido de trabajo entre ella y la sociedad ALVARO VELEZ & CIA S.A.S (antes AVEL Y CIA LTDA), entre el día 17 de marzo de 1986 y el 20 de Mayo de 2016; que su remuneración mensual durante el último año ascendió a la suma de $2.450.313,oo compuesto por un sueldo básico y comisiones. Que se ordene a la demandada reconocer y pagar lo concerniente a la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, a la indexación, lo extra y ultra petita, más las costas y agencias en derecho.

En síntesis, las pretensiones se sustentan en la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que inició en el cargo de secretaria ejecutiva, cuya duración tuvo vigencia entre el día 17 de marzo del 1986 y hasta el día 20 de mayo de 2016, con asignación salarial promedio de $2.450.313 mensuales, compuesta por un salario básico de $2.000.000 y un ingreso promedio mensual variable de $450.313,oo, siendo su último cargo el de directora oficina Medellín. Que la terminación del contrato laboral lo fue por renuncia motivada por justas causas

atribuibles a la demandada ALVARO VELEZ & CIA S.A.S., según renuncia de fecha 16 de mayo de 2016. Afirmó que aproximadamente 6 meses antes de cumplir los 57 años de edad que le permitían adelantar el trámite de pensión, de jubilación, el empleador a través del Auditor Interno, realizó llamadas ofreciendo su ayuda e intermediación, para agilizar la obtención de la pensión, requiriéndola para que esta presentara su solicitud ante COLFONDOS. Para el mes de julio de 2015, le había manifestado a su empleador su intención de seguir laborando hasta los 60 años, ante lo cual fue objeto de varias llamadas por parte de la subgerente de la compañía y conyugue del representante legal, instándola para que desistiera de dicho interés. Adujo igualmente, que previa consulta ante COLFONDOS, le manifestaron que ella podría, si era su voluntad, laborar hasta la edad de 60 años y pensionarse sexagenaria, ante lo cual ella optó por esta opción y adelantó el trámite para su traslado a COLPENSIONES, desconociendo que para esta fecha (6 meses ante de cumplir 57 años) no tenía conocimiento del cierre de la oficina ya que este fue anunciado verbalmente el 08 de abril de 2016. Igualmente afirmó, que el empleador a través de uno de los servidores de la compañía, realizó llamada al abogado que adelantaba el mencionado trámite de traslado de COLFONDOS a COLPENSIONES para que convenciera a la hoy demandante de desistir de la acción incoada, para en su lugar adelantar los trámites de la pensión ante COLFONDOS. Agregó que en el mes de octubre de 2015, se le hizo llegar un otro si al contrato de trabajo por medio del cual se modificaban ostensiblemente las condiciones inicialmente pactadas, incluso estableciendo metas de productividad, comerciales, laborales y administrativas y similares, además se le advirtió que el incumplimiento a las nuevas condiciones laborales, constituían causal justa para terminación de contrato y siendo que ante tan desventajosas condiciones para ella, ella se negó a suscribir este documento en virtud de lo cual no produjo efecto contractual alguno. De igual modo, se le hizo llegar un acuerdo confidencial por medio del cual se le determinaba la imposibilidad de laborar durante los siguientes 10 años a la terminación del contrato laboral en cualquier actividad que compitiera con la actividad de la empresa hoy demandada, estipulándose una sanción de $100.000.000 en caso de que se incumplieron las obligaciones de este acuerdo, el cual tampoco suscribió. Aduje que las causas que motivaron su renuncia hacen alusión a una misiva que data del día 14 de abril de 2016, por medio de la cual, el empleador le comunicó que debía trasladarse a la ciudad de Cali o Bogotá a elección de esta, por el cierre definitivo de la sede de Medellín, escrito que le fue entregado en la ciudad de Bogotá, hasta donde se trasladó por citación de las directivas de la hoy demandada. Allí se le ofreció que se le mantenía el salario, prestaciones y horario laboral, igualmente se le ofreció tiquete de ida y regreso para la trabajadora y su cónyuge a la ciudad donde laborara, subsidio de vivienda 3 meses, subsidio de alimentación y transporte por 3 meses,

mudanza de la ciudad de Medellín a la ciudad de Cali o Bogotá. Sin embargo, no se le estableció cual sería la cuantía de los subsidios de alimentación y transporte, así sea que le prometieron tales pagos únicamente por el término de 3 meses. Manifestó que en forma verbal y en aras de transar lo concerniente a la terminación del contrato por parte del empleador, encontrándose en la ciudad de Bogotá se le hizo una oferta por parte del hoy demandado, por el equivalente a un año de salario devengado, propuesta ésta que no fue aceptada. Que dio respuesta a la orden de traslado el 21 de Abril de 2016, advirtiendo que las condiciones en que le fue propuesta le crea un imposible respecto de sostener un equilibrio financiero, familiar y emocional, desmejorando su status de vida y fragmentando su unidad familiar; advirtiendo las consecuencias de separarse de su esposo y las restricciones que para ella y su unidad familiar conlleva la aplicación del ius variandi invocado por la persona jurídica hoy demandada. Igualmente expuso como sustento de su renuncia motivada, lo que ya había advertido en el escrito que data del 21 de abril de 2016, en el sentido de que el invocado IUS VARIANDI no constituye una facultad absoluta del empleador, advirtiendo que las variaciones del contrato deben ser necesariamente negociadas y documentadas por las partes en pro de los derechos fundamentales de la hoy demandante. Resaltó, además que en lo que respecta a la gerencia general no tuvo comunicación alguna ni respuesta respecto de las negociaciones previas al traslado anunciado. Igualmente adujo que dichas comunicaciones se dieron a través de empleados subalternos, destacando que el Revisor fiscal, en visita que este efectuó el día 02 de mayo de 2016 a la sede de Medellín, con el fin entre otros de tramitar su cierre, le hostigo y acoso para que modificara la actitud de esta y su decisión frente al traslado que le había anunciado su entonces empleador; así como que la instaba a no llevar a la compañía a un pleito. Que motivó igualmente su renuncia en el hecho de que durante 18 días estuvo a la espera de una respuesta por parte de su empleador, lo cual le generó trastornos de sueño, crisis de llanto, nerviosísimo y estrés general habida cuenta la certidumbre que le representaba su traslado a otra ciudad y la presión a la que estaba siendo sometida. Que en dicha misiva de dimisión como referencia histórica, la paulatina degradación a la que fue sometida en alusión a memorando de gerencia general del 27 de marzo de 2015, por medio del cual se le informó respecto de la restructuración administrativa comercial, prohibiéndosele la labor comercial y restringiéndola a laborales secretariales y de mensajería, ello en detrimento del cargo que ocupaba en dicha fecha de directora de oficina, desmejorando las condiciones laborales generando su devaluación como profesional; concluyendo que todo ello demuestra las estrategias utilizadas para provocar su renuncia, recalcando el que a pesar de haber solicitado se estudiaran las razones de no aceptación del mismo, no obtuvo respuesta al respecto, recordando lo concerniente a la situación familiar y de salud,

