

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ GUILLERMO OSORIO QUIROGA
CONTRA LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE
BOGOTÁ D.C., LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y
POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Rad. 2013 00726 02. Juz. 22.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOSÉ GUILLERMO OSORIO QUIROGA demandó a LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ D.C., LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 3.

- Declaración de nulidad del dictamen No. 12214 del 26 de octubre de 2008 realizado por la A.R.P. POSITIVA S.A.
- Declaración de nulidad del dictamen No. 79180371 del 30 de octubre de 2009, de la Junta Regional de calificación de Invalidez de Bogotá D.C.
- Declaración de nulidad del dictamen No. 79180371 del 20 de diciembre de 2010 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- Declaración de pérdida de capacidad laboral superior al 50%.
- Reconocimiento de pensión de invalidez.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 3. El demandante sufrió un accidente de trabajo el 2 de junio de 2006. Ocurrió en la vereda Peñas del municipio de Guachetá, Cundinamarca. El actor trabajaba para Coking Coal S.A. La función que desempeñaba era la de explotación de minas de carbón. El accidente ocurrió debido a que el eje del malacate se partió y el coche se devolvió, lo que en efecto causó que el señor Osorio Quiroga fuera atropellado por el mismo. El trabajador sufrió fractura de la diáfisis del fémur izquierdo. Le fueron realizadas varias cirugías para corregir la fractura, que fue sostenida mediante tornillos de fijación proximales, medios y distales. Entre las secuelas que tuvo el demandante a razón del accidente, presentó artrosis en la zona fracturada; a su vez osteomielitis. Por todo lo anterior, se le practicó un injerto óseo u osteotomía simple de fémur. En varias oportunidades de forma alterna ha estado incapacitado. La ARP Positiva le calificó la pérdida de capacidad laboral con un 9.27% mediante dictamen No. 12214 del 26 de octubre de 2008. Posteriormente la Junta Regional de Calificación de Invalidez le calificó la PCL con un 15.94% a través del dictamen No. 79180371 del 20 de diciembre de 2010. En la actualidad, presenta dolor constante y dificultad para caminar en su vida diaria, por lo que se ve obligado a utilizar muletas para desplazarse. Como consecuencia de las anomalías de salud presentadas, esta imposibilitado para trabajar.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, en los términos del escrito visible en fls. 24 a 30.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el accidente de trabajo sufrido el 2 de junio de 2006, el lugar de la ocurrencia del accidente, la empresa para la cual trabajaba el actor, la función desempeñada, la causa del accidente, la fractura de la diáfisis del fémur izquierdo, la atención medica que recibió, las cirugías practicadas, el procedimiento realizado en la fractura, la artrosis que se originó como secuela del accidente, los síntomas de osteomielitis, el injerto óseo u osteotomía simple de fémur y el corte realizado al fémur durante el procedimiento quirúrgico.

- Formulo como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, legalidad de la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, carencia de fundamento legal técnico médico- científico, las decisiones de la Junta Regional de Calificación de Invalidez son susceptibles del recurso de apelación, el dictamen es producto de la calificación integral del caso y la ley prevé la posibilidad de volver a calificar el estado de perdida de capacidad laboral y existe un procedimiento específico. Para ello no es necesario desgastar el aparato judicial cuando ya existe una solución extrajudicial.

La Junta Nacional de Calificación de Invalidez., contestó como consta a fls. 32 a 49.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el accidente de trabajo acaecido, su vinculación a Coking Coal S.A., el trabajo desempeñado, la fractura sufrida, los síntomas por osteomielitis, el injerto óseo practicado, el corte realizado en el fémur izquierdo, la calificación de la pérdida de capacidad laboral realizada por la ARP Positiva, la calificación de la pérdida de capacidad laboral realizada por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez.
- Propuso como excepciones de fondo; la legalidad de la calificación dada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum; inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen- carga de la prueba a cargo del contradictor, la variación de la condición clínica del paciente con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional, exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia de las pretensiones por competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y genérica.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., contestó como consta a fls. 12 a 20.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el accidente de trabajo, la empresa a la cual estaba vinculado y la calificación de pérdida de capacidad laboral realizada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.
- Propuso como excepción previa la falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa y prescripción sin que implique reconocimiento.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las accionadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Encontró que el demandante eludió el deber de la carga de la prueba que le correspondía conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, toda vez que no allegó la documental necesaria dentro del término pertinente para que se practicara el dictamen solicitado a través de la Universidad Nacional de Colombia, y al no tener un dictamen pericial que se pudiera controvertir con las calificaciones realizadas por las entidades demandadas, no fue posible en la instancia hacer el análisis correspondiente en conjunto con las pruebas obrantes en el proceso. De otra parte, a través del estudio de los dictámenes de la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, los cuales se emitieron en observancia de las reglas y directrices contenidas en los manuales únicos de pérdida de capacidad laboral y ocupacional establecidos por los decretos 917 de 1999 y 1507 del 2014, se tuvieron en cuenta las variables correspondientes a eficiencia de la discapacidad y minusvalía basados en la historia clínica y las condiciones particulares del actor, lo que imposibilita de plano que se le pueda restar valor a los mismos.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al no haber prosperado sus pretensiones.

Enfermedades del demandante

No se controvierte que el demandante sufrió un accidente de trabajo que le ocasiono "FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL FÉMUR IZQUIERDO CONSOLIDADA", en consecuencia fue calificado por el ISS (Riesgos laborales) el 25 de agosto de 2008, estableció una PCL del 9.27% de origen profesional y una fecha de estructuración del 2 de junio de 2006 (fls. 68 a 70). Este dictamen fue transcrito por la ARL POSITIVA (fls. 72 y 73). La Junta Regional de Calificación señaló que el actor tiene una PCL del 15.94% con fecha de estructuración del 7 de julio del año 2009. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No. 79180371 del 20 de diciembre del 2010 al resolver la apelación determinó una PCL del 24.75% y fecha de estructuración del 7 de julio del año 2009 (fls. 74 a 89).

Idoneidad del peritazgo practicado y derecho de contradicción

Previo a iniciar el análisis correspondiente precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Las pretensiones de la demanda se encuentran encaminadas a que se determine que el actor cuenta con una PCL superior al 50% y en consecuencia el reconocimiento de la prestación por invalidez.

Es indudable para esta Sala que el Juez al carecer de conocimientos médicos y científicos debe apoyarse en pruebas de carácter especializado que le permitan dirimir tal controversia. Al efecto la ley contempla la posibilidad de recurrir a la prueba pericial, la cual si bien no es la única válida para determinar el origen de una patología, es de gran referente en el momento de tomar una decisión. Esta prueba puede ser complementada o refutada por otros medios probatorios.

Al respecto, dentro del trámite Judicial en audiencia celebrada 25 de noviembre del 2016 se ordenó la práctica del dictamen pericial ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, entidad que en comunicación de fecha 21 de marzo de 2018 señaló no ser la competente. Mediante auto del 10 de octubre del 2018 se ordenó la práctica de la prueba por parte de la Universidad Nacional, en consecuencia se libraron las comunicación de rigor y fueron radicadas el 3 de diciembre del 2018 (fl. 443) ante el correspondiente ente, no obstante la parte actora no continuó con el trámite respectivo a pesar del requerimiento efectuado por el juzgado en proveído del 26 de junio del 2019. Por lo anterior, el 11 de agosto del 2019 el A quo tuvo por prelucida la práctica de dicha prueba por falta de interés.

Revisadas las pruebas allegadas al plenario, que corresponden a los dictámenes emanados de Positiva, la Junta Regional y la Junta Nacional de Calificación, entidades que resultan ser las competentes e idóneas en la materia, se advierte que estos fueron emitidos con observancia de las reglas y directrices contenidas en los manuales únicos de PCL y ocupacional, esto es Decreto 917 de 1999, y Decreto 1507 de 2014, además que tomaron en cuenta las variables correspondientes a eficiencia, discapacidad y minusvalía basados en la historia clínica y en las condiciones particulares del actor. Pues si bien se arrimó al plenario la historia clínica de Osorio Quiroga (fls. 165 a 385), lo cierto es que ante la inactividad procesal de la parte actora y a pesar de los requerimientos que realizó el Juzgado no se efectuó el dictamen de pérdida de capacidad laboral que fue ordenado a solicitud de parte ante la Universidad Nacional. Dictamen que resultaba necesario, para determinar una eventual variación en la calificación de la pérdida de capacidad laboral así como el porcentaje que le corresponde actor en atención a sus patologías, por lo que se deberá confirmar la decisión consultada.

Finalmente, como quiera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, La Sala se releva del estudio de las demás pretensiones de la demanda por estar sujetas a la determinación del incremento del porcentaje de PCL.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para CONFIRMAR la sentencia consultada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de mayo de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FELIPE ANDRÉS BERNAL SANDOVAL
contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN. Rad. 2015 – 00716 01.
Juz. 33.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

FELIPE ANDRÉS BERNAL SANDOVAL demando a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Contrato de trabajo por períodos académicos.
- Prestaciones sociales.
- Salarios de agosto a diciembre de 2014.
- Aportes al SGSS.
- Vacaciones.
- Indemnización por despido injusto.
- Indemnización moratoria.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 2 y 4. Se vinculó con la demandada desde el 01 de febrero de 2012 al 15 de diciembre de 2014 como docente de tiempo completo, su salario fue de \$2.500.000. En septiembre de 2013, fue promovido al cargo de director nacional de investigación, su última asignación salarial fue de \$4.500.000 y

durante la vinculación no se le canceló sus prestaciones sociales ni aportes a seguridad social, solo se pagó la suma de \$.2.600.000 como liquidación parcial del periodo académico del año **2013**, los salarios de agosto a diciembre de **2014** no le fueron cancelados, ni el valor total de la liquidación del año 2013. El 15 de diciembre de 2014, el actor dio por terminado el contrato de trabajo por causa atribuible a la demandada, sin que le fueran pagadas sus acreencias laborales, por lo que acudió al Ministerio de Trabajo para obtener el pago de las mismas, donde se suscribió el acta de fecha 04 de diciembre de 2014. Indicó que ha presentado varias solicitudes a la Universidad, sin que esta se pronunciará sobre ellas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad, la Fundación San Martín mediante curador ad litem, el cual fue nombrado en auto del 01 de febrero 2019 (fl. 71), contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 73 a 79.

- En cuanto a las pretensiones, expuso estarse a lo probado.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la existencia de un contrato de trabajo por el período académico comprendido desde el 01 de febrero de 2012 al 15 de diciembre de 2014. Condenó a la demandada a pagar las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

- Salarios de agosto a diciembre de 2014 \$22.500.000.
- Cesantías \$10.166.667.
- Intereses a las cesantías \$1.033.333.
- Prima de servicios \$9.095.833.
- Vacaciones \$5.083.333.
- Indemnización moratoria correspondiente a un día de salario equivalente a \$150.000 por cada día de mora, suma que asciende a \$280.800.000 desde el **15 de diciembre de 2014 al 31 de enero de 2020**.
- Condenó a la Universidad al pago de los aportes y/o diferencias de los aportes a pensión según el cálculo actuarial que emita el fondo de pensiones y autorizó a

la Fundación San Martín a descontar de las acreencias condenadas, la suma de \$2.600.000 los cuales fueron pagados en diciembre de 2013 como liquidación parcial, ordenó al pago de aportes en salud y absolvió de las demás pretensiones.

Llegó a esa determinación al advertir que del material probatorio allegado por el demandante, específicamente de la certificación laboral y el contrato de trabajo dan cuenta de la existencia de la relación laboral acaecida desde el 01 de febrero de 2012 al 15 de diciembre de 2014. Reconoció los salarios, prestaciones sociales y vacaciones, como quiera que no se aportó prueba de su pago. No accedió a la indemnización por despido injusto, dado que el actor no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del CGP, pues no acreditó que la falta de pago de salarios y prestaciones sociales fuese la causa por la cual el demandante dio por terminado el contrato de trabajo. Condenó al pago de la sanción moratoria prevista en el art. 65 del CST, toda vez que la demandada al no cumplir con sus obligaciones laborales, ni comparecer a la audiencia de conciliación adelantada ante el Ministerio de Trabajo dejó ver su actuar de mala fe. Consideró que no es procedente el pago de la indexación perseguida, por cuanto accedió a la indemnización moratoria. En cuanto a los aportes a salud, condenó a la demandada a pagar a la EPS Sanitas las diferencias entre lo cancelado y lo que realmente se debía cotizar y ordenó devolver al demandante el excedente correspondiente al 4% por el período comprendido desde el 01 de febrero de 2012 al 15 de diciembre de 2014, teniendo en cuenta el salario devengado por BERNAL SANDOVAL. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, ya que, desde el finiquito del vínculo laboral, esto es el 15 de diciembre de 2014 a la presentación de la demanda el 01 de octubre de 2015, no ha transcurrido el término trienal consagrado en la ley laboral.

Recurso de apelación

La parte actora, considera que procede la indemnización por despido injusto, dado que el contrato de trabajo a término fijo no finalizó en debida forma, no se entregó el comunicado con los 30 días de antelación que prevé la norma, por lo que la relación laboral se prorrogó de manera automática, aunado a que, debido al cierre de las instalaciones de la Fundación, al demandante no se le permitió continuar con sus labores. Atacó la sentencia respecto a la facultades ultra y extra petita, en cuanto a la sanción por la no consignación de cesantías teniendo en cuenta que el actor, no debe ser víctima de la mala administración, por ello debe imponerse dicha sanción pues el actuar de la Universidad está exento de buena fe y que la intervención judicial no la exime de sus obligaciones.

La demandada, apela la sentencia en las condenas impuestas, dado que en el proceso no se probó la omisión del pago de ninguna de las prestaciones sociales y que el demandante no cumplió con la carga de la prueba respecto a dicha omisión. Solicita se revise toda la actuación en garantía al debido proceso, especialmente en la sanción moratoria teniendo en cuenta que lo señalado en la jurisprudencia de la CSJ, que ha referido que debe existir una ausencia de buena fe por parte del empleador, en el proceso no fue demostrada el actuar de mala fe de la Institución la cual afronta una intervención que le impide desarrollar sus funciones por lo que no pudo acudir al Ministerio de Trabajo. Manifiesta su descuerdo frente al pago de aportes a salud, como quiera que no existe una norma específica que ordene al pago de dichos emolumentos en aquellos casos en los que no se hubiesen efectuado.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifestó que en el proceso se demostró que la demandada no informó la prórroga del contrato conforme el art. 46 CST, por lo que se entiende que el mismo se prorrogó de manera automática por un periodo igual al inicialmente pactado. Recalcó que la Fundación a través del contrato por periodos académicos, disfrazó la verdadera vinculación del actor, situación que demuestra la mala fe de la pasiva, motivos por los cuales no es procedente eximirla del pago de la indemnización por despido injusto que se pretende, por ello pide se revoque la decisión y se acceda a tal indemnización.

Parte demandada: solicitó se revoque la sentencia, ya que no se aportó prueba alguna que acredite la responsabilidad de la pasiva para acceder a las pretensiones.

CONSIDERACIONES

No se controvierte el vínculo laboral, los extremos, salario y el cargo del demandante. En ese orden procede La Sala a verificar si el actor le asiste derecho al reconocimiento de la indemnización por despido injusto, si hay lugar a la sanción por la no consignación de cesantías, los aportes a salud, si el actuar de la demandada está revestido de buena fe para justificar el no pago de las acreencias al momento del finiquito laboral, sí BERNAL SANDOVAL tiene derecho a las prestaciones ordenadas por el A quo, condenas que no se entrarán a calcular por cuanto no se apeló su cuantía, y si bien la demandada en el recurso solicita que se revise toda la actuación en garantía al debido proceso, esta petición no resulta procedente en la

medida en que no se está ante el grado jurisdiccional de consulta, pues es deber de cada apelante individualizar y sustentar el objeto de inconformidad con la sentencia.