el lugar y tiempo de trabajo las condiciones salariales y el comportamiento de ella durante 30 años de relación laboral, así como la imposibilidad de que su cónyuge pudiera obtener un traslado en lo que al trabajo de este se refiere o el que pudiera obtener uno nuevo en otra ciudad. En el mismo sentido mi aludió a la cónyuge del señor gerente general de la compañía, el que esta le manifestó que no sería despedida, ni indemnizada, habida cuenta que solamente le faltaba iniciar el trámite ante COLFONDOS para obtener su pensión al cumplir los 57 años de edad, desconociendo que la demandante ya había manifestado su intención de trabajar hasta los 60 años. Expresó, asimismo, que fue víctima de acoso laboral, al ser incomunicada sin haberse dado el cierre definitivo de la oficina de Medellín, ya que todas las llamadas fueron desviadas a la ciudad de Bogotá, así como que en dicha oficina se fijó un aviso de «se arrienda» por parte de la inmobiliaria ABAD FACIOUNCE en fecha anterior incluso a la terminación de su contrato laboral. Alegó que en su escrito de renuncia reiteró el afán de la demandada de provocar su renuncia, destacando el hecho de no poder obtener indicaciones acerca de quien recibiría su puesto de trabajo y el acta de entrega de su cargo, no obstante haber intentado comunicación, desde el 12 de mayo de 2016 y hasta el día 14 del mismo mes y año, mediante correos electrónicos de los cuales solo uno fue respondido sin instrucciones precisas y obviando dar respuesta a su interrogante de a quién haría estas entregas; que ante la omisión de respuesta, se vio en la necesidad de buscar un tercero como testigo del cierre de la oficina y los bienes que en ella se dejaban; tercero que finalmente suscribió con la hoy demandante el acta de entrega y cierre de oficina. Resaltó que el documento contentivo de la Liquidación definitiva del contrato, traía espacio para ser suscrito por el trabajador, no obstante, lo cual si bien realizó su reenvío se abstuvo de firmar, adjuntando documento en el que explicó las causas que no le permitían suscribirla, aduciendo entre otros el argumento de que la empresa y ella en ningún momento habían llegado a una transacción y en consecuencia no podía otorgar un PAZ y SALVO. En ese sentido, concluyó que las justas causas que motivaron su renuncia son atribuibles al entonces empleador y hoy demandado ALVARO VELEZ & CIA S.A.S, surgiendo en su favor la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, pues las actitudes asumidas por la accionada, dejaban ver que la propuesta de traslado por demás ambigua constituían una estrategia para ponerla frente a un imposible personal, familiar, social y profesional, con el único fin de provocar su renuncia. Por lo anterior y en aras de llegar a un acuerdo conciliatorio respecto de sus derechos indemnizatorios, citó a su entonces empleador ante el Ministerio del Trabajo Dirección Territorial de Antioquia, pero no hubo ánimo conciliatorio por parte de la demandada (fls. 2 a 18 y 81 a 98).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa demandada ALVARO VÉLEZ Y CÍA SAS contestó la demanda indicando que no se oponía a la existencia del contrato de trabajo, sus extremos y el salario devengado; a las demás pretensiones se opuso argumentando que en el presente caso no se dan los fundamentos facticos y jurídicos que permitan precisar y demostrar la existencia de un despido indirecto, conforme los lineamientos establecidos en el artículo 64 del CST, más aún cuando existe renuncia por parte de la trabajadora a su cargo y renuncia en no querer acogerse a las condiciones laborales impuestas por el empleador; y que precisaba era una actitud caprichosa en desconocer las ordenes que le eran impartidas por su empleador. Agregó que la carta de renuncia que fuera presentada por la parte actora, en ningún momento precisa con claridad, cuáles son las motivaciones atribuibles al empleador, en donde se mencione que esta ha incumplido de forma sistemática sus obligaciones como empleador y que es su deseo seguir incumpliendo, por el contrario, lo manifestado por la parte actora, es su no deseo de continuar laborando al servicio de la empresa, al no aceptar las nuevas condiciones contractuales que únicamente variaron en lo relacionado, con la sede en donde esta debería desarrollar sus labores. Además, ello en perjuicio, que la condición del traslado no se llevó a cabo, ya que la misma renunció antes que ello se diera, por lo que no se podía precisar de incumplimiento a obligaciones en periodos futuros e hipotéticos, como se presenta en el caso en particular, es decir, que no dio un hecho material de incumplimiento, es por ello que a la parte actora no se le adeuda suma de dinero alguna. Por lo anterior, no se daban los elementos objetivos para que se pudiese hablar de despido indirecto, por cuanto y en especial no existen elementos que permitan inferir la existencia de un incumplimiento sistemático del empleador. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia de despido indirecto y cobro de lo no debido», «cumplimiento de los requisitos legales y acorde a la jurisprudencia para el uso del ius variandi», «buena fe» y «excepción genérica» (fls. 190 a 205).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 25 de marzo de 2021, absolvió a la demandada respecto de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declaró probada la excepción de inexistencia del despido indirecto y cobro de lo no debido; finalmente condenó en costa a la parte actora.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, señaló que si bien el cambio de ciudad en la que ha de desarrollarse la prestación personal del servicio podía implicar un

cambio o alteración al entorno familiar y social de la trabajadora, lo cierto es que la simple inconformidad a aceptar el traslado no resultaba suficiente para acreditar la desmejora en las condiciones laborales de la trabajadora. A pesar de haberse manifestado algunas razones tales como los costos de vida y diferencias de temperatura entre la ciudad de Medellín, Cali y Bogotá, sin que dentro del proceso se haya acreditado cuál era el perjuicio que se sufriría en caso de aceptar el traslado. Agregando que los subsidios y condiciones ofrecidas a la demandante en efecto tenían como objeto garantizar y preservar las condiciones de vida de ésta, sin que en efecto se hubiera alcanzado a materializar el perjuicio alegado, pues la demandante renunció a su puesto de trabajo antes de siquiera haberse realizado el traslado. En tal sentido, no consideró que la facultad del ius variandi haya sido ejercida de manera arbitraria, sino por el contrario, la misma obedeció a la situación económica y financiera de la empresa a fin de mantener vigente el contrato de trabajo con la demandante. En cuanto al Acoso Laboral, señaló que las pruebas practicadas resultaron insuficientes a efectos de demostrar que en efecto se hubiesen presentado agresiones verbales en contra de la demandante, así como que se realizó un cambio de funciones ajenos a su cargo, suprimiéndose algunas de sus funciones como directora, todo lo anterior a fin de provocar su renuncia; tampoco se acreditó que se hubiera acudido al Comité de Convivencia de la empresa o ante el Ministerio del Trabajo a fin de poner en conocimiento las conductas de persecución laboral alegadas. En ese sentido, concluyó que los motivos de renuncia no pueden ser imputables al empleador, pues los mismos obedecen a consideraciones del fuero personal de la demandante, sin que se hubieren encontrado acreditadas las conductas de acoso laboral ni el indebido uso del ius variandi por parte del empleador.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual sustentó considerando en relación con el ius variandi que conforme a las pruebas se tenía un documento de octubre de 2015 en el cual a la demandante se allegó otrosí, por medio del cual se le anteponía una serie de condiciones labores que restringían notablemente los derechos adquiridos en cuanto a su experiencia, habida cuenta que fue trabajadora de la compañía por más de 30 años, elemento que no se valoró en el fallo. Que en tal documento se le desmejoraban las condiciones laborales, se le reducían el salario y las comisiones, e incluso, se le impuso una cláusula que le restringía ejercer actividades de la misma índole, que ejercía en calidad de Directora de Oficina, con una cláusula penal de $100.000.000, lo cual demuestra que desde octubre de 2015 se estaban estableciendo una serie de condicionamientos que restringían ostensiblemente los derechos de la actora, tanto así, que ella ante tan

abrupta situación y tan evidente desmejora de sus condiciones, las rechazó. Que lo anterior, surgió por haberle manifestado su intención a la compañía de laborar hasta los 60 años edad en aras de mejorar sus condiciones pensionales, a raíz de lo cual la demandada inició una serie de actividades encaminadas a modificar la voluntad de la actora. Que esos dos elementos históricos eran de vital importancia en el contexto del ius variandi, no en las circunstancias, lo cual empata con un documento de traslado del 14 de abril, donde se enuncia que a ella se le va a otorgar una prima de alimentación y una de vivienda, pero que no se le estableció el monto de la misma, para que ella pudiera razonar si esa condición era o no favorable a sus intereses, si ese ofrecimiento suplía las condiciones que tenía a ese momento. De modo que no se valoró esa situación, precisando que sus condiciones variaban y que históricamente debe valorarse esas condiciones que expuso la demandante. En cuanto al acoso laboral, sostuvo que este también se establece en un contexto, pues la actora fue muy clara en indicar que se le variaron sus condiciones, tal como lo relató en el interrogatorio; que ella fue enviada a un ostracismo laboral en pos de ejercer presión, fue confinada a una oficina, fue incomunicada, habiendo pruebas documentales, como correos donde claramente ella preguntaba qué debía hacer, lo anterior concomitante con el elemento histórico de octubre 2015, una variación salarial que ella no aceptó, un reproche de no haber aceptado la pensión a los 57 años, lo cual concluyó en que ella no tuviera otra opción que dimitir de su cargo, el cual ejerció por más de 30 años. En ese orden de ideas, señaló no ser cierto que la demandada haya suplido a cabalidad los elementos jurisprudenciales traídos a colación en la demanda, relativos al correcto uso del ius variandi, señalando que todas ellas con claras en exponer el principio de favorabilidad, el cual no se tuvo en cuenta en el fallo apelado, puesto que hay una serie de dudas en torno a que si efectivamente la actora estaba o no en condiciones de aceptar la propuesta, si efectivamente estaba o no en condición de aceptar la ciudad de Bogotá o Cali, siendo clara en afirmar que no se trataba del sitio o la sede, sino de su situación familiar y arraigo. Concluyó solicitando que se verifique el interrogatorio de parte de la actora, los coreos electrónicos en los cuales solicitó de su empleador le diera instrucciones claras de las funciones asignadas, sin obtener respuesta; se verifique el contenido del otrosí, las manifestaciones atinentes que ella no aceptó hacerse acreedora a la pensión a la edad de 57 años de edad, lo que motivó un descontento y rechazo de su empleador; de modo que las reglas de la experiencia y las leyes de la lógica establecen que el empleador estableció una serie de maniobras encaminadas a obtener de ella o un traslado en condiciones manifiestamente inferiores, desventajosas para sus intereses personales y familiares, ora que ella renunciara a su trabajo, lo cual ocurrió pero motivadamente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primer grado. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión en atención a lo preceptuado en los artículos 66 y 66A del CPTSS, determinar si hay lugar a elevar condena por concepto de indemnización por despido indirecto.

CONSIDERACIONES.

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que entre las partes existió un contrato de trabajo desarrollado entre el 17 de marzo de 1986 y el 20 de mayo de 2016, el cual terminó de manera unilateral por parte de la demandante, tal como lo admiten las partes y se corrobora con la documental vista de folios 25, 26, 29, 142 a 150, así también lo consideró el juez a quo y no fue objeto de debate por las partes.

DESPIDO INDIRECTO

Ahora bien, en cuanto a la resolución del problema jurídico concerniente a la figura del despido indirecto, como ya se expuso fue la parte demandante quien puso fin al contrato de trabajo; al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en las CSJ SL3288-2018 y SL3288-2018, ha expuesto que es la parte demandante quien tiene la carga de probar las razones sobre las cuales da por terminado el vínculo contractual, puntualizando:

> «Primeramente cabe recordar, que, dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo,

> y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.
>
> Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa» (resaltado de la Sala).

De igual modo, el Alto Tribunal ha establecido que «aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador; pero sí este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados[1]».