Se aportó al proceso contrato de trabajo para docentes por períodos académicos suscrito por las partes, con fecha de inicio a partir del 01 de febrero al 14 de diciembre de 2012 (fl. 11), certificación laboral expedida por la demandada el 18 de diciembre de 2014, en la que se indica que BERNAL SANDOVAL prestó servicios desde el 01 de febrero de 2012 al 15 de diciembre de 2014, mediante un contrato por períodos académicos, en el cargo de docente de tiempo completo para el programa de Ingeniería de Sistemas y como Director Nacional de Investigación de la Universidad Abierta y a Distancia (fl. 12), circular informativa emitida por la Fundación San Martín mediante la cual se autorizó un descanso colectivo a todo el personal administrativo (fl. 13), acta emitida por el Ministerio de Trabajo donde se calculó las acreencias laborales del 04 diciembre de 2014 en la que se determinó que la pasiva le adeuda al actor la suma de \$26.454.338 por concepto de prestaciones sociales y salarios, diligencia a la que no compareció la convocada (fl.14), extractos de la cuenta de ahorros de FELIPE BERNAL SANDOVAL en los que se señala el pago de nómina de los períodos de: mayo a junio de 2014 (fls. 16 a 18). También se cuenta con certificado de aportes a salud de la EPS SANITAS en el que se reflejan las cotizaciones desde junio a diciembre de 2013 y enero a junio de 2014 (fl. 24) y estado de cuenta detallado de aportes a salud (fl. 25).

Indemnización por despido injusto

Respecto a esta indemnización la CSJ SL, ha sentado determinadas pautas para su reconocimiento, por lo que en sentencia del 6 abril de 2001, rad. 13648, se precisó estos requisitos: "*(i) que sea el trabajador quien en un acto de voluntad manifieste su intención de dimitir la relación, (ii) que dentro de ese acto exponga con claridad la motivación que, ajustada a una o varias de las causales contempladas en el literal b) del artículo 7o del Decreto 2351 de 1965, lo llevó a tomar tal determinación y, (iii) cumplir con la carga probatoria impuesta demostrando efectivamente que el empleador incurrió en las conductas imputadas*". Sin que se advierta en el asunto que el contrato terminó por decisión unilateral del demandante, pues si bien no se desconoce que en efecto existen pagos pendientes al actor en la última anualidad del finiquito contractual, lo cierto es que el actor en el hecho 18 de la demanda (fl. 3) señaló que: "***El día 15 de diciembre de 2014, el demandante dio por terminado el contrato de trabajo por causa atribuible exclusivamente a la demandada, configurándose un despido indirecto***", no obstante esta aseveración no es suficiente para probar el despido indirecto que aduce, por lo que al faltar a su

deber probatorio previsto en el art. 167 del CGP, ya que no obra ninguna renuncia con la que se pueda constatar su dicho, se entiende que el vínculo laboral entre las partes feneció porque se llegó a la finalización del plazo pactado, por lo que se **confirma** este ítem apelado.

Sanción por la no consignación de las cesantías

La sanción por no consignación de las cesantías en un fondo prevista en el artículo 99¹ de la Ley 50 de 1990, procede por el incumplimiento del empleador por no consignarlas a más tardar el 15 de febrero de cada año y este corresponde al valor de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año anterior. En el asunto el juez no se pronunció de esta prestación como quiera que tal sanción ni siquiera fue objeto de petición de la demanda tal como se advierten de las pretensiones que militan a folios 4 y 5. Aunado a esto, conforme lo previsto en el art. 50² del CPTSS se advierte que estos hechos no fueron discutidos en el proceso, en ese orden, como los jueces de segunda instancia no pueden hacer uso de las facultades ultra y extra petita las cuales son exclusivas de los jueces de única y primera instancia y como en el asunto no se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, La Sala **no se pronunciará de fondo** sobre esta indemnización.

Aportes a seguridad social en salud.

En lo que respecta a los aportes a salud basta con recordar la sentencia con radicado No 35554 del 8 de mayo de 2012, M.P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, en la que se refirió que los aportes al sistema de seguridad social en salud, se tienen que realizar durante la relación laboral y no después, como quiera que el sistema requiere semanas de cotización y no su cuantía. Por ello se **revoca** la condena en lo que respecta **únicamente al pago de las diferencias en la cotización** que efectuó el demandante, ya que era su obligación aportar sobre su salario real, lo cual no hizo y de mantenerse tal condena sería tanto como premiarse su actuar desleal en la cotización efectuada al sistema.

¹ 3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

² **ARTICULO 50. EXTRA Y ULTRA PETITA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el *proceso* y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.

No obstante esta situación, el actor **si tiene derecho a la devolución del 4%** el cual se debe tasar según el IBC reportado en la certificación de pago de aportes que milita a folio 24. En consecuencia, se **confirma** este ítem solo en lo que respecta a la devolución del porcentaje a cargo del trabajador.

Análisis del actuar de la buena fe del empleador.

Este análisis se aborda por la condena de la **indemnización moratoria**, para la cual se ha de precisar que si bien La Sala no desconoce las medidas de salvamento impuestas por el Ministerio de Educación a la demandada en el marco de la vigilancia especial a que se encuentra sometida de conformidad con la Ley 1740 de 2014³, esta circunstancia no la exime de sustraerse del pago de sus obligaciones como empleador, máxime cuando se advierte que la vinculación entre las partes fue gobernada por un contrato de trabajo para docente por periodos académicos, lo cual hace procedente la sanción moratoria por el no pago de salarios y prestaciones debidas al momento del finiquito laboral, el que además terminó el 15 de diciembre de 2014, esto es, mucho antes de que fueran proferidas las medidas de salvamento adoptadas por el Ministerio de Educación. Por esta razón la condena de esta indemnización es procedente y se **confirma**. De otra parte advierte La Sala que no se presentó reparo respecto a la forma y monto en que el juez liquidó la indemnización moratoria (*un día de salario (\$150.000) por cada día de mora en el pago de tales emolumentos, la cual liquidada del 15 de diciembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2020 asciende a la suma de \$280.800.000*) lo que impide su modificación.

Finalmente la demandada en su recurso, expone que en el proceso no se probó la omisión del pago de ninguna de las prestaciones sociales y que en esa medida las condenas impuestas no están llamadas a prosperar porque el actor no cumplió con su deber de acreditar la falta de pago. Al respecto es de precisar que la carga de la prueba corresponde a la demandada, quien es la que debe demostrar su pago. Por eso su argumento no es de recibo para La Sala, pues en caso de haberlas cancelado debió haberlo demostrado.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada al no prosperar ningún recurso.

³ Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

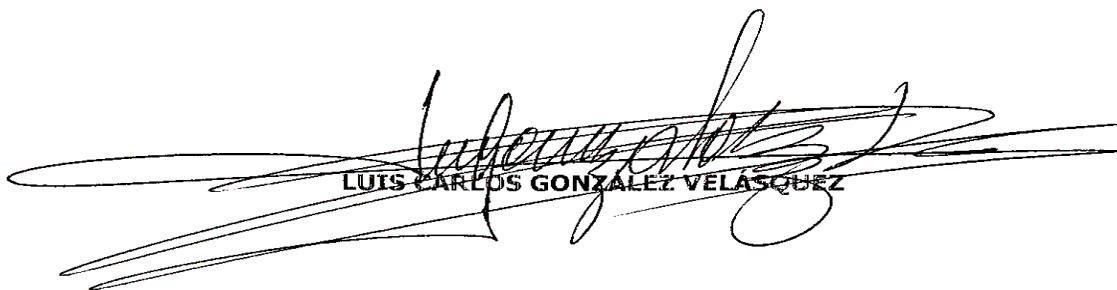
PRIMERO. MODIFICAR EL ORDINAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 29 de enero de 2020, el cual quedará así:

"CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN, a Devolver al demandante el excedente del 4% que le correspondía cancelar como trabajador por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, los cuales fueron pagados por él y relacionados en la certificación del folio 24"

SEGUNDO. En lo demás se confirma la sentencia apelada.

TERCERO. COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada.

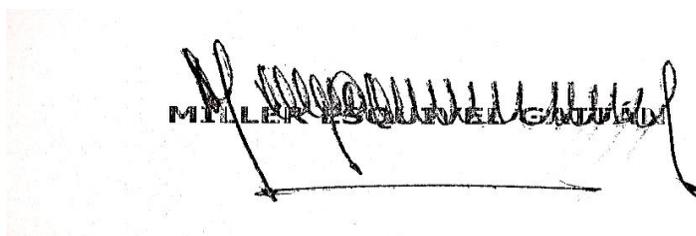
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FREDDY FLORES CÉSPEDES CONTRA TRANSPORTADORA DEL META S.A.S, META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA, PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA. Rad. 2016 00138 01. Juz 2.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

FREDDY FLORES CÉSPEDES demandó a TRANSPORTADORA DEL META S.A.S, META PETROLEUM CORP. SUCURSAL COLOMBIA y PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 1 a 3.

- Nivelación salarial.
- Bono de productividad.
- Bono de accidentalidad.
- Reliquidación de prestaciones sociales.
- Reajustes horas extras dominicales y festivos.
- Aportes a pensión sobre el salario real.
- Sanción del artículo 99 de la Ley 50/90.
- Reajuste de la indemnización por despido sin justa causa.
- Indexación.
- Ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 8, los cuales se sintetizan de la siguiente manera: celebró contrato de trabajo con la empresa TRANSMETA S.A.S el 1 de febrero de 2012 hasta el 26 de marzo de 2014, en el cargo de conductor de tractocamión en un horario de 5 a.m. a 8 p.m., en el transporte de hidrocarburos y

derivados del petróleo. Indicó que la empresa TRANSMETA S.A.S se ha negado a certificar en forma total los recorridos efectuados por el actor, por lo que presentó reclamación el 19 de junio de 2015, respondida el 22 del mismo mes y año. Laboró horas extras, dominicales y festivos y que no le han sido certificados, como tampoco los viáticos, que no figuran en los desprendibles de nómina. Señaló que conforme al contrato suscrito entre TRANSMETA S.A.S. y ECOPETROL S.A. para el transporte de hidrocarburos y el artículo 1º del Decreto 284 de 1957, el actor debe gozar de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los trabajadores de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, lo que desconoce TRANSMETA S.A.S., pertenecía a la flota especial de "conductores Ecopetrol pesado", razón por la cual era acreedor de los mismos beneficios de los trabajadores de Ecopetrol.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron en la forma y términos que a continuación se señalan:

META PETROLEUM CORP. (fls. 224 a 232 y 575 a 586 reforma)

- No aceptó las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva y prescripción.
- Llamó en garantía a ACE SEGUROS S.A.S hoy CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.S (fls. 587 a 589)

PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP. (fls. 239 a 291 y 598 a 607 de la reforma de la demanda).

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Como excepciones de fondo propuso; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción.

TRANSPORTADORA DEL META – TRANSMETA S.A.S. (fls. 243 a 267 y 608 a 631 reforma).

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo desde el 23 de febrero de 2012 hasta el 3 de abril de 2013 y que terminó por renuncia voluntaria del trabajador.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción.

Admitida la reforma de la demanda (fls. 486 y 497) se incluyó a **ECOPETROL S.A.** a quien se notificó y contestó la demanda como se observa a folios 557 a 572.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó los hechos relacionados con los contratos suscritos con TRANSMETA S.A.S.
- Propuso como excepciones previas; falta de competencia por ausencia de reclamación administrativa, y como excepciones de fondo; falta de legitimación por activa, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, compensación, prescripción y buena fe.

Aceptado el llamamiento en garantía de la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS** y de **ACE SEGUROS S.A. hoy CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**

CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 705 a 715.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia de la relación laboral, prescripción y genérica.

La **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** contestó (fls. 844 a 859).

- No le consta ningún hecho.
- Se opuso a las pretensiones.
- Propuso como excepción previa; ineptitud del llamamiento en garantía y como excepciones de fondo; ausencia de responsabilidad solidaria con TRANSMETA S.A.S por cuanto ECOPETROL S.A. no tenía vínculo con el demandante, pago de los salarios y prestaciones, cobro de lo no debido, inexistencia de obligación a cargo de la demandada, límite indemnizatorio y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones y condenó en costas al accionante. Llegó a esa determinación al considerar que el salario que devengaba el demandante no se establecía conforme al anexo 1 del contrato, ya que este correspondía a una lista de los precios por carrotanque más no por conductor, sino que se determinaba conforme al anexo 3 (tarifas aprobadas por Ecopetrol), por lo que no le asistía derecho al demandante al pago de la diferencia salarial deprecada. En cuanto a las horas extras señaló, que no estaba demostrado en el proceso que hubiera laborado trabajo suplementario, diferentes a los que le fueron liquidadas a folios 84 a 91, que su jornada laboral era de 21 días y 8 de descanso. Respecto de los viáticos, indicó que no se acreditó el pago de estos de manera constante conforme al anexo 1 y se relevó del estudio de esta pretensión. Por último, en cuanto a la prima no constitutiva de salario, señaló que se trataba de una prima que se otorgaba al trabajador teniendo en cuenta el tiempo que debía ausentarse de su lugar de residencia, el cual se medía por el kilometraje recorrido y no para retribuir el servicio.

Recurso de Apelación

Adujo la parte actora que interponía el recurso de apelación respecto de tres puntos específicos, como eran las horas extras, los viáticos y la prima no constitutiva de salario. Señala que conforme a la carga dinámica de la prueba la parte demandada ocultó las pruebas relacionadas con las horas extras laboradas y que no se debía imponer la carga de la prueba al trabajador, pues las documentales se encontraban en poder de la pasiva, quien era la única que podía allegarlas lo que evadió con el argumento de ser confidencial. En cuanto a los viáticos señaló que el representante legal de la demandada, aceptó que recibía la suma de \$40.000 como viáticos por lo que se debió efectuar la reliquidación teniendo en cuenta dicho valor y en cuanto a la prima no constitutiva de salario, señaló que esta se basa en el kilometraje recorrido con el vehículo por lo que se reconocía si el conductor cumplía con ese requisito y por ello debe considerarse como factor salarial. Igualmente, manifestó que al reconocerse estos conceptos es procedente la reliquidación de las acreencias laborales deprecadas.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Pide que se declare como salario el valor de \$4.907.506 y respecto de las horas extras, señaló que se debe invertir la carga probatoria ya que es el empleador quien cuenta con las documentales que demuestran con exactitud estas y por omisión de este no fueron aportadas al proceso a pesar de haber sido solicitadas, solicita también que se promedie el valor de los viáticos para así calcular el valor de estos y ser pagados efectivamente, requiere le sea concedido el reintegro al trabajador y se le restablezcan sus derechos salariales y prestacionales. Requiere le sea reconocida como factor salarial, la prima por kilómetro recorrido y la indemnización moratoria, esto último en razón a que la pasiva pacta labores que no son constitutivas de salario con el trabajador, lo que genera un beneficio ilegal a la empresa.

Parte demandada:

COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.: solicita se confirme la sentencia proferida que absuelve a Ecopetrol, ya que el demandante no trabajaba para la compañía petrolera y no se presenta solidaridad por no haber relación en el objeto principal de Transmeta y Ecopetrol. Manifiesta que los precios unitarios solicitados por el actor no son relativos a un trabajador sino al costo de operación por vehículo. Además, dice que respecto de las horas de trabajo, el accionante no demostró lo pretendido y tampoco que tuviera una protección laboral especial al no probar una discapacidad severa al momento de la terminación del contrato.

CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.; ruega se confirme la sentencia y se condene en costas al actor en favor de esta entidad, con fundamento en lo expuesto por el juez en el proceso; dijo que frente a las horas de trabajo que el demandante no probó con exactitud lo pedido y tampoco en lo concerniente a los viáticos, por lo que no constituyen factor salarial al ser costos en que incurre el contratista en la ejecución del contrato. De igual forma, consideró que el demandante no puede solicitar la prima extralegal de campo como factor salarial, ya que es un ingreso ocasional que se le daba a este.

META PETROLEUM CORP.; solicita se confirme la decisión, en razón a que no tuvo relación laboral con el demandante y solo se presentó relación comercial con Transportadora del Meta con quien no se comparte relación en sus actividades u

objeto social, adujo que no hay solidaridad, porque el trabajador no laboró en favor de Metapetroleum aunado a que el actuar de esta estuvo revestido de buena fe.