Y en la misma línea señaló: «(…) téngase en cuenta que la carta de renuncia lo que acredita son los motivos que tuvo quien decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo, para el caso la demandante, pero en manera alguna tiene la entidad suficiente para probar su efectiva ocurrencia y menos que sean configurativos de la justa causa, por lo que a la actora le correspondía demostrar por otros medios de convicción que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador, es decir su justificación, labor que no cumplió[2]» (resaltado de la Sala).

Sin que en este evento se active la presunción establecida en el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, pues esta solo aplica para el despido directo, que no es lo alegado en este caso por la parte demandante.

Así las cosas, se aprecia para tal efecto que la demandante aportó documento de folios 58 a 64, fechado 16 de mayo de 2016, el cual refiere a la «RENUNCIA

[1] CSJ SL Radicado 5543
[2] Sentencia CSJ SL Radicado 54138

MOTIVADA E IRREVOCABLE, PROVOCADA POR LA EMPRESA ÁLVARO VÉLEZ & CIA SAS», cuyo sustento se efectuó en los siguientes términos:

«Como es de su pleno y previo conocimiento, mediante comunicado calendado a 11 de abril de 2016, recibí la orden escrita de trasladarme a la ciudad de Bogotá a efectos de tratar temas generales de la oficina de la ciudad de Medellín. el día 14 del mismo mes y año a las 9:30 a.m.

Una vez allí, se dio lectura por su parte, a la comunicación en la que se me anunciaba la decisión de la compañía de reubicarme en las ciudades de Bogotá o Cali, a mi elección, a partir del 1° de Junio de 2010, debido al cierre de la sede en Medellín, por el bajo índice de ventas en los dos últimos años y apoyados en el IUS VARIANDI (derecho de variación) el cual le otorga al empleador las facultades de modificar las condiciones laborales del trabajador; comunicación en la que además de señalarme que mi "... salario, prestaciones y horario laboral quedarán incólumes...", se me ofreció: *Un tiquete de ida y regreso para mi cónyuge y para mí; *Subsidio de vivienda, alimentación y transporte por tres meses;*Mudanza de la ciudad de Medellín a la ciudad de Cali o Bogotá; *Licencia de 15 días remunerada a partir del día 16 y hasta el 31 de mayo de 2016, para adelantar los trámites de mi traslado; agradeciendo finalmente mi compromiso con la compañía.

En dicha entrevista se me concedió un plazo de una semana para responder, al tiempo que se me recomendó que lo hiciera pronto, tomándome la semana completa ante lo delicado de la situación que requería asesoría. En el trascurso de esa semana siguiente, recibí los días martes y miércoles llamada de su cónyuge, Sra. María Vitoria Peláez de Vélez en las que además de interesarse por el trascurso de las actividades de la oficina, se me requirió para la respuesta a la carta enviada expresando de mi parte que la carta tendría respuesta en esa misma semana.

El día viernes 22 de mayo de 2015, su señora esposa, me contactó telefónicamente anunciándome el recibo de mi respuesta y manifestándome que en la misma no estaba proponiendo nada, razón por la que le solicité se le diera lectura con atención, teniendo en cuenta que en ella estaba invocando una flagrante violación a mis derechos como trabajadora al expresar que con el traslado se vendrían a menos mis situaciones económicas, laborales, sociales, emocionales y de salud, al que con ello dejaba claro mi imposibilidad de traslado.

Conocedora como se y do que la reubicación geográfica no es facultad omnímoda del empleador y de que el IUS VARIANDI tiene como límite el respeto a los derechos fundamentales, lo que implica que para que pueda admitirse como límite la novación objetiva de las condiciones del contrato, estas necesariamente deben ser negociadas y documentadas por las partes en forma previa a la instrumentación de los cambios, quedé a la espera de una respuesta de la gerencia, sin que se produjera en tiempo oportuno ninguna, pues en adelante mis escasas comunicaciones con la misma (la empresa) se dieren a través de empleados subalternos de la compañía, a excepción de la visita el día 2 de mayo de 2018, a la ciudad de Medellín por parte del Sr. Alfredo Cortés González directivo (Revisor fiscal) que vino a tramitar el cierre de la sede de Medellín en Cámara de Comercio y Administración de Impuestos (que a la postre resultó infructuosa al no traer la documentación requerida) y con quien departí por espacio de todo un día, durante el cual insistió de manera por demás insoportable, modificara mi actitud y mi decisión, al tiempo que me instaba a no avocar a la compañía a un pleito, razón por la cual, sintiéndome hostigada y acosada le reiteré que mi posición era inamovible manifestándome al momento de dejarlo en el hotel a las 2.30 p.m.. nos veríamos en la oficina y que esperaba que a las 5:00 p.m. hubiera cambado de parecer insistiendo en ello hasta el momento de salir de la sede hacia el aeropuerto intimidándome además con que en futuras ocasiones no sería él quien viniera sino otro u otros empleados de la compañía.

Durante diez y ocho (18) días estuve pendiente de una respuesta, que no llegaba, sin que se definiera mi situación, en los cuales padecí (y aún padezco) trastornos del sueño, crisis de llanto, nerviosismo y en general estrés, ante la incertidumbre que ello me genera y ante la situación de presión a que estaba siendo sometida.

Finalmente, el día 11 de mayo de 2016 (a solo 3 días de producirse el cierre de la compañía), llegó a mis manos, una carta dirigida en la guía a ALVARO VÉLEZ & CIA S.A.S, que al abrir estaba dirigida a mí y que me fuera entregada por el portero del edificio, (fechada a mayo 8), en la cual palabras más palabras menos, se me informó que la decisión de la empresa seguía vigente y que para efectos de no ocasionarme un

desequilibrio financiero se me reiteraban las ofertas y condiciones plasmadas en la comunicación inicial, debidamente enumeradas con anterioridad.

La comunicación mencionada obtuvo su respuesta el día jueves 12 de mayo de la presente anualidad, recibida en la compañía a las 17:40 (según guía 999027224114 de la empresa DEPRISA) y en la misma además de confirmar lo contenido en la respuesta a la comunicación primera, en cuanto a los daños que se me irrogaban no resarcibles por la compensación económica ofrecida por la Compañía, manifesté que: "...la posición por mi asumida es inquebrantable y no obedece a un capricho sin sentido, ya que como ustedes saben, porque verbalmente y por escrito lo he expresado, no me encuentra en condiciones ni familiares, ni emocionales, ni mucho menos económicas, de aceptar un traslado a ninguna otra dudad y mucho menos me encuentro en situación de presentar una renuncia en las condiciones por ustedes pretendidas, echando por la borda 30 años de servicio en los que incondicionalmente y con compromiso estuve al tanto de todas mis labores, incluidas aquellas que por la condición de mi cargo, no me correspondía desplegar."

Enfaticé en mi imposibilidad económica para atender las obligaciones contraídas en Medellín a la par de las que por fuerza tendría que contraer en otra cualquiera de las dos ciudades, en el desequilibrio emocional que me propiciaría la separación de mí cónyuge, de mis familiares y amigos cuando toda mi vida la he vivido en Medellín y además enfaticé en la ruptura de mi núcleo familiar pues es claro que mi cónyuge no podría acceder m a un traslado dentro de su empleo actual, ni acceder a uno nuevo.

Lo anterior sin contar con que la empresa se comprometía a mantener "incólume", un salario al que desde trace muchos años no se le aplica el índice inflacionario, implicando todo ello un deterioro de mi estatus de vida no solo material sino emocional.

En muchas ocasiones soporté el trato insolente que se me dio de su parte y de su cónyuge (no siendo ésta tan agresiva y desobligante como usted), pero debo reconocer que jamás desplegó usted tanto irrespeto hacia mí, como cuando al momento del despido del Señor LINO DE JESÚS ZULUAGA, sin justa causa, producido el día sábado 28 de noviembre de 2015, en las horas de la mañana, momento en la que se le exigió sacara de las instalaciones de la empresa todos sus artículos personales entre ellos sus libros de estudio, ese mismo día, le solicité al momento de recibir su llamada que se le permitiera sacar todos sus implementos el día lunes siguiente, pues tenía clase ese sábado a la 1:00 p.m., en la facultad de Derecho de la Universidad Luis Amigó.

Jamás esperé que la sola solicitud generara tanto desborde de agresión, pues si bien recuerda, fui amenazada con llamar a la policía e impartirle la orden de sacar forzadamente a quien había sido su empleado durante 27 años y para que en consecuencia no le fuera permitido el ingreso a la oficina el día lunes 30 de noviembre de 2015, todo cual si estuviera con delincuentes, para finalmente y antes de colgar abruptamente el teléfono lanzar su lapidaria frase: "de usted me encargo después".

Fui paulatinamente degradada, respecto del cargo que como responsable directa de la oficina de Medellín estaba supliendo desde noviembre 26 de 1993, según acta número 19 de la junta da socios suscrita por la señora María Victoria Peláez de Vélez, como presidente, Álvaro Vélez de la Rosa, como gerenta y Excelina Ruiz Suarez como secretaria (ratificada según comunicado suscrito por usted como gerente general calendado a 28 de septiembre de 2013), cuando al recibir el Memorando de Gerencia General del 27 de marzo de 2015, se nos informó acerca de la Reestructuración Administrativa y Comercial y se me puso a trabajar bajo las órdenes de personal recién llegado, (Mónica Muñoz y Camilo Salazar) prohibiéndoseme la atención al público y a las agencias, es decir vedándoseme toda labor comercial y restringiéndoseme casi que a labores secretariales y de mensajería, no obstante lo cual se me seguía exigiendo como si estuviera ejerciendo mi cargo de directora de oficina; y ahora se me pretende seguir degradando mediante un traslado a la ciudad de Bogotá o Cali, en condiciones precarias e infamantes, cuando he trabajado durante 30 años con la misma empresa y en la ciudad de Medellín, no obstante haber solicitado oportunamente fueran estudiadas las razones que aducidas para no aceptar un traslado a ninguna de las dos ciudades, que se encuentran plasmadas en ambos escritos de respuesta, a saber: Mi situación familiar, Mi estado de salud y el de mis allegados, Mi lugar y tiempo de trabajo, Mis condicionas salariales y Mi comportamiento como empleada durante 30 años de relación laboral, aunado a ¡a imposibilidad de obtener un traslado para mi cónyuge, o la consecución de un nuevo trabajo, todo lo cual demuestra claramente que se me han vertido desmejorando mis condiciones laborales, generando por parte de mi empleador mi devaluación como

profesional; lo cual demuestra las estrategias utilizadas en mi contra para provocar una renuncia que jamás consideré presentar en forma espontánea y voluntaria.

Ha sido tal el hostigamiento al que me ha sometido la empresa que usted gerencia, que se llegó hasta el extremo de hacer una llamada al abogado JOSE LUIS ROLDÁN GRAJALES, quien asiste mis intereses en proceso laboral, tendiente a obtener mi reintegro a COLPENSIONES, para que me convenciera de desistir de esa pretensión y para que en su lugar empezara a tramitar el bono pensional con COLFONDOS, para poder dar así por terminado mi contrato.

Todo lo señalado en párrafos anteriores los ha hecho incursos en las causales de acoso y persecución laboral y en la vulneración de todos mis derechos laborales, constitucionales y legales.

Además de lo anterior, resalto de su parte el haber tratado de infringirme temor, con sus repetidas y constantes amenazas de despido, con sus expresiones de desagrado ante el hecho de que manifestara a su cónyuge mi ánimo de no pensionarme hasta los 60 años (actualmente cuento con 57), y de su señora esposa el hecho de haberme manifestado que mis intentos de obtener un traslado a COLPENSIONES sería inútil (Ya que en éste momento me encuentro en un fondo privado), retándome a que le demostrara que iba a salir avante en mis pretensiones y obsequiándome copia de una resolución que avalaba su dicho, para decirme finalmente que sentía “pesar” de mí por estar gastando plata en un abogado cuantía no obtendría una decisión a favor. Así mismo resalto que con ocasión de mi negativa a firmar un “Otro Si” al contrato de trabajo y acuerdo de confidencialidad fechado a 23 de octubre de 2015, se me exigió expidiera una justificación de mi negativa a firmarlas, lo que efectivamente hice explicando que lesionaba mi situación laboral actual, actitud por la cual fui sometida a constantes cuestionamientos, puesto que según palabras de su señora esposa, todos los demás lo habían firmado.