PACIFIC STRATUS ENERGY COLOMBIA CORP.: requiere se confirme la sentencia y se absuelva a Pacific Stratus por ser un tercero ajeno al proceso, debido a que la entidad no tiene relación laboral con el demandante y solo se presentó relación de carácter comercial, posterior a la vigencia laboral del accionante, con Transportadora del Meta con la cual no se comparte vínculo en sus actividades u objeto social. En adición, postula que no se presenta solidaridad porque el trabajador no laboró en favor de esta.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si procede la condena al pago de las horas extras, viáticos, la prima no constitutiva de salario y conforme a ello la reliquidación de las prestaciones.

No se presentó ninguna inconformidad respecto a la relación laboral, la nivelación salarial, el bono de productividad y el bono de accidentalidad, motivo por el cual estos puntos no serán objeto de estudio.

Horas extras o trabajo suplementario.

Indica el actor que conforme a la carga dinámica de la prueba, la demandada debía aportar la documental ya que era la única que tenía en su poder los documentos que acreditaban las horas extras laboradas por el trabajador, pero que se escudó en que eran confidenciales para no allegarlos, razón por la que no se pudo efectuar condena por este concepto.

Respecto a la prueba documental que señala el recurrente no fue aportada, se observa que TRANSMETA S.A.S. en la contestación de la demanda, manifestó que aportaba los soportes de nómina donde se encuentran las horas extras laboradas y que la documental solicitada como prueba, esto es, las "guías de transporte de hidrocarburos, donde consta la fecha y hora de cargue y descargue" reposan en los archivos de los propietarios de la carga, razón por la cual no podían ser aportadas.

En la audiencia realizada el 15 de noviembre de 2018 (fls. 945 a 947) se requirió a la TRANSPORTADORA DEL META S.A.S y a ECOPETROL S.A. para que allegaran las documentales solicitadas en la demanda, a lo que TRANSMETA S.A.S en escrito que obra a folio 954, respondió que estas eran entregadas al contratante propietario de la carga, razón por la que le era imposible aportar dicha prueba y las demás demandadas con escrito del 6 de diciembre de 2018, allegaron 10 guías de transporte de hidrocarburos (fls. 956 a 965) y otras guías en un CD visto a fl. 1007.

En las mencionadas guías, se indica la hora de salida del vehículo pero no la hora de llegada o de descargue, por lo que no es posible concluir de ellas, cuáles habían sido las horas extras laboradas por el demandante, lo que en efecto fue tenido en cuenta por la Juez en la sentencia de primera instancia para absolver a las demandadas de la condena por este concepto. Adicionalmente no se practicaron los testimonios decretados por solicitud de la parte actora por falta de interés de esta, por lo que debe decirse que no fue por falta de la documental solicitada que se absolvió a la demandada de la condena al pago de horas extras, sino porque revisada ésta, no se probó la existencia del trabajo suplementario alegado, motivo por el cual se confirma en esta instancia la decisión tomada al respecto, pues no es cierto que TRANSMETA S.A.S. se hubiera escudado en la confidencialidad de la documental para no aportarla, pues se reitera que esta sí fue suministrada solo que allí no se establece de manera alguna que el actor hubiera laborado horas extras diferentes a las liquidadas que obran a folios 84 a 91, por lo que al no existir prueba de ellas tampoco es viable la reliquidación solicitada.

Viáticos.

Indica el recurrente que debieron tenerse en cuenta los viáticos que le eran pagados al demandante, para lo que se tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 131 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone:

- “1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.*
- 2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.*
- 3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquellos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.”*

Según lo manifestó en el interrogatorio de parte el actor, se pagaban \$40.000 diarios antes del viaje para cubrir los gastos de gasolina, parqueadero, "despinchadas" y lavado del vehículo y ocasionalmente se pagaban para alojamiento, por ello es necesario tener en cuenta que no obra prueba alguna que permita determinar cuándo o cuantas veces se cancelaron, como tampoco que fueran en forma permanente, pues revisadas las guías de transporte de petróleo curdo que se aportaron, se observa que en su mayoría los viajes que realizaba el actor eran a Guaduas - Cundinamarca y solo hay una guía por un viaje a Barranquilla, por lo que al residir el demandante en la ciudad de Bogotá, es entendible que los viáticos que se reconocían no eran para alojamiento sino que en efecto, lo eran para los gastos de gasolina, lavado del vehículo, "despinchadas" y otros que ocasionara el vehículo en el viaje.

Adicionalmente, a folios 84 a 91 obran los comprobantes de nómina en los que no se observa pago alguno de viáticos entre febrero de 2013 y abril de 2013 que fue el tiempo que duró la relación laboral.

Prima no constitutiva de salario.

En los comprobantes de nómina allegados por el demandante (fls. 81 y siguientes) es claro que se cancelaba mensualmente una prima extralegal no constitutiva de salario, también es cierto que acorde con la cláusula tercera del contrato de trabajo (fl. 51), las partes acordaron expresamente que no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan al trabajador en dinero o en especie por concepto de "beneficios o auxilios ocasionales o habituales, tales como alimentación, habitación, vestuario, transporte, aguinaldos, pasajes, uniformes, sobresueldos primas o bonificaciones extralegales de vacaciones, de servicios, de antigüedad y de navidad, auxilios o becas para estudio, auxilios por muerte de familiares, por calamidad doméstica, auxilios o reconocimientos por drogas o consultas médicas u odontológicas, bonos por desplazamientos o cualquier otro pago o beneficio."

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo define los pagos que no constituyen salario en los siguientes términos:

"Pagos que no constituyen salarios. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria 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 las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

La norma permite que entre empleador y trabajador se acuerden pagos que no constituyen salario, pero es preciso que dichos pagos cumplan con determinados criterios pues si bien la norma da cierta libertad para que las partes acuerden que algunos pagos no constituyan salario, también lo es que deben cumplir ciertos requisitos como que el pago no retribuya el trabajo, que no cambie la naturaleza de un pago, que sea específico y que tenga una destinación clara y determinada, pues cualquier pago que tenga como objetivo remunerar al trabajador por su servicio no puede ser calificado como ingreso no constitutivo de salario.

Revisado el anexo correspondiente, se tiene que en este caso, el pago que se hacía por este concepto, lo era teniendo en cuenta el kilometraje recorrido y previamente se había pactado expresamente en la cláusula tercera del contrato de trabajo que no sería constitutivo de salario el reconocimiento de un bono por desplazamiento, que es lo que corresponde o se entiende como la prima no constitutiva de salario que por kilometraje recorrido se pagaba mensualmente al demandante. Razón por la que se confirma en este aspecto la sentencia de primera instancia.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMA** en todas sus partes la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GUSTAVO GRANADOS VIRACACHA contra
TRANSPORTES AUTOSOL S.A.S Rad. 2017 00667 01 Juz. 26.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

GUSTAVO GRANADOS VIRACACHA demandó a TRANSPORTES AUTOSOL S.A.S para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 8.

- Contrato de trabajo a término indefinido por los períodos: 21 de mayo al 15 de agosto de 2003 y 1 de julio de 2005 a 23 de agosto de 2017.
- Reintegro de las sumas descontadas por daño de guardabarrros.
- Salarios (8 días correspondientes a la suspensión del contrato).
- Liquidación de las prestaciones sociales con el verdadero salario devengado.
- Indemnización del art. 65 CST.
- Sanción por la no consignación de las cesantías.
- Indemnización por despido injusto.
- Aportes a pensión.
- Costas.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls 2 a 5. Se vinculó con Transportes Autosol S.A.S. con un contrato a término indefinido desde el 21 de mayo al 15 de agosto de 2003 en el cargo de conductor de tractomula, su horario era de lunes a sábado de 6:00 am a 6:00 pm, el cual podría ser extendido a solicitud del empleador, su función principal era el transporte de vehículos a diferentes ciudades. El 01 de julio de 2005 se vinculó nuevamente con la demandada bajo las mismas condiciones de la vinculación inicial, el empleador dejó de cumplir con sus obligaciones, el 2 de junio de 2010 se le expidió una certificación laboral

donde se indicó que el salario promedio mensual era de \$1.500.000 discriminado así: 1 SMLMV más el 8% de comisiones o porcentaje del valor del flete por cada viaje, sus aportes a pensión durante la relación laboral no se hicieron completos, en varias oportunidades le solicitó a la demandada el pago total de sus prestaciones sociales a las que no se accedieron por eso presentó su renuncia por despido indirecto el 25 de agosto de 2017 y en la liquidación final de prestaciones (\$3.512.968) no le fue tenido en cuenta todo el tiempo laborado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 67 a 79.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el cargo, funciones, la renuncia presentada el 25 de agosto de 2017 y la liquidación del contrato conforme el tiempo que duro la vinculación.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción acción derivada de las acreencias laborales pretendidas, inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago total de las acreencias laborales pretendidas, buena fe por parte del patrono, total carencia de buena fe del demandante y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido entre Gustavo Granados Viracachá y Transportes Autosol S.A.S. comprendidos entre el 21 de mayo al 15 de agosto de 2003 y entre el 01 de julio de 2005 al 23 de agosto de 2017. Condenó a la demandada a pagar las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

- Reliquidación de cesantías \$1.949.400
- Indemnización por despido sin justa causa \$13.156.253
- Cálculo actuarial por el primer contrato de trabajo (21 de mayo al 15 de agosto de 2003) junto con los intereses moratorios, para lo cual dispuso tomar como salario la suma de \$332.000 equivalente al salario mínimo legal vigente de la época.
- Reliquidación de los aportes a pensión efectuados en los años: 2009, 2010, 2013 a 2017.

Y absolvió a la pasiva de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al evidenciar que la documental aportada da cuenta de la existencia de la relación laboral, específicamente la liquidación de prestaciones sociales y las certificaciones laborales emitidas por la demandada, como quiera que el empleador no logró desvirtuar la

información registrada en éstas, pese a que afirmó que el contenido de las certificaciones no era real, en consecuencia, la juez les dio plena validez en aplicación a lo expuesto por la jurisprudencia de la CSJ. Para efectos prestacionales determinó los salarios probados para los años 2009 a 2017 y respecto de los demás años dijo que se tomaría el salario mínimo legal de cada anualidad por no existir prueba de haber devengado una suma superior. Accedió a la indemnización por despido injusto porque no se pagó en debida forma las acreencias laborales lo que generó un incumplimiento del empleador de sus obligaciones legales. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las sumas y conceptos generados con anterioridad al 24 de agosto 2014, excepto los aportes a pensión. Reliquidió solamente las prestaciones (cesantías) a que hubo lugar conforme los salarios probados en el proceso y absolvió de las acreencias sobre las cuales no se pudo establecer diferencias en el pago. Absolvió de las indemnizaciones del art. 65 del CST y art. 99 de la Ley 50/90 pues consideró que si bien las acreencias laborales del demandante fueron liquidadas con base en un salario mínimo y las cesantías no se pagaron de forma completa, ello lo fue porque la empresa actuó bajo la convicción de que los incrementos o comisiones pagados no eran constitutivos de salario, y fue solo a partir del año 2014 que las partes acordaron que esos dineros adicionales al salario mínimo también iban a ser factor salarial.

Recurso de apelación

La parte actora, señala que el A quo no tuvo en cuenta el verdadero salario devengado que ascendió a la suma de \$1.500.000 mensuales y estuvo integrado por el básico más incentivos tal y como lo certificó la demandada en un sin número de documentos. Considera que el empleador actuó de mala fe al no cancelar la totalidad de las prestaciones sociales al trabajador con el salario realmente devengado y por esa razón resulta procedente su reliquidación, igualmente son procedentes las indemnizaciones tanto del art. 65 del CST como la del art. 99 de la Ley 50/90, porque hacer descuentos que jamás se autorizaron, suspender al trabajador de sus actividades sin el debido proceso, no pagar bien las cesantías y demás prestaciones son un acto de mala fe. Además solicita la reliquidación de todos los aportes a seguridad social.

La demandada, expone que la juez no valoró en debida forma la totalidad de las pruebas allegadas, insiste que entre las partes no existió un contrato de trabajo en el año 2003 pues para esa época el demandante prestaba sus servicios de manera esporádica y por viajes. No comparte las condenas impuestas por el despacho, pues considera que no se adeuda ninguna suma ni concepto y todos los rubros fueron cancelados conforme la realidad salarial del demandante. Dijo que los hechos de la demanda no tienen relación con las pretensiones y que esto afecta el derecho de defensa de la pasiva. Resaltó que el actor manifestó en su interrogatorio de parte que una de las certificaciones no era real, el demandante siempre

percibió un salario mínimo y los incentivos existentes fueron pagados por mera liberalidad por lo que no entiende porque después de 12 años el demandante acude a reclamarlos en el proceso cuando durante la vigencia del contrato no expresó inconformidad alguna, circunstancia que aplica para la condena por despido injusto, pues no considera dable dar credibilidad a los argumentos que expuso el actor en la carta de renuncia máxime cuando el actuar de la demandada siempre ha sido de buena fe.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifestó que se probó con la liquidación de prestaciones sociales y de la certificación laboral expedida por la demandada, la existencia del contrato de trabajo acaecido desde el 21 de mayo al 15 de agosto de 2003. Adujo que la empresa no cumplió con sus obligaciones pues por el contrario pagó de forma incompleta las acreencias laborales al omitir el verdadero salario del actor.

Parte demandada: indicó que no es procedente la declaratoria de la relación laboral del año 2003 dado que para esa data el demandante prestaba sus servicios esporádicamente y por viajes, por lo que no está obligada al pago de acreencias laborales. Afirmó que la certificación laboral expedida fue por solicitud del trabajador y como un favor y pues ello que no puede ahora beneficiarse de tal circunstancia. Concluyó que cumplió con todas las obligaciones legales, como quiera que el verdadero salario de VIRACACHA siempre fue el salario mínimo.

CONSIDERACIONES

Conforme los recursos de alzada, procede La Sala a determinar si para el año 2003 existió un contrato de trabajo entre las partes, cual fue el salario realmente devengado por el actor a efectos de reliquidar sumas adicionales a las establecidas por la juez o si por el contrario la empresa demandada se encuentra a paz y salvo con los pagos a los que tiene derecho el demandante, también se analizará si en el asunto procede el pago de las indemnizaciones de los art. 65 del CST y 99 de la ley 50/90 y si hay lugar a imponer condena por indemnización por despido injusto.

Existencia del Contrato de Trabajo

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 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". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales:

a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

En el proceso se recaudó el **interrogatorio de parte del representante legal de la demandada**, quien conoce al demandante porque prestaba sus servicios esporádicos o por viajes en el año 2003, él en ese momento solicitó una certificación para vincularse laboralmente con otra empresa, insistió en que para esa época no existió relación laboral, fue él (representante legal) en calidad de jefe de personal quien expidió la certificación laboral en controversia. Acepta la segunda vinculación la que sí fue mediante un contrato de trabajo, el actor durante toda su vinculación siempre devengó un salario mínimo, a ellos se les entregaba un incentivo cuando el viaje se entregaba en perfecto estado. Todos los salarios certificados se expidieron para hacerle favores al actor, el único descuento que se hace a los trabajadores son los relacionados con sus aportes. Sabe que la suspensión del contrato de trabajo obedeció a un incumplimiento de GRANADOS VIRACACHA al negarse a realizar un viaje y eso le generó inconvenientes a la empresa. La renuncia fue aceptada pero no sus motivos, la empresa siempre cumplió con el deber de consignar las cesantías, del año 2005 al año 2013 se acordó un salario mínimo, a partir del año 2014 se llegó a un acuerdo con los conductores porque mejoraron las condiciones económicas de la empresa y se procedió a pagar las acreencias conforme el básico y los incentivos (últimos que seguían siendo esporádicos). Siempre se cumplió con todos los pagos en tiempo. No recuerda que se haya hecho descuentos efectuados al trabajador (guardabarros o salarios). A la terminación del contrato se pagó la totalidad de las acreencias a las que tenía derecho el trabajador.

GUSTAVO GRANADOS VIRACACHA en el interrogatorio de parte, dijo que se vinculó con la demandada desde el 21 de mayo de 2003 y se retiró el 15 de agosto de ese año, su vinculación fue con contrato de trabajo a término indefinido y su retiro fue por la falta de pago de aportes a seguridad social. Fue contratado nuevamente el 01 de julio de 2005 hasta el 23 de agosto de 2017, devengó un salario mínimo más comisiones y ese era el sueldo

promedio, la empresa pago sus acreencias laborales conforme el salario mínimo, le fue descontado del salario daños en la carga. Reclamó en varias oportunidades a la empresa la diferencia en los pagos mal liquidados. Sus cesantías no fueron consignadas en su totalidad porque siempre se liquidó con un salario mínimo, siempre reclamó de forma verbal el pago completo de sus acreencias. No recuerda si la firma que se plasmó sobre la certificación laboral (2010) fuese suya, de pronto la firmó por la necesidad.

La testigo **SONIA MARTINEZ** (directora financiera de la demandada) sabe que el demandante se desempeñaba como conductor desde el 2005 hasta el 2017, dijo que todos los conductores recibían un salario mínimo, ocasionalmente le reconocían incentivos por entregar la carga en buen estado. A partir del 2014 se acordó con los empleados que los aportes se liquidarían sobre el salario más los incentivos o comisiones, dijo que el actor nunca presentó inconformidad sobre el pago de las prestaciones sociales y que no conoce cuales fueron los motivos de su renuncia. No recuerda que el demandante haya trabajado para el 2003 y si llegó a suceder debió haber ocurrido mediante contratación de viajes. La empresa siempre cumplió con sus deberes como empleador.

El testigo **JOSÉ MARDEN BERMUDEZ** (director de operaciones de la demandada) fue el jefe directo de GRANADOS VIRACACHA desde el año 2011, no sabe cuál era el salario del actor, no le consta si le efectuaban descuento alguno. Dijo que el trabajador fue suspendido una vez al negarse a realizar un viaje, no conoce inconformismo alguno por parte del actor, no conoce cuales fueron las razones de su retiro, no le consta vinculación para el año 2003, cree que al actor se le afilió a seguridad social durante todo el tiempo de la relación laboral porque este era un requisito para poder entrar a puertos, no le consta que se le hicieran descuentos, el actor fue amonestado porque en una oportunidad no quiso salir de viaje. No le consta nada sobre el tema prestacional porque es un asunto que no manejó.

También se cuenta con carta de renuncia del 23 de agosto de 2017 presentada por el incumplimiento de las obligaciones del patrono (fls. 16 y 17), certificación laboral expedida por la demandada de fecha 15 de agosto de 2003 en el que consta que GUSTAVO GRANADOS VIRACACHA laboró como conductor de tractomula desde el 21 de mayo al 15 de agosto de 2003 (fl. 18), certificación laboral del 23 de agosto de 2017, en la que se indica que el demandante se vinculó como conductor de vehículo niñera desde el 1 de julio de 2005 al 23 de agosto de 2017 (fl. 19), respuesta a la renuncia del 25 de agosto de ese año de la que se resalta que el retiro del actor no obedeció a un despido indirecto pues no se la adeudan acreencias laborales (fl. 20), comunicación dirigida al Fondo Nacional del Ahorro del 2 de junio de 2010 en la que certifica que el trabajador se vinculó con un contrato a término indefinido desde el 1 de julio de 2005 se desempeñó como conductor y su salario correspondió a la suma de \$1.500.000 (fl. 21), liquidación del contrato de trabajo de por valor de \$3.512.968 (fl. 22) en la que se tomó como salario básico \$1.560.035, comprobante

de liquidación de vacaciones del ciclo julio 1 de 2013 al 30 de junio 2014 (\$661.848) y ciclo julio 01 de 2014 a junio de 2015 (694.728) (fls. 23 y 84), comprobantes de nómina de: mayo y junio de 2016 (fls. 29 y 30), mayo y abril de 2009 (fl. 31), enero de 2013 a agosto de 2017 (fls. 156 a 211). Asimismo, se aportó, paz y salvo del contrato de trabajo del 23 de agosto de 2017 (fl., 328), soporte de liquidación de prima de diciembre de 2016 (\$681.394), junio de 2014 (723.750) y junio de 2017 (\$784.692) (fls. 33, 83 y 85), liquidación de intereses a las cesantías por valor de \$61.800 (fl.36), comunicado de suspensión de labores del 29 de octubre de 2014 (fl. 43), comunicación dirigida al banco de Bogotá de 6 de junio de 2016, en la que la empresa certifica que el trabajador se vinculó con un contrato a término indefinido desde el 1 de julio de 2005 se desempeña como conductor de tractomula y devenga un salario mínimo más un promedio por incentivos en cuantía de \$733.076 (fl. 82), certificado laboral dirigido al Fondo Nacional de ahorro del 2 de junio de 2010, en que la que se señaló: *"Hago constar que esta certificación no es real"* (fl. 127).

Del análisis del caudal probatorio para definir el asunto, La Sala lo primero que advierte es que las certificaciones aportadas si van a ser tenidas en cuenta en su integridad, en virtud de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en relación al valor probatorio que se debe tener frente a las certificaciones expedidas por el empleador, ya que en términos de la Corte *"si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."* Y en el asunto pese al esfuerzo de la convocada a juicio en desvirtuar la existencia de la relación laboral para la anualidad 2003, lo cierto es que los argumentos expuestos (expedición de la certificación para hacer un favor) no son lo suficientemente convincentes para justificar su proceder, por ello la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre Gustavo Granados Viracachá y Transportes Autosol S.A.S. entre el 21 de mayo al 15 de agosto de 2003, se encuentra ajustada a la realidad probatoria acreditada en el expediente.

Salarios

En la demanda se indica que el actor devengó un salario promedio de \$1.500.000 conforme las diferentes certificaciones expedidas, y que su remuneración estuvo integrada por un básico que correspondía al salario mínimo más el 8% de comisiones o porcentaje del valor del flete por cada viaje (hechos 8, 9 y 23), en ese orden, el salario fijo siempre fue un mínimo y de ahí en adelante su excedente era determinado por el porcentaje de la mercancía transportada. Ahora para determinar cuál fue el valor adicional cancelado se probó en el

proceso con las documentales que obran a folios 21 a 27, 29, 30, 31, 33, 34, 81, 82, que el demandante devengó en los siguientes valores en estos años:

Año	Salario
2009	\$1.500.000
2010	\$1.500.000
2013	\$1.425.000
2014	\$1.296.017
2015	\$1.454.455
2016	\$1.362.788
2017	\$1.560.035

Para los demás años el actor faltó a su deber contemplado en el artículo 167 del CGP, por eso la decisión de la juez de tomar el valor correspondiente al salario mínimo vigente para los demás años en los que estuvo vigente la relación laboral está ajustada a derecho, pues era deber del promotor del litigio acreditar cuales fueron las sumas adicionales que percibió en virtud de las comisiones aludidas, máxime cuando él fue quien aseveró en su interrogatorio que devengó un salario promedio integrado por el mínimo más comisiones. En consecuencia este ítem se confirma.

Reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Como quiera que la reliquidación de las prestaciones sociales dependía de la modificación de la cuantía del salario determinado por la juez, respecto de este asunto La Sala no emitirá pronunciamiento precisamente por la improcedencia advertida. Así mismo se precisa que la cuantía de las cesantías calculadas en instancia no fue objeto de reproche y por ello estas no se revisan. En cuanto a los aportes a seguridad social en pensión, se advierte que los que corresponden al año 2003 deben hacerse mediante el cálculo actuarial que determine el fondo de pensiones en el que está afiliado el demandante, tal como lo precisó la juez y para ello se debe tomar el salario mínimo de ese año porque no hay prueba de haber percibido una suma adicional, y en cuanto a los demás años solo procede la reliquidación de los aportes para los años 2009, 2010, 2013 a 2017 conforme los salarios ya individualizados.

Indemnizaciones de los art. 65 del CST y 99 de la ley 50/90

La indemnización moratoria prevista en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50/90, incorporan como penalidad el pago de un salario diario por cada día de retardo, si a la terminación del vínculo laboral el empleador omite el pago de salarios y prestaciones, y cuando no se paga en tiempo el auxilio de las cesantías, supuestos de hecho que admiten

valoraciones respecto del comportamiento del empleador en el desarrollo del contrato de trabajo, para establecer si actuó de buena fe. Así ha adocinado la jurisprudencia en cuanto a que tales indemnizaciones no operan de manera automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento, entre otras se puede consultar la sentencia 26.757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas. En el asunto resalta La Sala que el actuar del empleador está revestido de buena fe, pues la totalidad del material probatorio permite evidenciar que siempre pago las acreencias laborales en término, los valores cancelados por salarios, prestaciones y aportes se realizaron con el salario mínimo porque siempre se tuvo la convicción de que este fue el valor pactado, en el proceso se alegó como factor salarial el pago de unas comisiones, pero no se acreditó su cuantía o cotidianidad, y a la terminación del contrato al trabajador le fue cancelada la respectiva liquidación conforme lo devengado en ese momento. En consecuencia todos estos aspectos permiten colegir que el comportamiento de la empresa no fue evasivo en cuanto a sus deberes como empleador. Por esta razón se **CONFIRMA** la decisión de instancia.

Indemnización por despido injusto

Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por parte del trabajador, conforme renuncia motivada que reposa a folios 16 y 17, decisión a la que llegó el demandante ante el incumplimiento de su contrato de trabajo. Al respecto la empresa aceptó que el actor presentó tal documento pero no admite las razones allí expuestas (fls. 20 y 21) pues considera que siempre ha cumplido con sus obligaciones labores. Los argumentos alegados por el actor para desvincularse de la empresa son el pago incompleto de los aportes pensionales, el no pago completo de las cesantías y demás prestaciones conforme lo devengado por comisiones, los descuentos sin autorización, pago injusto por concepto de auxilio de viaje, sanción injusta de 8 días y el no pago del auxilio de transporte. De todas estas causales alegadas por el demandante, se observa que este cumplió la carga probatoria al acreditar en el proceso las faltas endilgadas a la empresa en cuanto al pago incompleto de los aportes a pensión y lo relacionado con el cálculo de las cesantías, tan es así que tales pretensiones prosperaron el asunto. Por ello, este ítem también se **CONFIRMA**.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman, sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de julio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman, sin costas en la alzada.

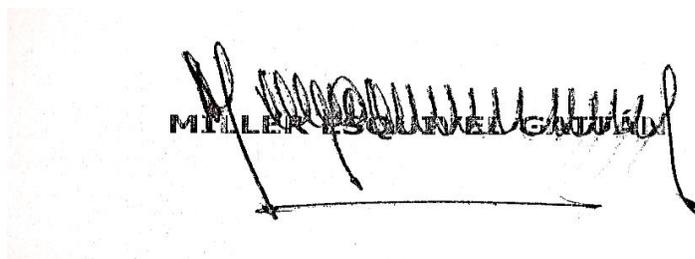
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OLGA TIQUE DE CAMERO CONTRA
INVERSIONES CASA BRAVA LTDA. Rad. 2017 – 00723 01. Juz. 30.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de julio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

OLGA TIQUE DE CAMERO demandó a INVERSIONES CASA BRAVA LTDA., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 58 a 59.

- Declaración de existencia de contrato de trabajo a término indefinido.
- Declaración de terminación unilateral del contrato de trabajo por culpa atribuible al empleador.
- Pago de auxilio a las cesantías.
- Pago de intereses a las cesantías.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Sanción por no pago de los intereses a las cesantías.
- Indemnización por no afiliación a la caja de compensación familiar y pago de subsidio familiar.
- Calculo actuarial de los aportes al sistema general de seguridad social.

- Reconocimiento y pago de la pensión de vejez.
- Indemnización por falta de pago de prestaciones sociales.
- Indemnización por despido sin justa causa.
- Indexación.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 56 a 58. La demandante celebró contrato de trabajo a término indefinido con INVERSIONES CASABRAVA el 29 de octubre de 1994. El cargo para el que la habían contratado era referido como de oficios varios. El lugar donde desempeñó sus labores durante toda la vigencia de la relación laboral, fueron las instalaciones del establecimiento comercial denominado Restaurante Casa Brava. La demandada no afilió a la actora al fondo de pensiones y cesantías durante todo el vínculo laboral, correspondiente a los años 1994 a 2004. Tampoco le cancelaron las cesantías, intereses a las cesantías, pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes al periodo 1994 a 2004. Pese a que no estaba afiliada al sistema general de seguridad social en pensiones, la empleadora efectuaba los descuentos respectivos a la trabajadora. Debido a la omisión de la empresa para realizar las cotizaciones en pensión, la demandante no tuvo acceso a su pensión de vejez. Así mismo, no fue afiliada a la caja de compensación familiar ni le cancelaron el valor correspondiente al subsidio familiar que tenía derecho por tener un menor de 12 años de edad a su cargo, al inicio de la relación laboral. La jornada laboral que cumplía era de lunes a domingo, en turnos alternos por la noche y en el día, con jornadas de hasta 10 horas por turno con un día de descanso a la semana. El pago era cancelado de forma quincenal. La demandante entre los meses de agosto 2013 y septiembre de 2016 fue víctima de maltrato verbal y físico por parte del señor Oscar Becerra Ruiz que fungía como administrador del restaurante y por parte del propietario Silvio Becerra Ruiz, que la inducía a renunciar.

Ante el maltrato recibido por su superior, se vio presionada a presentar renuncia al cargo que desempeñaba, invocando el artículo 63 del CST numerales 2 y 6. Mediante oficio del 6 de octubre de 2016, le fue aceptada la renuncia por parte de la demandada. Junto al oficio, iba anexo un aviso de depósito judicial del Banco Agrario por valor de \$1.395.309 a nombre del Juzgado Promiscuo Municipal de la Calera, así mismo adjunto la liquidación de prestaciones sociales por la suma de \$1.395.309. La demandante recibió el pago de su liquidación el 13 de enero de 2017. La accionada no canceló el valor de la indemnización por despido sin justa causa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado correspondiente, la demandada contestó en términos del escrito visible a folios 108 a 115.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el contrato de trabajo celebrado, el cargo desempeñado, el lugar del cumplimiento de la actividad laboral, que no afilió a la actora al fondo de pensiones y cesantías, la negativa de la pensión de vejez por no pago de aportes, la renuncia presentada por la demandante, la aceptación de la renuncia, el trámite de paz y salvo por renuncia, el pago del depósito judicial y liquidación.
- Propuso como excepción de fondo; la inexistencia de la obligación.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin mediante sentencia en la cual dispuso:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada *INVERSIONES CASABRAVA S.A.S.*, como empleador y la señora *OLGA TIQUE DE CAMERO* identificada con *C.C. No. 28.844.019*, como trabajadora, existieron dos contratos de trabajo a término indefinido; el primero a partir del 29 de octubre de 1994 al

16 de octubre de 1998, con interrupción a partir del 17 de abril d 1995 ante la SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES DEL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO y el segundo a partir del 09 de mayo de 2000 hasta el 06 de octubre de 2016 terminado por renuncia de la trabajadora, de conformidad con lo expuesto en la pare motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, Sociedad INVERSIONES CASABRAVA S.A.S., al reconocimiento y pago a favor de la demandante señora OLGA TIQUE DE CAMERO, las siguientes sumas dinerarias y conceptos:

- a. \$6.921.113,61 por cesantías.
- b. \$53.737 intereses a las cesantías.
- c. \$1.516.801 por indemnización art. 65 C.S.T.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO, con relación a las indemnizaciones del art. 64 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social, afiliación a Caja de Compensación familiar y pensión, conforme a lo expuesto.

ABSOLVER A LA PARTE DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

CUARTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Liquédense por secretaria e inclúyase como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000).