De otra parte su cónyuge, me manifestó, que por ser mi caso especial no sería ni despedida, ni indemnizada, y no debía contar con eso porque no me faltaba nada para pensionarme, solo iniciar el trámite ante COLFONDOS y no estaba dispuesta a esperarme tres (3) años, cuando además consideró, según sus propias expresiones, que el hecho de estar tratando de ser nuevamente admitida en COLPENSIONES, había levantado una pared entre la empresa y yo, lo que no tenía ningún asidero o justificación, puesto que este intento no lo hice cuando tuve conocimiento del cierre de la sede de la compañía en Medellín, sino a mediados del año 2015, no teniendo una cosa nada que ver con la otra, no pudiendo ustedes predicar una conducta de mala fe de mi parte.

Fui también víctima del más grave acoso, al ser incomunicada sin haberse dado el cierre definitivo de la oficina en Medellín cuando se presentó el empleado de VOX COM a desviar todas las llamadas de la oficina hacia Bogotá, el día 12 de mayo de 2016 y al posteriormente presentarse un empleado de la inmobiliaria ABAD FACIOLINCE, a fijar aviso de “SE ARRIENDA”, en la puerta de ingreso a la oficina, solicitándonos que saliéramos de ella para tomar fotografías al inmueble.

Reitera el afán de !a compañía de provocar mi renuncia y el incurrir una vez más en actos constitutivos de acoso laboral cuando se examina el hecho de que no pude obtener indicaciones acerca de quién recibiría mi puesto de trabajo y el acta de entrega de mi cargo, no obstante los constantes requerimientos que a través de correos electrónicos dirigidos, el primero solamente al Sr. Alfredo Cortés (12 de mayo de 2016 a las 3:57 p.m.), los siguientes, enviados al mismo, con copia a la gerencia y al Sr. Oscar Tópaga, los días 13 de mayo a las 3:44 p.m., respondido a las 5:13 p.m., por Don Alfredo, ratificando la orden de elaboración de acta y envío de llaves por correo y entrega de carta a la Administración, omitiendo eso sí decir a quién haría entrega de la oficina y demás, conforme a lo cual di respuesta el mismo 13 de mayo a las 5:53 p.m. Posteriormente, el día sábado 14 a las 9:10 a.m. hice envío de correo electrónico, al Sr. Alfredo Cortés, con copia a los ya mencionados, pidiendo nuevamente, instrucciones relativas a la entrega de mi cargo, el cual no obtuvo respuesta, por ninguno de los citados, sintiéndome entonces, ante la premura del tiempo, constreñida a buscar la presencia de un particular, ocupante de un local del Centro Comercial Obelisco en el primer piso, para que presenciara el cumplimiento de las órdenes y verificara que los bienes muebles relacionados como entregados se encontraban dentro de la oficina a ser cerrada y así mismo suscribiera conmigo el Acta de Entrega del Cargo.

Jamás recibí comunicación alguna en la que se me informara la situación laboral en la que quedaba, pues no obstante en uno de los correos finales haber advertido y

> reiterado, que el hecho de elaborar el acta de entrega de mi cargo no se podía tomar como una renuncia unilateral, voluntaria y mucho menos tácita al mismo, la empresa guardó silencio y no envío en su debido momento la liquidación definitiva del contrato, limitándose a remitir el comprobante del pago de mi quincena.
>
> A más de lo anterior, se evidencia que la empresa ÁLVARO VÉLEZ & CÍA SAS, en su condición de empleador ha incurrido sistemáticamente en la modalidad contentiva de persecución laboral, conforme lo describe el Numeral 2. del Artículo 2 de la Ley 1010 de 2006. así:
> [...]
>
> A más de lo anterior, motiva mi renuncia el hecho de que como consecuencia de las arbitrariedades y degradaciones a que he sido sometida, he visto afectado mi estado de ánimo, traducido este efecto nocivo en los altibajos emocionales ya expuestos.
>
> En. virtud de lo anteriormente expuesto, invoco lo previsto en el Artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en el siguiente sentido [...]».

Pues bien, como pudo observarse, son varios los hechos que denuncia la parte actora como justificativos para dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa imputable al empleador, los cuales se sintetizan principalmente en el hecho del traslado que le ofreció la accionada a las ciudades de Bogotá o Cali dado que la oficina o sede de la empresa en la ciudad de Medellín iba a dejar de funcionar por problemas económicos, de igual modo, en presuntas conductas de acoso laboral desde el mes de octubre del año 2015.

Como medios probatorios relevantes, se aportaron al plenario el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes (fls. 25-26), comprobante de egreso - liquidación contrato de trabajo de la demandante (fls. 28-29), otrosí al contrato de trabajo de fecha 2015, el cual no fue firmado por la demandante (fl. 30 a 35), acuerdo de confidencialidad, el cual no fue firmado por la demandante (fls. 36 a 40); comunicación de fecha 14 de abril de 2016 por medio de la cual se informa a la demandante la decisión de traslado a la ciudad de Bogotá o Cali (fls. 41-42), respuesta dada por la demandante a la propuesta de traslado el 21 de abril de 2016 (fls. 43 a 46), comunicación de fecha 8 de mayo de 2016 por medio de la cual se reitera a la demandante la decisión de traslado a las ciudades de Bogotá o Cali (fls. 50-51), respuesta dada por la demandante a la propuesta de traslado el 11 de mayo de 2016 (fls. 52 a 56), acta de entrega y cierre de oficina suscrita por la demandante el 14 de mayo de 2016, enviada por correo electrónico a Alfredo Cortés y Alvaro Vélez (fls. 56 y 57), Correos electrónico enviado el 12 de mayo de 2016 a la dirección alcorgonzalez@hotmail.com, por medio de la cual la demandante solicita se dé información acerca de cómo se debe realizar el acta y entrega de la oficina (fls. 67 a 74), comunicación de devolución de la liquidación del contrato de trabajo sin firmar (fls. 75-76); derecho de petición de julio de 2015 en la cual la demandante solicita a la empresa no realizar más aportes por concepto de seguridad social en pensiones (fl. 133); comunicación de fecha 11 de abril de 2016 por medio de la cual la empresa

requiere a la demandante para que se presente en las instalaciones de la empresa en Bogotá el 14 de abril de abril de 2016 a las 9:30 a m. (fl. 134); carta de aceptación de la renuncia de fecha 19 de mayo de 2016 (fl. 149-150), memorando No. 043 por medio del cual la empresa hace llegar a la demandante liquidación del contrato de trabajo (fls. 151-156), certificación expedida por el secretario COPASS en el cual indique que no existe queja alguna por acoso laboral presentada por la actora (fl. 162) y estado de resultados y de costos agencia de Medellín (fls. 163 a 188). Además, lo anterior se recibieron interrogatorios de parte a la demandante y a la representante legal de la accionada, así como los testimonios de los señores Lino de Jesús Zuluaga, Camilo Salazar Quintero, Martha Elena Correa Uribe, Luis Femando Muñoz Sánchez, Luis Roldan Grajales y John Freddy Cardona Sandoval.