Llego a la anterior conclusión al analizar la documental aportada, de la cual estableció que no se puede determinar la existencia de un único contrato, por el contrario las partes suscribieran un contrato de trabajo a término indefinido el 10 de mayo de 2000, data a partir de la cual se inicia la segunda relación. No existe discusión frente a la fecha inicial y final del vínculo laboral. En relación con la terminación dijo que no fue acreditado que la demandante enviara la carta de renuncia y que hubiera expuesto las justas causas, por lo que no hay lugar a esta indemnización. Encontró que la actora si fue afiliada a la caja de compensación. Declaró probada parcialmente la excepción de cobro de lo no debido con relación a las indemnizaciones del artículo 64 C.S.T. y 99 de la ley 50 de 1990 y aportes al sistema de seguridad social integral, afiliación a caja de compensación familiar y pensión.

Recurso de apelación

La parte demandante se encuentra inconforme con la declaratoria del segundo contrato de trabajo, en virtud que a la demandante Olga Tique de Camero nunca se le preguntó si el segundo contrato lo había firmado o no, en este orden de ideas no hay certeza sobre dicho documento. Con relación a la terminación del contrato por justa causa atribuible al empleador, señala que se aportó la carta de renuncia, inclusive, con las certificaciones de entrega de inter rapidísimo al empleador. Con respecto al reconocimiento y pago del subsidio familiar se aportó una certificación de compensar en la cual se extendía cual era el valor para esa fecha, que es lo que la Corte Suprema de justicia en jurisprudencia ha estatuido con el documento que se debe aportar, sin que se pueda exigir el registro civil. Señala que aporato elementos suficientes para una condena a cargo de la demandada por la tardanza en el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones. Solicita se revise el monto de las agencias en derecho.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada: no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La

sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, el cual se limita a establecer si existió una sola relación laboral o si fueron dos como quedo establecido, si la finalización del contrato obedeció a un despido con justa causa, y la procedencia del pago del subsidio familiar.

Existencia del Contrato de Trabajo y extremos

No se encuentra en controversia la prestación del servicio por parte de la demandante, como tampoco que el vínculo inició el día 29 de octubre de 1994, y finalizó el 6 de octubre de 2016. De esta manera, lo que se debe establecer es si existió una interrupción entre el 19 de octubre de 1998 y el 9 de mayo de 2000, o si por el contrario se trató de una única relación laboral.

En lo que importa al recurso, al plenario la parte demandante allegó el contrato de trabajo a término indefinido (fl. 3), en el formato pre impreso MINERVA 10-01 con serial 9180586 en la parte inferior se lee “REV. 03-2003”, de igual manera a un costado señala “SIEMPRE AL DÍA! LEY 789 2002”, este no cuenta con la suscripción de las partes. La demandada junto con la contestación aportó contrato de trabajo a término indefinido (fl. 116 a 118) con fecha de inicio de labores el 10 de mayo de 2000, documental que fue suscrito por los intervinientes. Allegó prueba de los pagos a seguridad social desde enero a diciembre de 1998 (fls. 198-199) y enero a septiembre de 1999 (fl. 200-201). Es de anotar que en el reporte de semanas expedido por Colpensiones (fl. 199 y 201) fue allegado por la demandada a fin de acreditar el pago de sus aportes entre los años 1994 y 1999.

La demandante **Olga Tique de Carrero** al absolver interrogatorio de parte, dijo que laboró para la demandada desde el 29 de octubre de 1994 y hasta el 16 de septiembre de 2016, momento en el que presentó renuncia por acoso laboral por parte del administrador. Informó que estuvo afiliada al ISS, después por

instrucciones del empleador se trasladó a Porvenir. El salario era el smmlv, trabajaba domingos y festivos, tenía un día de descanso en la semana, el horario era de 7 am a 3 pm o 4 pm. Cerraron el establecimiento por la DIAN como por 5 meses, tiempo en que no trabajó. Luego se vinculó con CASA BRAVA nuevamente. En Porvenir le devolvieron lo ahorrado porque no alcanzaba a la pensión. Dijo que estuvo afiliada a la caja de compensación familiar pero que no le pagaron un subsidio familiar.

Así las cosas, de las documentales aportadas se tiene que la demandada de manera tacita acepta la existencia de la relación laboral entre el 1 de enero de 1998 y 30 de septiembre de 1999, pues con ellas quiso demostrar el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones como obligación a su cargo dentro del vínculo laboral que unió a las partes. Sin embargo, entre el 1 de octubre de 1999 y 9 de mayo de 2000, no se allegó prueba alguna que dé certeza a esta Sala de la prestación del servicio por parte de la señora Olga Tique de Camero y a favor de la demandada INVERSIONES CASA BRAVA LTDA. Nótese que el contrato suscrito por las partes tiene fecha de inicio de labores el 10 de mayo de 2000, sin que se pueda tener en cuenta el aportado en formato minerva (fl. 3), pues además de carecer de firma y fecha de inicio, en su parte preimpresa se lee "Ley 789 de 2002" y "REV. 03-2003", anualidades que resultan posteriores a las datas que aquí se analizan.

De las documentales de folios 128 a 149 se advierte la suspensión de actividades del establecimiento de comercio CASA BRAVA, por disposición del Ministerio del Medio Ambiente por resolución No. 276 de 14 de marzo de 1995.

En consecuencia, se establece que el contrato de trabajo tuvo vigencia a partir del 29 de octubre de 1994 al 30 de septiembre de 1999, con interrupción entre marzo de 1995 y febrero de 1996 ante la suspensión de actividades del establecimiento de comercio por disposición del Ministerio del Medio Ambiente por resolución No. 276 de 1995; el segundo vinculo a partir del 09 de mayo de 2000 hasta el 06 de octubre de 2016, sin que hay lugar a reliquidar las condenas, como quiera que estas fueron

impartidas únicamente sobre el segundo contrato. En este punto se modifica la sentencia.

Terminación del contrato de trabajo

Ahora, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto, se procede a determinar si en efecto el demandante renunció por una justa causa atribuible al empleador.

Sobre el tema del despido indirecto o auto despido resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia fechada 6 de abril de 2001, radicación número 13648, en la cual, al resolver una controversia semejante, dijo:

"... el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador."

"En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos."

Al respecto, la Sala precisa que son tres los aspectos que deben precisarse: *i)* establecer si el hecho de la renuncia ocurrió, *ii)* establecer si los hechos invocados como justa causa, ocurrieron, y *iii)* determinar si a la luz de las normas laborales, los hechos ocurridos constituyen una justa causa para renunciar.

- i) Con el fin de establecer el hecho de la renuncia, esta Sala de Decisión se remite al folio 93 del expediente donde se encuentra la carta de renuncia presentada por la actora ante el gerente de la demandada el día 21 de

septiembre de 2016, la que fue enviada por correo certificado según la certificación de la empresa de mensajería Interrapidísimo (fl. 94), que señala que la misiva fue recibida el 23 de ese mismo mes y año. A folio 121 reposa carta de aceptación de renuncia en la cual no se acepta ninguno de los hechos acusados.

- ii) Como quiera que se encuentra probado el hecho de la renuncia, le corresponde a esta Sala de Decisión determinar si los hechos invocados como justa causa, realmente ocurrieron. En tal sentido adujo la demandante los malos tratos recibidos de parte de Oscar Becerra Ruiz administrador del restaurante, de igual manera que fue trasladada sin autorización de fondo de pensiones de Colpensiones a Porvenir, y finalmente señaló la falta de pago de aportes al sistema de seguridad social lo que conllevó a no tener derecho al reconocimiento pensional.
 - a. En lo que relacionado con los malos tratos, la Sala se basa en la causal 2º del literal B del Decreto 2351 de 1965, que expresa: "*2. Todo acto de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el {empleador} contra el trabajador o los miembros de su familia, dentro o fuera del servicio, o inferidas dentro del servicio por los parientes, representantes o dependientes del {empleador} con el consentimiento o la tolerancia de éste.*", sin embargo en el plenario solo se cuenta con la afirmación de la demandante sin que este sea suficiente para su demostración, en consecuencia no se puede tener por probada esta causal.
 - b. Con relación al traslado de administradora de fondo de pensiones, solo se allegó el formulario de afiliación a Porvenir (fl. 123), en el cual consta la firma de la señora Olga y la firma y sello del empleador. Sin que se pueda establecer que el traslado se dio bajo las condiciones que señala la actora.
 - c. En lo que respecta a la falta del pago de los aportes a pensión, se advierte que el empleador en algunos periodos estuvo en mora en el

cumplimiento de esta obligación a pesar de realizar los descuentos a la trabajadora, esto se desprende de la relación histórica de movimientos de Porvenir (fls. 124 a 132) pues a manera de ejemplo los aportes del periodo 200610 se hicieron el 2011/11/05, los aportes de de agosto de 2001 a enero de 2004, mayo a octubre de 2004 y diciembre de 2008 se pagaron en marzo de 2018, sin embargo se advierte que entre los años 2006 y 2011 los aportes se realizaron oportunamente. Es de anotar que a folio 95 reposa comunicación de Porvenir a la demandante, en la cual se le pone de presente que en virtud de la petición del 9 de agosto de 2011 le fueron devueltos los saldos de la cuenta de ahorro individual y el del bono pensional.

Así las cosas, la Sala no encuentra razón en las afirmaciones de la demandante, pues las faltas que se le atribuyen al empleador no fueron demostradas. Además, se debe tener en cuenta que si bien la demandante no tuvo derecho al reconocimiento pensional no quedo demostrado en el plenario las razones de la administradora para proceder en tal sentido, por lo que se confirmara en este punto el fallo apelado.

Sanción por no pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social

En caso de mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción moratoria a cargo del empleador, así:

ARTÍCULO 23. SANCIÓN MORATORIA. *Los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. **Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso.** (Subrayas fuera del texto).*

Por lo anterior, en marzo del año 2018, cuando el empleador realizó el pago de los aportes para pensión de los meses de agosto de 2001 a enero de 2004, mayo a octubre de 2004 y diciembre de 2008 (fls. 246 a 285), la AFP realizó el cálculo de los intereses conforme lo previsto en la norma transcrita.

Resalta La Sala que no se demostró cuáles fueron las causales invocadas por la AFP Porvenir a la cual se encuentra afiliada la demandante para negar el reconocimiento pensional, por lo que no es posible atribuir a la aquí demandada que Olga Tique no hubiera podido acceder a la pensión de vejez.

Reconocimiento Y Pago Del Subsidio Familiar

En punto del subsidio familiar, a pesar de no haberse aportado el formulario de afiliación, de la respuesta dada por Compensar mediante correo electrónico (fl. 119 y 120), en la que se informa que el valor de la cuota monetaria por subsidio familiar es de \$5.900 para el año 1994, es palmario que la empresa afilio a sus trabajadores a esta caja de compensación familiar, por lo que tal como lo concluyo el A quo, queda desvirtuada la falta de afiliación.

Ahora, en relación con el pago de esta subsidio, no acreditó la actora el cumplimiento de los requisitos para acceder a tal beneficio, pues a pesar de aportar a folio 12 a 14 el registro civil de nacimiento de Cesar Augusto Camero Tique, el que da cuenta que su nacimiento ocurrió el 21 de agosto de 1982, lo cierto es que este derecho es solo cuando se tiene hijos que no sobrepasen la edad de 18 años, y para los mayores de 12 años tal como lo prevé la Ley 789 de 2002 en su artículo 3, se debe aportar el certificado de escolaridad, el cual no se allegó. Por lo que se debe confirmar en este punto la sentencia.

En relación con el desacuerdo respecto de suma establecida por las agencias en derecho que manifiesta tener la parte demandante, lo mismo se deberá recurrir en

su momento procesal oportuno y con el mecanismo para ello previsto en el artículo 365 del C.G.P.¹

De conformidad con lo expuesto, se **MODIFICA** la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal PRIMERO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandada *INVERSIONES CASABRAVA S.A.S., como empleador y la señora OLGA TIQUE DE CAMERO identificada con C.C. No. 28.844.019, como trabajadora, existieron dos contratos de trabajo a término indefinido; el primero a partir del 29 de octubre de 1994 al 30 de septiembre de 1999, con interrupción entre marzo de 1995 y febrero de 1996 ante la suspensión de actividades del establecimiento de comercio por disposición del Ministerio del Medio Ambiente por Resolución No. 276 de 1995; el segundo contrato a partir del 09 de mayo de 2000 hasta el 06 de octubre de 2016 terminado por renuncia de la trabajadora, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

¹ 5. La liquidación de las expensas y **el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.** La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

TERCERO: COSTAS: Las de primera se confirman. Sin condena en costas en esta instancia.

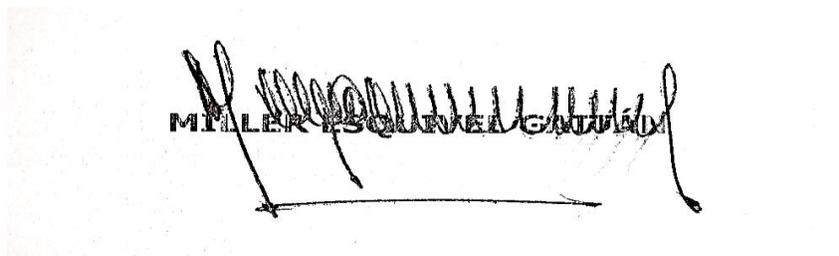
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE GERSON CASTAÑEDA PELÁEZ CONTRA LOGISTRANSPOBOTÁ LTDA. EN LIQUIDACIÓN. Rad. 2018 00146 01. Juz 27.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver en primer lugar la petición de la apoderada de la parte demandada remitida vía correo electrónico el día 24 de agosto del año en curso, mediante la cual manifiesta que mediante el estado electrónico del día 10 de agosto de 2021, se notificó auto que ordenó correr traslado a las partes por cinco días a cada una, por lo que el término para la parte demandante quien fue el único impugnante, inició el día 11 de agosto de 2021 y finalizaba el día 18 del mismo mes y año, sin que a su correo electrónico se allegara memorial alguno con la sustentación del recurso, por lo que remitió correos electrónicos a la secretaria y al despacho solicitando la sustentación, pero según la consulta de proceso en la página de la rama judicial, se evidencia que la contraparte no allego ningún memorial, razón por la que solicita se declare desierto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora conforme al inciso final del artículo 322 del C.G.P.

Para resolver se tiene en cuenta el citado artículo 322 del C.G.P. dispone:

"ARTÍCULO 322. OPORTUNIDAD Y REQUISITOS. El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas:

1. El recurso de apelación contra cualquier providencia que se emita en el curso de una audiencia o diligencia, deberá interponerse en forma verbal inmediatamente después de pronunciada. El juez resolverá sobre la procedencia de todas las apelaciones al finalizar la audiencia inicial o la de instrucción y juzgamiento, según corresponda, así no hayan sido sustentados los recursos.

La apelación contra la providencia que se dicte fuera de audiencia deberá interponerse ante el juez que la dictó, en el acto de su notificación personal o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación por estado.

2. La apelación contra autos podrá (...)

3. En el caso de la apelación de autos (...)

Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado.

PARÁGRAFO. La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite apelación de la sentencia. El escrito de adhesión deberá sujetarse a lo previsto en el numeral 3 de este artículo. La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.”

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-9512 de 2017 señaló:

“Y retornando al texto del artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, no hay duda de que la única oportunidad que se tiene para apelar la sentencia de primera instancia, es justamente en la audiencia en la que se dicta la sentencia y después de notificada esta en estrados, es decir, en el mismo acto; y la interposición y sustentación de la apelación debe hacerse de forma oral, y terminada la sustentación, el juez debe conceder o denegar la apelación inmediatamente.

(...)

Su propio texto es elocuente: «Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, en el acto de la notificación mediante la sustentación oral estrictamente necesaria». Es, en ese momento de la notificación de la sentencia que se ha dictado en la audiencia señalada para tal fin, que debe interponerse y sustentarse. Esto se corrobora con el artículo 20 de la Ley 712 de 2001, que subrogó el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en cuanto dispuso que se notificarán en estrados, oralmente, las providencias que se dicten en las audiencias públicas, cuyos efectos se entenderán surtido desde su pronunciamiento. Finalmente, lo reafirma el texto final del citado artículo 10, que dispuso clara y taxativamente que interpuesto el recurso, el juez lo concederá o denegará inmediatamente, pues no otra cosa se desprende de ese aparte: «interpuesto el recurso el juez lo concederá o denegará inmediatamente».”

En atención al artículo transcrito, a la jurisprudencia citada y escuchado el audio correspondiente, es claro que el apelante interpuso y sustentó el recurso de apelación en debida forma y de manera oportuna ante el juez de primera instancia, pues lo hizo en forma verbal inmediatamente después de pronunciada la decisión, razón por la que fue concedido el mismo por la Juez y en consecuencia, no procede la declaratoria de desierto del recurso como lo pretende la parte demandada al no haber presentado alegatos en esta instancia.

Aunado a lo anterior, es necesario resaltar que si se en gracia de discusión, se aceptara la declaratoria de desierto del recurso en la forma solicitada, procedería a conocerse el proceso en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Código de Procedimiento Laboral, toda vez que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador.

En consonancia con lo anterior, se procede a proferir la siguiente

SENTENCIA

GERSON CASTAÑEDA PELAEZ demanda a la COOPERATIVA DE LOGÍSTICA Y TRASNPORTE DE LOS ANDES – LOGISTRANSPOT, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 2 a 3.

- Contrato de trabajo desde el 16 de noviembre de 2014 hasta el 26 de junio de 2015.
- Terminación unilateral sin justa causa.
- Salarios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios, incentivos, devolución de descuentos no autorizados y devolución de comparendos.
- Indemnización por despido injusto.
- Reliquidación de festivos, dominicales, horas extras.
- Viáticos.
- Indemnización moratoria.

- Indexación.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 4. Inició a laborar con la demandada el 16 de noviembre de 2014, en el cargo de conductor, con un salario de \$874.000 y fue despedido sin una justa causa. El 21 de febrero de 2015, le impusieron un comparendo por realizar el cargue o descargue del vehículo en sitios y horas prohibidas, el cual tuvo que cancelar por valor de \$176.432 y otros comparendos por sobrepeso y luces traseras que fueron cancelados por él en cuantía de \$2.242.116. Luego el 26 de junio de 2015, fue despedido sin justa causa y sin permiso del Ministerio de la Protección Social, argumentando un hecho que no constituye justa causa ya que el camión no es responsabilidad del trabajador y él había informado al superior la situación del vehículo sin que éste tomara medidas. Concluyó que el empleador no consignó las cesantías a un fondo, ni canceló las prestaciones a que tenía derecho al momento del finiquito laboral.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad el 17 de septiembre de 2018 (fl. 28), notificada la parte demandada y corrido el traslado respectivo, contestó la demanda como se observa a folios 166 a 173.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el extremo inicial de la relación laboral.
- Formuló como excepciones de fondo; pago total de la obligación y cobro de lo no debido.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual negó las pretensiones y declaró probadas las excepciones de pago y cobro de lo no debido formuladas por la demandada. Llegó a esa determinación pues conforme a las pruebas allegadas al proceso, no se acreditó una jornada de trabajo superior a la máxima legal ya que las horas extras deben ser claras y precisas de modo que no se permite hacer cálculos o suposiciones para hacer una liquidación del trabajo suplementario, para lo que resaltó que esta información ni siquiera el mismo demandante la determinó en su demanda. Indicó que no existe prueba de la actividad que realizaba el demandante, mientras esperaba que se cargaba el camión que conducía para luego regresar. Señaló que el actor aceptó en el interrogatorio de parte haber recibido los salarios durante la relación laboral, lo que además fue demostrado por la pasiva con la documental aportada y respecto de las cesantías, consideró que se demostró la consignación de las mismas al fondo por el año 2014 y el pago a la finalización del contrato respecto de las cesantías correspondientes al 2015, como se acredita con la liquidación final de prestaciones sociales. En cuanto a la devolución del pago de comparendos, indicó que no se aportó la prueba correspondiente al pago, ni se demostró la causa por la que se impuso la multa o que estas fueran imputables a la empleadora; además que según los testimonios, CASTAÑEDA PELÁEZ no reportó a la empresa ningún pago por este concepto, más aún cuando estos se emiten a nombre de la empresa y no del conductor. Respecto al descuento de la liquidación final de prestaciones sociales, encontró demostrado que el 12 de julio de 2015 (folio 178) el trabajador autorizó el descuento de la suma de \$1.480.000 conforme a la diligencia de conciliación que se adelantó, además no se precisó cuál era el valor de los viáticos y de los incentivos que manifiesta no le fueron cancelados, razón por la que no accedió a ellos. En relación a la indemnización por despido injusto, mencionó que fue pagada al momento del finiquito laboral y en cuanto a la indemnización moratoria dijo que no hay lugar a ella por cuanto fueron pagados oportunamente las prestaciones, salarios y demás (fl. 175).

Recurso de apelación

Parte demandante; argumenta que en el proceso están demostradas las horas extras por cuanto la misma contadora señaló que el actor salía los viernes de Puerto Asís hasta Bogotá y solo hasta el miércoles de la semana siguiente descansaba, por lo que tenía que conducir de noche y llegar a entregar los pedidos y esperar recibirlos. Dijo que la testigo Yurany en su testimonio señaló que él actor solo llegaba los jueves a descansar a su hogar y que las empresas se aprovechan de las circunstancias en que un conductor tiene que manejar desde un lugar a otro, trabajar de noche sin una constancia física de ello, porque no hay una tarjeta de entrega de la carga, por lo que considera que no se puede asumir que desde Puerto Asís a Bogotá se hace el recorrido en un solo día. Manifiesta que la contadora reconoció que él salía el viernes y volvía hasta la siguiente semana, razón por la que solicita se tenga en cuenta la declaración de la contadora y de la testigo mencionada. Respecto a los descuentos no autorizados, resalta que al ser la empresa quien efectúa descuentos al trabajador, se le hace firmar un documento, que las multas antes no llegaban a la compañía sino al conductor del vehículo y eso quedó demostrado con la declaración de la contadora. Por último, menciona que el contrato terminó, porque el trabajador reclamó por los descuentos que se le hacían ilegalmente, ya que él le había informado a su superior las condiciones del vehículo por las multas que debió pagar.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio 2020)

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal en el término dispuesto para ello.

Parte demandada: adujo que al actor se le cancelaron sus prestaciones sociales desde el momento de la terminación de la relación laboral, razón por la cual las pretensiones encaminadas al reconocimiento de acreencias laborales no están llamadas a prosperar. Dijo que se vio obligada a efectuar descuentos de la liquidación del contrato, ya que el demandante recibió un dinero por servicios de la compañía, el cual debió ser entregado a su superior y no fue así, motivo por el que se acordó con el trabajador tal descuento.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". No es objeto de controversia en este asunto, la vinculación laboral, los extremos y el salario devengado. Los puntos objeto de controversia conforme al recurso de apelación, hacen relación a las horas extras y la consecuente reliquidación de sus prestaciones, así como los descuentos no autorizados y la indemnización por despido sin justa causa.

Horas extras.

Para resolver sobre este punto es pertinente analizar las pruebas allegadas al proceso. Se tiene que GERSON CASTAÑEDA PELÁEZ en el interrogatorio de parte manifestó que su cargo era conductor, cotero y varios, que en algunas oportunidades recibió pagos de \$300.000 a \$800.000 por parte de los clientes contra entrega de la mercancía, pero cuando los recibía quedaba constancia en el manifiesto y cuando le faltaba dinero para el viaje le autorizaban tomarlos de allí y luego cuadraban los recibos con la empresa. Dijo que en el 2015, firmó autorización para el descuento de \$1.400.000 que la empresa dice que es por un préstamo, que fue por mercancía que se perdió o por dinero que él tomó en forma indebida, pero que ninguna de estas versiones es cierta, sin embargo firmó el documento presionado por Sandra Molano y Edgar Montenegro, pues de lo contrario sería despedido. Manifestó que

siempre le cancelaron los salarios y que la relación terminó el 30 de junio de 2015 y fue citado para el pago de la liquidación el 31 de julio de ese mismo año.

EDGAR MONTENEGRO, representante de la demandada, manifestó que el actor laboró en la empresa aunque no recuerda las fechas, manejaba un carro semanal para la distribución de alimentos y que prescindió de sus servicios por cuanto tuvo un accidente con un vehículo, llevaba la esposa en el carro sin autorización, no era cuidadoso con los vehículos y tenían llamadas de la policía respecto a que traía insumos del Putumayo sin permiso, además de las quejas de los clientes por el mal trato que recibía. Indicó que tomó dinero de las contra entregas el que no reportó, por lo que fue necesario pasarle varios memorandos debido a los inconvenientes que tuvo con los clientes. Respecto de la autorización para descuento, dice que se "envolataron" las mercancías y el no dio razón, por lo que firmó esa autorización y que al momento del despido le fue cancelada la respectiva indemnización. Resaltó que le cancelaban puntualmente las cesantías y todas las prestaciones, en cada viaje se hacían una liquidación de los dineros recibidos y los gastos. En cuanto a los comparendos, refirió que no se le han descontado multas de tránsito ni él reportó a la empresa tales multas, respecto de lo cual se informaban y se llegaba a un acuerdo dependiendo de la razón del parte.

SANDRA PATRICIA MOLANO RIAÑO (contadora) indicó que conoce al demandante desde hace 6 años por laborar en la compañía por temporadas durante 2 o 3 años como conductor de Bogotá a Puerto Asís, prestando servicio de paqueteo. Señaló que el actor viajaba el viernes llevando producto casi siempre refrigerado específicamente salchichón lo que se paga contra entrega ya que si se daña no lo cancelaban y adicionalmente llevaba otros pedidos que se pagaban acá. Manifestó que el salario era fijo, pero no recuerda cuánto, aunque dice que era más del mínimo y con la entrega del manifiesto se le entregaba un flete para los gastos de hotel y alimentación. Enfatizó en que el hacía un solo viaje por semana, salía los viernes y regresaba los martes y tenía como compensatorio el resto de la semana (miércoles y jueves), el mantenimiento del vehículo lo asume y lo programa la empresa. Sabe que la relación terminó, porque tenían muchas quejas de los clientes y se tomó la decisión de indemnizarlo para terminar el contrato. En cuanto a las horas extras, indicó que no se causaban, como quiera que él llegaba el sábado a Puerto Asís y no laboraba el domingo ya que dejaba el carro en la planta donde lo cargaban; aunque algunas veces si había ido 1 o 2 horas a la planta por lo que se le cancelaba. Expresó que el actor tenía domicilio en las dos ciudades, respecto a los comparendos señaló que estos los emiten a nombre de la empresa por lo que lo enviaban a tomar los cursos para que saliera por el 50% de descuento, ya que esos costos los asume la compañía. No conoce de comparendos personales al demandante. En cuanto a la autorización de descuento, manifestó que el mismo obedeció a que de los dineros de las facturas contra entrega que debía hacer el mismo día de llegada, él demandante hacía un pago parcial por lo que se acumulaba la deuda y él nunca lo desconoció, y aunque ella al hacer el balance final con el actor le dio un valor superior, como el actor no lo aceptó, se hizo la autorización por \$1.480.000 y que a la terminación del contrato se le cancelaron todas las acreencias.

ELDA YURANI ARÉVALO GAITA (amiga del demandante) conoce al actor desde hace 10 o 12 años porque ellos (el demandante la esposa e hijos) vivieron en la misma casa en Bogotá hace unos 4 años. Sabe que laboraba en la empresa demandada y salía los viernes para el Putumayo, llegaba los miércoles a descargar y volvía el viernes a viajar, nunca tenía un descanso. Ella fue a la cooperativa varias veces porque ella mandaba encomiendas y dice que llegaba con el camión cargado a medio comer y salir de viaje, lo que sabe por lo que le contaban. No sabe cuánto le pagaban y que él le comentó que lo habían sacado del trabajo y que no lo volvieron a llamar.

Para continuar con el estudio es importante resaltar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Radicado No. 31637 de 2008, la que refiere que para imponer condena por horas extras estas deben ser claras y precisas, así lo manifestó la mencionada sentencia cuando indicó:

"Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de realizarse de tal manera que en el ánimo del juzgado no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no él es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Al seguir este derrotero, es claro que de las anteriores pruebas no es posible establecer las horas extras laboradas por el demandante, puesto que el viaje entre Bogotá y Puerto Asís tiene una duración aproximada de 15 o 16 horas, lo que es coherente con la manifestación de la contadora, quien indicó que el actor viajaba el viernes y llegaba a Puerto Asís el sábado y no laboraba el domingo. Adicionalmente, no se aportó prueba alguna que permita concluir que prestó sus servicios los domingos, como tampoco que lo hiciera los días miércoles y jueves, que según la contadora eran de descanso, máxime si se tiene en cuenta que la testigo Yurani Arévalo Gaita, indicó que lo manifestado en su declaración era por lo que le comentaba el demandante, pues es de entender que si bien ella iba a la empresa ocasionalmente, no laboraba allí y tampoco lo acompañó en los viajes a Puerto Asís.

Así las cosas, no existe material probatorio con el que se pueda constatar el trabajo suplementario alegado, como tampoco de los días en que las laboró o si fueron en días festivos, dominicales u ordinarios, pues ni siquiera en los hechos de la demanda hizo una manifestación al respecto, limitándose a incluir en las pretensiones 2.4.9 a 2.4.11 la solicitud de la reliquidación de los festivos, dominicales y horas extras, sin indicar un fundamento fáctico para estas pretensiones, por lo que lo primero que debía demostrar era que había recibido el pago de horas extras para solicitar su reliquidación y en consecuencia, este aspecto se confirma.

Reliquidación de las prestaciones.

Al respeto lo primero a tener en cuenta, es que el demandante en el interrogatorio de parte manifestó que le fueron cancelados los salarios durante la existencia de la relación laboral y que a la terminación del vínculo le cancelaron las prestaciones sociales el 31 de julio de 2015, por lo que el fundamento para la reliquidación de las prestaciones sociales es la inclusión de las horas extras, dominicales y festivos que como ya se dijo, no acreditó haber laborado, razón por la que al encontrarse probado el pago de las prestaciones a la finalización del contrato de trabajo con la documental que obra a folio 175 suscrita por el demandante y aceptada por éste en el interrogatorio de parte; es claro que carece de fundamento y en consecuencia no procede condena por éste ítem.

Descuentos no autorizados.

En cuanto a los descuentos no autorizados, la contadora manifestó que junto con el demandante se habían hecho las cuentas sobre los valores adeudados por concepto de dineros que no canceló al momento de hacer la entrega de las facturas o manifiestos por la mercancía que entregaba en Puerto Asís y que CASTAÑEDA PELÁEZ aceptó en esa oportunidad (12 de junio de 2015) adeudar por dichos faltantes la suma de \$1.480.000, por lo que autorizó a la pasiva a descontarlo en caso de retiro de la empresa antes de cancelar el valor total, como se observa a folio 178 y si bien el accionante manifestó que suscribió el documento, porque fue presionado por Sandra Molano y Edgar Montenegro porque si no lo despedían, lo cierto es que no aportó prueba alguna de ello, lo que le correspondía demostrar, razón por la que también se confirma este asunto.

Indemnización por despido sin justa causa.

La convocada a juicio aceptó haber despedido al demandante sin justa causa y por ello en la liquidación final de prestaciones sociales canceló la suma de \$800.000, es decir el equivalente a un mes del salario devengado por el trabajador, por lo que teniendo en cuenta que el actor prestó sus servicios entre el 16 de noviembre de 2014 y el 26 de junio de 2015, esto es, 7 meses y 11 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 y que su contrato de trabajo (fl. 8 a 10) era a término fijo por una duración de 3 meses, el cual se había prorrogado en dos oportunidades y finalizó durante la tercera prorroga, faltando para el vencimiento del plazo un término 20 días, le correspondía por concepto de la indemnización por despido una suma inferior (\$533.334) a la que le fue reconocida por la demandada en la liquidación final de prestaciones sociales, por lo que no hay lugar a imponer condena.