En ese sentido, a efectos de resolver las inconformidades presentadas por el apoderado de la parte actora, debe señalarse respecto al ius variandi, que es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427- 2014, SL12593-2017).

En Sentencia CSJ SL, 26 julio 1999 radicación 10969, la Sala de Casación Laboral, precisó igualmente que la figura del ius variandi ha sido objeto de diversos análisis por parte de la jurisprudencia laboral, -tanto la vertida para el sector privado, como para el sector público-, la cual ha sido reiterada en manifestar que, como la potestad subordinante del empleador, que es de donde conceptualmente nace, no puede ser ejercida de manera omnímoda y arbitraria, pues en realidad no tiene la condición de absoluta e irrestricta, sino que es esencialmente relativa y sometida a unos límites, radicados en los derechos del trabajador, su honor y su dignidad.

En sentencia CSJ SL, 30 junio 2005, radicado 25103, remembrada en sentencia CSJ SL16964-2017, el Alto Tribunal adoctrinó lo siguiente:

> «Con todo y al margen de lo anterior, es pertinente recordar que mientras exista nítidamente expuesta la causa del traslado, y el cambio de sitio de trabajo no sea de tal identidad que afecte o desmejore al empleado en las condiciones de trabajo, en su situación personal, social o familiar que han de determinarse para cada caso en particular, es dable entender que esa variación respecto a lo que inicialmente se había sometido al trabajador, obedeció al poder legítimo o facultad que tiene el empleador para ejercer el ius variandi, sin que ello implique de ninguna manera una modificación del

> contrato de trabajo ni violación del mismo y menos violación de derecho alguno, donde es el trabajador el que está sujeto a las conveniencias y necesidades razonables del patrono, y no el empleador a las comodidades o ventajas de su servidor u operario». (Negrillas de la Sala)

Así mismo, en sentencia CSJ SL21655-2017, la Alta Corporación precisó que no basta con la simple oposición o malquerencia del traslado por parte del trabajador para tornarlo en ilegítimo e inaplicable para el empleador. La ausencia de voluntad del trabajador no supone invalidación de la facultad de ius variandi que le asiste al empleador, siempre y cuando, ello no comprometa de forma efectiva o contingente sus derechos constitucionales y legales, lo que por demás, debe estar cabalmente demostrado; agregándose que si bien es cierto que razonablemente puede ser entendido que un traslado de lugar de prestación del servicio en el marco de un contrato de trabajo suponga modificaciones en el ámbito familiar o personal del trabajador trasladado, no menos cierto es que ello hace parte de la potestad propia del empleador que puede ser ejecutada siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso en concreto, y debe ser acatada por el trabajador en virtud de la subordinación inherente al contrato de trabajo.

Pues bien, el apoderado de la parte actora considera en sus argumentos de alzada que existen elementos demostrativos probatorios que no fueron debidamente valorados por el a quo, como lo son el otrosí al contrato que se le propuso a la actora en octubre de 2015 (fls. 30 a 35) modificándose algunas de las condiciones del contrato en curso y el acuerdo de confidencialidad y exclusividad (fls. 36 a 40); que lo anterior surgió tras haberles señalado que quería seguir laborando hasta la edad de 60 años estableciéndose una serie de maniobras en aras de obtener su renuncia, incluyendo conductas de acoso laboral y que a su parecer se prueban con algunos correos electrónicos que tampoco se valoraron.

Revisado el material probatorio imputado como mal apreciado por la parte actora, considera la Corporación que del análisis del mismo, así como de la referida misiva de renuncia, las razones de la compañía para ordenar el traslado de locación del trabajador no aparecen haber estado fundadas en un capricho o en un actuar arbitrario, comoquiera que se encuentra probado y fuera de toda discusión que la empresa tuvo que cerrar la oficina de la ciudad de Medellín, donde prestaba sus servicios la demandante, por manera que se haya más que justificado, no sólo por lo consignado en el contrato de trabajo suscrito entre las partes, sino en razones comerciales y económicas, su necesidad de movilizar a la demandante a otra ciudad a elección de la actora, Cali o Bogotá, donde tenía sus otras dos sedes. Luego entonces, no puede la Sala concluir que el traslado se haya fundado en razones

caprichosas o arbitrarias por parte de la accionada, pues no sólo estuvo amparada por la cláusula que las mismas partes estuvieron de acuerdo en pactar en el contrato de trabajo, sino por la situación económica de la empresa, lo cual hace parte del espectro del ius variandi locativo, ya explicado, como una facultad del empleador que deviene de la ley laboral. Desde luego, que no desconoce este cuerpo colegiado que esta potestad empresarial no es omnímoda ni absoluta, y encuentra su límite en las condiciones mismas del trabajo y los derechos mínimos del trabajador y sus garantías constitucionales, lo que no se advierte violentado en el sub examine.

En efecto, con relación al traslado de lugar de trabajo estima la Sala que ningún perjuicio pudo causársele a aquella, dado que nunca tuvo la voluntad de ejecutar materialmente el traslado del cual se hubiesen podido derivar los perjuicios que alegó en la renuncia. De esta forma, si la trabajadora nunca cumplió materialmente la orden del empleador relacionada con el traslado de lugar de prestación del servicio, por sustracción de materia, no pudieron haberse consolidado ningún tipo de perjuicios, lo demás son sólo planteamientos hipotéticos y especulativos que realizó la demandante, pues se itera, fue la misma demandante incluso en el interrogatorio de parte rendido quien aceptó que nunca ejecutó el traslado, medio de prueba que por demás se le recuerda al recurrente no es cosa distinta que declaraciones en su propio favor, sin que sea dable o admisible a las partes fabricar la prueba en su beneficio ni que invoque a su favor la existencia de confesión en razón de las previsiones contenidas en el artículo 191 del CGP, pues, uno de los requisitos para que se configure ello consiste en que verse sobre hechos que produzcan consecuencias adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; en todo caso, allí la promotora del pleito indicó sobre el traslado que le fuera ordenado por el empleador, que no aceptó el mismo por razones de arraigo familiar y personal, así por razones de orden económico, lo cual reafirma la tesis expuesta, en tanto y en cuanto, nunca llegó a materializarse los eventuales perjuicios temidos por ella al cambiar de ciudad de residencia.