Por los anteriores motivos, se **CONFIRMA** en todas sus partes la decisión de primera instancia.

COSTAS: Las de primera instancia se revocan. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

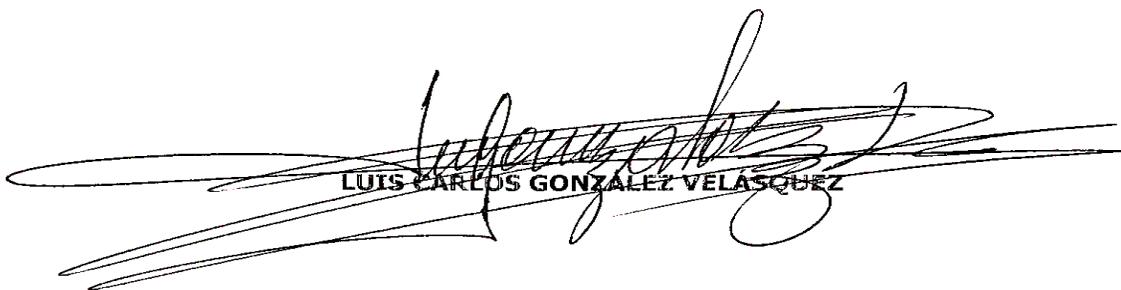
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIO ENRIQUE PERILLA CONTRA EDIFICIO TAURUS V ETAPA PH. Y SOLIDARIAMENTE CONTRA SUS PROPIETARIOS RAD. 2018 – 00506 01. JUZ. 04.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de mayo dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

FABIO ENRIQUE PERILLA demandó a EDIFICIO TAURUS V ETAPA P.H. y solidariamente a sus 21 propietarios para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 7 y 8.

- Contrato de Trabajo desde el 26 de marzo de 2012 al 28 de febrero de 2018.
- Trabajo suplementario.
- Prestaciones sociales.
- Indemnización por despido.
- Sanción artículo 99 Ley 50/90.
- Sanción moratoria artículo 65 C.S.T.
- Aportes a seguridad social.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 7. Se vinculó con el Edificio demandado para desempeñarse como conserje, pactó varios contratos verbales desde el 26 de marzo de 2012, posteriormente suscribió varios contratos y estuvo vinculado hasta el 29 de diciembre de 2017, data en la que firmó un acuerdo transaccional por la suma de \$10.000.000 a título de liquidación por el contrato de prestación de servicios. Nunca se pagó una prestación social o aporte, su horario de trabajo fue por turnos de 12 horas con cambio de jornada cada 8 días.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada contestó en los términos del escrito visible a folios 111 a 122.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación, el cargo de conserje, el salario, la no afiliación a seguridad social, la no consignación de cesantías a un Fondo, el no pago de trabajo suplementario y la transacción.
- Formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, falta de legitimidad por pasiva y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante FABIO ENRIQUE PERILLA y el EDIFICIO TAURUS V ETAPA P.H., entre el 26 de marzo de 2012 y el 28 de febrero de 2018, el que terminó sin justa causa, condenó al EDIFICIO TAURUS V ETAPA P.H. al pago de la indemnización por despido injusto en la suma de \$4.527.111, la indemnización por no consignación de las cesantías a un Fondo en cuantía de \$34.272.000, ordenó la afiliación y pago del cálculo actuarial al Fondo pensional donde este afiliado el demandante, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones. Llegó a esa determinación al considerar, que la labor prestada por el actor era subordinada conforme las declaraciones recepcioandas, conclusión que se refuerza con el acuerdo de folio 35 donde se plasmó que la vinculación fue de naturaleza laboral y no de prestación de servicios, acuerdo con el que se pretendió evitar cualquier reclamación de carácter laboral. También tuvo en cuenta la contestación de la demanda donde se aceptó la prestación del servicio desde el 26 de marzo de 2012 hasta el 28 de febrero de 2018. Los valores cancelados para cada vinculación fueron aceptados por la llamada a juicio, por lo que en ellos se apoyó para ordenar los pago a pensión y calcular las prestaciones (los que arrojaron una suma de \$9.524.938) últimas que encontró canceladas con el pago que se transó (\$10.000.000) por las partes. En cuanto a la solidaridad manifestó, que acorde con el literal a) del artículo 32 del C.S.T., en el caso no se daban los presupuestos exigidos por el artículo 36 *ibidem* para declararla y citó como respaldo las sentencia SL 3887 de 2011 y 40462 de 2012 por eso estableció que las condenas estaban a cargo del Edificio Taurus V Etapa P.H. representado por su administrador. Respecto a la excepción de prescripción declaró que los derechos

causados antes del 18 de julio de 2015 estaban afectados por tal fenómeno, las vacaciones anteriores al 18 de julio de 2014 también. En cuanto al trabajo suplementario, adujo que no se aportó ninguna prueba al respecto y si bien el testigo manifestó que ellos laboraban turnos de 12 horas en el proceso no se especificó tal aspecto. Frente a los aportes a seguridad social en pensiones, ordenó la afiliación al régimen del sistema general de pensiones desde el 26 de marzo de 2012 al 28 de febrero de 2018 y el pago de los aportes conforme al cálculo actuarial. Ordenó la indemnización por despido injusto, porque la llamada a juicio lo aceptó en el hecho 42 de la demanda y no se demostró la justeza del finiquito del vínculo. Condenó la indemnización por falta de consignación de las cesantías, porque no se aportó prueba del pago ni tampoco se evidencia un actuar de buena fe por parte de la demandada, por lo que al advertir una mora en el pago sin prescribir entre los años 2015 a 2017 ordenó el pago, las del último año dijo que estaban inmersas en la transacción, pago que al cubrir igualmente la totalidad de las prestaciones liquidadas concluyó que no había lugar a condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

Recursos de Apelación

Demandante: resalta que la representante legal del Edificio, confesó la prestación personal del servicio, extremos y actividades desempeñadas por el actor (conserje y celaduría), quedó establecido que sus turnos de trabajo fueron de 12 horas diarias y otras 12 horas nocturnas dependiendo de la rotación por lo que considera procedente el pago del trabajo suplementario deprecado. También reclama la codena solidaria con los propietarios de cada uno de los apartamentos que integran la propiedad horizontal, porque todos ellos se beneficiaron de la prestación del servicio, la actividad desplegada por el actor no era ajena a la propiedad y ellos fueron sancionados en 2 oportunidades por contratar directamente a los vigilantes. Indica que el pago de los \$10.000.000 no puede cubrir las prestaciones sociales, porque con este dinero se buscó liquidar a título de bonificación la finalización del contrato antes del término estipulado, por lo que aún se adeudan las prestaciones.

Demandada: apeló la condena de la indemnización por no consignación de cesantías, porque cuando liquidó el contrato ella pagó todos los conceptos laborales recogidos en el acuerdo transaccional. Expone que nunca ha actuado de mala fe, no es dable presumir la existencia de un contrato de trabajo cuando el mismo demandante firmó y aceptó los contratos de prestación de servicios. De otra parte, solicita tener en cuenta que conforme a los testimonios quedó demostrado que el actor cuando se ausentaba tenía que pagar los turnos a otra

persona para poderse ir e indica que el demandante no fue subordinado porque que fue él quien propuso su horario de trabajo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020).

Las partes no hicieron uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En consecuencia procede La Sala a estudiar si entre las partes existió una verdadera relación de trabajo, si hay lugar al pago de prestaciones sociales, trabajo suplementario, sanción del artículo 99 Ley 50/90 y condena solidaria con los propietarios del edificio demandando.

Contrato de trabajo.

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 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*". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción,

demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Resalta la demandada que en el proceso militan los contratos de prestación de servicios firmados por el actor los que fueron ratificados con el acuerdo transaccional y que no hay evidencia ni de la prestación personal del servicio ni de la subordinación. Al respecto advierte La Sala que si una persona presta sus servicios como vigilante – conserje resulta inadmisibles conforme las reglas de la lógica y la sana crítica afirmar que realiza estas actividades de manera independiente y autónoma, pues tal labor exige que el servicio de seguridad se brinde en forma permanente para que pueda funcionar, por lo que carece de sentido afirmar que el demandante prestó el servicio de manera independiente y que envió a cualquier persona a cumplir la labor encomendada en el edificio, la cual podría verse afectada al alterar la continuidad de quien ofrece y garantiza la seguridad de la propiedad horizontal; seguridad y vigilancia que a todas luces se presta desde el ámbito de la dependencia y subordinación del empleador quien es el que marca las pautas de los cuidados que requiere, máxime cuando en los contratos aportados se indica que para enviar a otra persona en su remplazo debía contar con la autorización previa y escrita del contratante, exigencia que no corresponde a un contrato de prestación de servicios. En ese orden, fácil es concluir que para cumplir con las labores de vigilancia encomendadas al demandante éste debía atender y obedecer las órdenes que le impartía el administrador, lo que hizo personalmente; en consecuencia, el elemento de la subordinación resultaba indispensable para desarrollar sus funciones. Aunado a lo anterior, en el contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes se indica en su objeto que además de las labores de vigilancia están *"las que se resuelvan y se consulten con la administración"* lo que significa que el administrador podía incluir nuevas labores o funciones y también advierte que *"queda supeditada a la aprobación previa y escrita del contratante la delegación de los servicios que en virtud del contrato se encarguen al contratista"*, lo que corrobora lo antes señalado, pues el actor requería de la autorización de su empleador hasta para que otra persona lo remplazara en su labor. También, se observa que en el contrato se incluyó como obligaciones del contratante *"Suministrar los implementos de trabajo requeridos por el contratista"*, lo que quiere decir, que para desempeñar su labor el demandante utilizaba los implementos que le proveía la demandada. Por todo lo anterior La Sala no encuentra polémica en cuanto a la declaratoria del contrato de trabajo bajo los términos establecidos en los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T.

Indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

La demandada expone que cómo canceló con la transacción las prestaciones sociales en el asunto no hay lugar a imponer condena por la indemnización por no consignación de cesantías y resalta que su obrar nunca ha sido de mala fe. Al respecto es de precisar que la condena impuesta por el A quo fue por la falta de consignación de las cesantías a un Fondo durante los años que duró la relación laboral, ya que el pago de ésta prestación se tiene que efectuar todos los 15 de febrero de cada año lo que no hizo la llamada a juicio, de ahí que se haya impuesto tal condena sin que sea dable predicar que el pago efectuado con la transacción es un pago de buena fe, pues de su análisis lo único que se puede inferir es que la llamada a juicio, solo asumió las obligaciones a cargo a la terminación del finiquito y no cuando éstas se causaron. Por tal motivo esta condena se encuentra ajustada a derecho y se confirma.

Trabajo Suplementario.

Al respecto, conforme al principio de la carga de la prueba previsto en el art. 167 del CGP y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de la reclamación del trabajo suplementario (*horas extras, diurnas, nocturnas, dominicales y festivos*) corresponde al trabajador acreditar cual es el tiempo que laboró en esa jornada y que no le fue cancelado por su empleador, ya que no es dable al juzgador efectuar conjeturas o suposiciones para su inferencia. Posición que ha sido determinada por la SL CSJ y decantada en diferentes decisiones entre ellas la sentencia con radicado No 31637¹ del 15 de julio de 2008 M.P. ISAURA VARGAS DÍAZ, y en sentencia SL9318-2016, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, entre otras precisándose en la última: *“Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que **no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias** para determinar el número probable de las que estimen trabajadas...”*

¹ Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que **el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.**

Argumenta la parte actora que en el proceso quedó demostrado que su labor se ejerció por turnos de 12 horas diarias durante 15 días, y turnos de 12 horas nocturno por otros 15 días, por lo que la Juez debió ordenar el pago de 4 horas diarias extras diurnas y 4 horas diarias nocturnas durante el lapso en que estuvo vigente la relación de trabajo. En los hechos 38 y 40 de la demanda se expone que el actor *“tenía una jornada de 12 horas diarias, con cambio de jornada cada 8 días a la jornada nocturna de 12 horas de manera rotativa y sin solución de continuidad”* y que *“durante la vigencia del contrato, prestó los servicios de manera continua, sábados, domingos y festivos en las jornadas de 12 horas, diurnas y nocturnas durante toda la vigencia contractual”*.

Conforme lo anterior y más allá del dicho del actor y lo expuesto por el testigo JOSÉ MARÍA ALZA compañero de trabajo del demandante, resalta La Sala que en el expediente no obra una sola prueba que respalde lo peticionado, en la medida en que el demandante ni siquiera individualizó cual fue el trabajo que realizó más allá de la jornada legal siendo éste su deber probatorio, pues al juzgador le está vedada hacer suposiciones acomodaticias como reiteradamente lo ha señalado la pacífica jurisprudencia de la CSJ para estos casos. En consecuencia, al no existir una prueba clara y precisa respecto del horario, ya que ni siquiera se puede establecer que días del mes laboró de día o noche, cuales fechas laboró en días festivos, nocturnos o dominicales, en el asunto no queda otro camino que confirmar este ítem.

Solidaridad

El demandante exige la condena solidaria a cada uno de los propietarios que integran la propiedad horizontal demandada, por lo que para resolver tal pedimento La Sala se remite a lo expuesto en la sentencia SL-2345 de 2020 en la que la CSJ indicó en un caso similar que *“En sede de instancia, para resolver la apelación de la parte actora, la Sala se remite a lo dicho en sede de casación sobre la falta de legitimación de los convocados a juicios para ser llamados a responder por las pretensiones de la demanda. Tampoco se demostró que el actor hubiese prestados los servicios personales para ellos, por tanto, no se puede presumir una relación laboral subordinada entre el accionante y los enjuiciados, con base en el art. 24 del CST. Como resultado de lo anterior, se absolverá a los demandados en razón a que ellos, en la calidad de propietarios de los inmuebles de dominio particular, como fueron citados a juicio, no son los llamados a responder por las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo que se celebra (o se presenta en virtud de la primacía de la realidad) para la seguridad y conservación de las*

zonas comunes del edificio en el que supuestamente los actores son propietarios. Así las cosas, se confirmará la sentencia absolutoria de primera instancia.”

Conforme lo anterior y para resolver este punto, debe precisar La Sala que en el proceso no se demostró la calidad de propietarios de cada una de las personas naturales demandadas, en el libelo introductor solo se enunció el número del apartamento en que reside cada convocado a juicio, pero no se acreditó la relación de subordinación con ellos, y si bien el testigo JOSÉ MARÍA ALZA manifestó que algunos de los propietarios les daban órdenes, en el asunto no se especificó quien o quienes lo hicieron, y el argumento de que la labor prestada no fue ajena al edificio no cuenta con la suficiente fuerza para respaldar una codena solidaria, aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que es la Ley la que determina que los llamados a responder por éstas obligaciones son las personas jurídicas que conforman los propietarios de los bienes de dominio particular que integran el edificio el que está representado por su administrador, tal como se prevé en los artículos 32 y 50 de la Ley 675 de 2001. Por estas razones este punto también se confirma.

Pago de prestaciones sociales

El demandante considera que el pago de \$10.000.000 no cubre estas acreencias y solo constituye una bonificación por la terminación del contrato, por lo que aún le adeudan sus prestaciones sociales. Para resolver el asunto de la revisión del acta de transacción se advierte de la cláusula tercera que *"Monto de la transacción: El valor de la transacción es la suma de diez millones de pesos m/cte (\$10.000.000,00) suma que se cancelará a la firma de esta acta por las partes en notaría antes de finalizar el mes de diciembre del corriente año"*, manifestación de la que no se deriva la bonificación alegada ni el motivo *(terminación del contrato)* citado pues en el acta nada se adujo al respecto. Más adelante en la cláusula primera se dispuso: *"... con el consentimiento del contratista y voluntad de desestimar pretensiones de origen laboral con carácter retroactivo en correspondencia a su plena aceptación, admisión y acuerdo sobre los términos actividades y ejecución y para evitar tener que desgastar tiempo y recursos atendiendo reclamaciones, las partes acuerdan..."*, lo que permite colegir que se liquidó un valor en función de lo que se creía le correspondía al actor por prestaciones sociales, pues es de resaltar que la suma pactada es muy similar a la que liquidó el juzgado por tales acreencias, por lo que tal y como lo concluyó la Juez La Sala considera que tal pago tenía el ánimo de cubrir tales conceptos.