Es cierto que la demandante no debía soportar un traslado de sede de prestación de servicios que le procurara una precarización de sus condiciones de trabajo, pero no menos cierto es que tal situación debe tener un soporte probatorio más allá de la conjetura o la propia percepción del trabajador incómodo con el cambio. Como se explicó en precedencia, la simple conjetura del desmedro de condiciones laborales no es plena prueba de la reprochada desmejora, y si la trabajadora consideraba que se disminuían sus garantías laborales, debió concurrir a demostrarlo más allá de sus propias palabras. En ese sentido, contrario sensu, el dicho de la trabajadora en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso sí contuvo manifestaciones adversas

a sus intereses, como el hecho de no obedecer la orden de traslado, por lo cual no es de recibo que con ocasión de la misma, se derivase una efectiva desmejora en sus condiciones laborales, lo cual, como se dijo, resulta huérfano de pruebas. Por el contrario, lo que surge de los documentos contentivos de la orden de traslado son unas garantías y unas condiciones económicas mínimas análogas a las que disfrutaba, mientras se adecuaba a su nueva locación de servicio, nótese que allí se le expresó con claridad que «su salario, prestaciones y horario laboral quedaran incólumes respetándole las condiciones laborales que actualmente tiene.

Adicional a lo anterior, la compañía le suministrará los siguientes auxilios no prestacionales a fin que usted se traslade bien sea a la ciudad de Bogotá o Cali a partir del primero (1) de junio del año que avanza.

- Un tiquete de ida y regreso para la trabajadora y su cónyuge a la ciudad donde laborará.
- Subsidio de Vivienda 3 meses.
- Subsidio de alimentación y transporte por 3 meses.
- Mudanza de la ciudad de Medellín a la ciudad de Cali o Bogotá
- Licencia de quince (15) días remunerada a partir de dieciséis (16) de mayo al treinta y uno (31) de mayo del 2016 con el que la trabajadora adelante los trámites necesarios para su traslado».

En ese contexto, no se evidencia, algún capricho o arbitrariedad del empleador. Efectivamente la trabajadora se opuso al traslado, pero ello no es suficiente motivo para impedirlo. No demostró alguna desmejora en sus condiciones laborales y familiares, o sustancialmente una merma en sus ingresos. De tal modo que, si el traslado por sí mismo no suponía una afectación de los derechos constitucionales y legales de la trabajadora, no podía ésta oponerse a ultranza al mismo, como si le fuera dispositivo, enfatizando la Sala que la demandante ubicó el centro de su oposición a la orden de traslado comunicada por la empresa a que su vida social y familiar la había construido en la ciudad de Medellín. Sin embargo, debe reiterar la Sala que no quedó demostrado que efectivamente el traslado a alguna de las dos ciudades, Cali o Bogotá, le hubiere ocasionado alguna condición apremiante en lo personal o familiar y que por su supuesto el empleador las haya pasado por alto, por ende que hiciere improcedente el traslado o que pusiere en peligro derechos fundamentales propios del trabajador o de su núcleo familiar, pues si bien suponía modificaciones en su ámbito familiar y personal, no correspondió a un arbitrio ilegítimo del empleador sino a una potestad legal que tenía en su poder ejecutar, sin que hay existido el abuso del ius variandi locativo. Lo cual releva por esta causa, al demandado de la condena por la indemnización por despido sin justa causa, tal y como lo determinó el a quo.

Respecto a la configuración de presuntas conductas de acoso laboral, que conllevaron a la demandante a tomar la decisión de renuncia, del examen de los medios probatorios denunciados por el recurrente, valga repetir, los documentos relacionados con el otro sí y acuerdo de confidencialidad, encuentra la Sala que ello no pasó de ser una mera propuesta que no se materializó pues precisamente la demandante no lo aceptó, en uso de la autonomía de la voluntad para negociar entre las partes, que se haya inserta en la naturaleza propia de los contratos laborales, de modo que no era una cuestión obligatoria. Sin que encuentre la Sala derivado de ello, conductas constitutivas de acoso laboral; mucho menos el hecho propio de que haya comunicado a la empresa de su deseo de pensionarse a los 60 años e incluso de los trámites para obtener un traslado de régimen pensional, se insiste, ello no se encuentra probado siquiera con la prueba testimonial, que no se reprochó en la alzada en todo caso.

De los correos electrónicos sólo se puede extraer que efectivamente la demandante solicitó información a sus empleadores sobre la forma en que entregaría o cerraría la oficina, de la cual, por demás, ella era su directora, pero en modo alguno se observan conductas atinentes a un acoso laboral. Es más, la línea de tiempo en que fueron remitidos esos correos datan del 12 al 14 de mayo de 2016, por lo que no se ve que haya transcurrido un tiempo prolongado en el cual se concluya que se le hizo esperar y asimilarlo a una conducta de acoso laboral. Por lo que, esas comunicaciones no tienen el alcance pretendido por el recurrente, sumado a que en el plenario no obra tampoco manifestación o queja alguna orientada poner de presente este tipo de conductas, máxime, cuando la demandante era la persona encargada de dirigir la sede de la ciudad de Medellín. Por ello, en sentir de la Sala quedó huérfano de prueba el despido indirecto, pues no es suficiente enunciar la existencia de hechos imputables al empleador que lo hubieren podido motivar, sino que realmente éstos ocurrieron, que fueron los que lo motivaron a renunciar y lo que obligó a la trabajadora a darlos a conocer al terminar el contrato unilateralmente.

Corolario de lo expuesto, al quedar agotada la competencia de esta Sala, se confirmará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia proferida el 09 de abril de 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

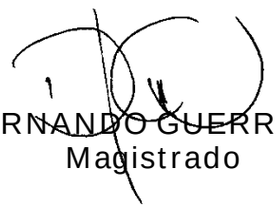
SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

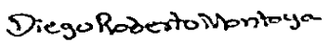
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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