Bastan ésta consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia porque ningún recurso prosperó.

DECISIÓN

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

RESUELVE

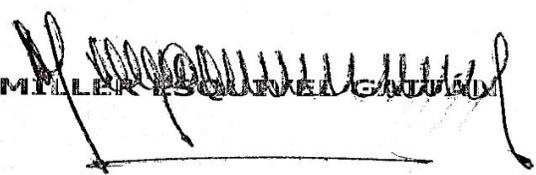
PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de octubre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - **COSTAS** Las de primera instancia se confirman. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESCOBAR VELASQUEZ

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE OSCAR ALEXANDER YARA USECHE CONTRA INDUMAN'S E.U. y solidariamente contra MARÍA DEL PILAR TORRES ZABALA Rad. 2019 00014 01 Juz. 29.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

OSCAR ALEXANDER YARA USECHE demandó a INDUMAN'S E.U. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 53 a 56.

- Existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de marzo del 2014 al 26 de octubre de 2018.
- Declaración de despido sin justa causa.
- Pago de salarios comprendidos entre el 3 de agosto de 2018 al 26 de octubre de 2018.
- Vacaciones.
- Intereses a las cesantías.
- Prima de servicios.
- Indemnización moratoria.

- Indemnización por despido sin justa causa.
- Sanción por no consignación de cesantías.
- Pago de aportes a la seguridad social.
- Declaración de responsabilidad solidaria de la señora María del Pilar Torres Zabala.
- Declaración de accidente de trabajo por culpa patronal.
- Declaración de pérdida de capacidad laboral permanente.
- Indemnización por pérdida de capacidad laboral.
- Reconocimiento y pago de indemnización integral de perjuicios derivados del accidente de trabajo por culpa patronal.
- Pago de indemnización por daño moral en la suma de \$30.000.000 M/Cte.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 56 a 58. El demandante prestó sus servicios a favor de la empresa Induman's E.U. durante el periodo comprendido entre el 5 de marzo del 2014 y el 26 de octubre de 2018, mediante contrato de trabajo a término indefinido. El oficio desempeñado por el actor fue de armador de muebles para el hogar. El horario en el que realizaba sus actividades laborales era de lunes a sábado entre las 7:00 a.m. y las 9:00 p.m., el último salario devengado fue de \$1.400.000 mensuales. La empresa accionada no canceló al actor los salarios de los meses agosto, septiembre y octubre de 2018, con la excusa que el señor Andrés Palomino era su empleador. Tampoco le consignaron las cesantías, vacaciones y prima de servicios durante la vigencia del contrato laboral. No fue afiliado al sistema de seguridad social. El 13 de agosto de 2018, el señor Oscar Yara se encontraba ejecutando sus actividades habituales dentro de la jornada laboral al interior de la empresa cuando tuvo un accidente de trabajo. El hecho ocurrió mientras elaboraba las bases de los comedores, que consistía en graficar el diseño y al utilizar una maquina eléctrica que tiene una cuchilla en forma de serrucho, la cual se apagó y mientras manipulaba las correas de la máquina, el compañero de trabajo José López subió los tacos eléctricos, provocando que el equipo se

encendiera, lo que género como consecuencia la perdida inmediata de la falange del dedo derecho del demandante. La señora María del Pilar Torres en el momento de la ocurrencia de los hechos, promovió al trabajador para que al momento de ser atendido en el hospital informara que había sido un accidente doméstico. La empleadora siempre ha mostrado un total desinterés en afiliar al demandante a la EPS y AFP. Solicitó la calificación de la pérdida de capacidad laboral ante la Junta de Invalidez, y a la fecha no ha recibido pronunciamiento alguno. Ruega se condene a la empresa a pagar la indemnización por la no afiliación a seguridad social en riesgos laborales. En cuanto a la indemnización plena de perjuicios, solicita se condene por daño emergente a la suma de \$20.000.000, lucro cesante consolidado, lo estima en la suma de \$5.000.000 y lucro cesante equivalente a \$10.000.000.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron en los términos del escrito visible a folios 83 a 89.

- Se opusieron a las pretensiones.
- No aceptaron ninguno de los hechos.
- Propusieron como excepción previa; la falta de legitimación en la causa por pasiva.
- Formularon como excepciones de mérito; la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y mala fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso;

"PRIMERO- DECLARAR que entre el señor Oscar Alexander Yara Useche y la empresa INDUMAN'S E.U. representada legalmente por la señora María del Pilar Torres Zabala y/o quien haga sus veces, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 5 de marzo de 2014 y el 26 de octubre de 2018, devengando como salario la suma de \$800.000 mensuales.

SEGUNDO- DECLARAR que la empresa INDUMAN'S E.U. es culpable del accidente de trabajo sufrido por el señor Oscar Alexander Yara Useche el 13 de agosto de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO- CONDENAR a la empresa INDUMAN'S E.U. representada legalmente por la señora María del Pilar Zabala y/o quien haga sus veces, a pagar al señor Oscar Alexander Yara Useche las siguientes sumas de dinero:

1. \$2.240.000 por concepto de salarios de agosto 13 al 26 de octubre de 2018.
2. \$3.768.889 por concepto de cesantías.
3. \$2.130.679 por concepto de intereses a las cesantías.
4. \$3.768.889 por concepto de prima de servicios.
5. \$1.884.444 por concepto de vacaciones.
6. \$38.400.000 por concepto de sanción por no consignación de las cesantías.
7. \$19.200.000 por concepto de indemnización moratoria desde el 27 de octubre de 2018 y por los primeros 24 meses.
8. \$3.600.000 por concepto de indemnización por la pérdida de capacidad laboral.
9. \$22.637.097 por concepto de perjuicios materiales.
10. El equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.

CUARTO- CONDENAR a la empresa INDUMAN'S E.U. representada legalmente por la señora María del Pilar Torrez Zabala y/o quien haga sus veces, a pagar la seguridad social en pensiones al fondo de pensiones que elija el demandante.

QUINTO- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO- DECLARAR que la señora MARIA DEL PILAR TORRES ZABALA es solidariamente responsable de las condenas impuestas a la empresa INDUMAN'S E.U., por lo expuesto en la parte motiva.

SEPTIMO- CONDENAR a la demandada a pagar las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000".

Llegó a esa determinación después de haber realizado el análisis del acervo probatorio en conjunto, determinó la existencia de la relación laboral donde concurrieron efectivamente los elementos integrantes del contrato de trabajo, como lo son la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración. El demandante realizaba sus actividades laborales con total dependencia de las ordenes y directrices de la señora María del Pilar, permitiendo inferir que era la empleadora del señor Oscar Yara en su cargo de armador de muebles para la empresa Induman's E.U. y desvirtuando la versión del supuesto contrato de arrendamiento de las instalaciones de la bodega, la cual es propiedad de la accionada. De otra parte, respecto al accidente de trabajo, quedo demostrada la culpa patronal atribuible a la empresa al haber incumplido sus obligaciones como empleadora, debido a que no tenía un programa de prevención de los riesgos y peligros que podían concurrir en el área de trabajo, pues no proporcionó los elementos de protección personal y las medidas necesarias para cuidar de la salud e integridad física del trabajador, además del actuar negligente por no haberlo afiliado al sistema de seguridad social y riesgos laborales. Encontró solidariamente responsable a María del Pilar Torres Zabala de las obligaciones a cargo de la empresa INDUMAN'S E.U. hasta el monto de sus aportes.

Recurso de apelación

Parte demandada: se encuentra inconforme con la imposición de la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria, indemnización por perdida de capacidad laboral, perjuicios materiales y morales, la condena por prestaciones sociales, cesantías, vacaciones, prima de servicios e intereses a las cesantías. Manifiesta que en primera instancia no se tuvo en cuenta las documentales aportadas por la parte demandante respecto al accidente de trabajo, la historia clínica, los interrogatorios de parte y los testimonios traídos por la demandada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se confirme todas y cada una de las partes de la sentencia.

Parte demandada: considera la apelante debe ser revocada la sentencia proferida en primera instancia. Señala que la A quo no tuvo en cuenta en su análisis las pruebas aportadas al plenario, tales como carta de no aceptación de renuncia, la no aceptación por parte de la demandante frente a la certificación laboral allegada con la demanda, los contratos de arrendamiento de la bodega de propiedad de María del Pilar, con los cuales pretendía probar que el actor realizaba su trabajo como independiente y que en ningún momento existió subordinación laboral. En lo atinente al accidente, solicita se tenga en cuenta lo plasmado en la historia clínica, en la que el demandante refiere ser independiente; no coinciden las horas registradas con lo manifestado en la declaración de parte, además se debe tener en cuenta que va acompañado del señor Andrés Palomino, quien funge como arrendatario en uno de los contratos aportados como prueba en la contestación de la demanda. Respecto a la condena de indemnización moratoria no se tiene en cuenta el principio de buena fe, pues no existe plena prueba a cargo de la parte demandada ante la presunción inicial de la no existencia de relación laboral.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer la existencia del contrato de

trabajo, la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por Oscar Alexander Yara Useche y la culpa del empleador en este evento, así como la procedencia de las condenas impuestas.

Es de aclarar que, si bien no se objeta de manera directa la declaratoria del contrato laboral, así como la ocurrencia del accidente de trabajo¹, lo cierto es, que la apelante en sus alegatos de conclusión al solicitar la revocatoria explica su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con el análisis realizado por la A quo, así como con las declaratorias y condenas allí impartidas; en consecuencia, al ser el vínculo contractual la fuente de las condenas impuestas, en primera medida La Sala aborda su estudio.

Existencia de la Relación Laboral

Para definir la existencia de la Relación Laboral de OSCAR ALEXANDER YARA USECHE con INDUMAN'S, se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 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"*.

El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia respecto

¹ *"señora juez, como apoderada de la parte demandada procede interponer recurso de apelación mencionando los siguientes apartes; respecto a las condenas que realiza el despacho señora juez frente a la no consignación de cesantías, a la indemnización moratoria, a la indemnización por la PCL, a los perjuicios materiales y morales declaradas en contra de mi poderdante, sobre esos apartes señora juez. Sobre estos apartes, respecto a la condena que hace el despacho frente al tema de condena en prestaciones sociales, cesantías, vacaciones, prima de servicios, intereses a las cesantías, teniendo en cuenta señora juez que el despacho no hace o no tiene en cuenta las documentales aportadas por la parte demandante respecto al accidente de trabajo, la historia clínica, los interrogatorios de parte y los testimonios, que se llevaron a juicio por la suscrita, gracias, señora juez."*

del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador en virtud de la cual; una vez se acredite la prestación del servicio se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado. Acorde al sustento normativo, corresponde a La Sala examinar el material probatorio allegado al proceso y así determinar si se logró establecer la relación laboral.

Al plenario fueron allegadas las siguientes documentales:

- Certificación laboral de fecha 5 de marzo de 2016 (fl. 3).
- Historia clínica del actor de fecha 13 de agosto de 2018 (fls. 6 a 49), donde se advierte el ingreso por urgencias con diagnóstico de "AMPUTACIÓN TRAUMÁTICAS DE PUNTA DE 4TO DEDO MANO DERECHA ALLEN II", en antecedentes se consignó "APLASTAMIENTO CON TEJA METÁLICA".
- Copia de la renuncia del trabajador con fecha 26 de octubre de 2018 (fl. 50) con la respectiva certificación de entrega expedida por Interrapidísimo (fl. 50).
- Respuesta carta de renuncia irrevocable (fl. 93), en la cual la demandada desconoce la relación laboral.
- Contrato de arrendamiento de los pisos segundo y tercero de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Alexander Ocampo Vargas, con vigencia de un año a partir del 2 de enero de 2014, la destinación del bien es desarrollar el objeto social del

arrendatario que corresponde a elaboración de sillas y bases en madera (fls. 94 a 96).

- Contrato de arrendamiento de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Alexander Ocampo, con vigencia de un año a partir del 1 de enero de 2015, la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario (fls. 97 a 100), este ejemplar cuenta solo con la firma del arrendatario.
- Contrato de arrendamiento de los pisos segundo y tercero de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Alexander Ocampo Vargas, con vigencia de un año a partir del 2 de enero de 2016, la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario que corresponde a elaboración de sillas y bases en madera (fls. 101 a 103).
- Contrato de arrendamiento del segundo piso de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Andrés Felipe Palomino Cupitira, con vigencia de un año a partir del 2 de enero de 2017 la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario que corresponde a elaboración de sillas y bases en madera (fls. 104 a 106).
- Contrato de arrendamiento del tercer piso de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Manuel Mancera Pinilla, con vigencia de un año a partir del 1 de enero de 2017 la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario (fls. 107 a 110).
- Contrato de arrendamiento del segundo piso de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Andrés Felipe Palomino Cupitira, con vigencia de un año a partir del 2 de enero de 2018 la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario que corresponde a elaboración de sillas y bases en madera (fls. 111 a 113).
- Contrato de arrendamiento del tercer piso de la bodega de propiedad de María del Pilar Torres Zabala, en calidad de arrendatario registra el señor Nelson Jairo

Gómez Espinosa, con vigencia de un año a partir del 2 de enero de 2018 la destinación del bien es desarrollar el objeto social del arrendatario que corresponde a elaboración de sillas y bases en madera (fls. 107 a 110).

- Dictamen de la Junta Regional de calificación de Invalidez de fecha 18 de mayo de 2019, que estableció la PCL en el 10.39% (fl. 120 a 124).

En relación con las pruebas declarativas, absolvió interrogatorio de parte la demandada **María del Pilar Torres Zabala**. Dijo que no es cierto que el demandante tuviera contrato de trabajo con Induman's, en relación con la certificación laboral dijo que no era su firma ni corresponde al formato utilizado por la empresa para este tipo de certificaciones. No afilió al actor y por ello no hizo los aportes a seguridad social. El demandante no tenía horario de trabajo. Es cierto que no le canceló los tres últimos salarios del año 2018. En relación con el accidente señaló que no es cierto que el accidente hubiese sido en la empresa, tuvo conocimiento de este, días después de su ocurrencia. Afirma que Oscar Alexander no era su empleado, y por tal razón no le proporcionó los EPP ni le canceló las prestaciones sociales. La empresa demandada se dedica a fabricar muebles tubulares para el hogar, en el año 2015 a 2017 dejaron la fabricación de estos muebles y se dedicó a la comercialización de muebles. Afirma que Alexander Ocampo Vargas, Andrés Palomino y Andrés Manzuera Pinilla no son trabajadores de su empresa, pues son proveedores. Le arrendó al señor Andrés palomino una bodega donde él tiene en funcionamiento una empresa del mismo objeto social que la empresa demandada. Tiene una bodega de tres pisos, utiliza únicamente el primer piso y arrienda los otros dos, lo que probablemente genera confusión en los trabajadores y los lleva a pensar que trabajan para Induman's y para ella.

Por su parte el demandante **Oscar Alexander Yara Useche**, en su interrogatorio de parte dijo que conoce a María Del Pilar porque trabajó con ella como armador. Llegó a trabajar el 5 de marzo de 2014, por un contrato a término indefinido. El hacía las bases para muebles para el hogar. En el desarrollo de sus labores de

encarga de armar los muebles asignados que casi siempre eran los comedores. El señor Juan David le dijo vaya a la empresa de María Del Pilar, ella era quien impartía las órdenes. La demandada fue quien le dijo que iba a trabajar para la empresa y era quien les pagaba en las instalaciones de la empresa sin que quedara soporte de ello. En la entrevista realizada por la demandada donde se pactó el inicio del contrato de trabajo, no firmaron ningún documento. María del pilar le dijo que iba a ganar \$800.000. No es cierto que prestara sus servicios para Andrés Palomino, pues era un compañero más. La certificación que obra en el expediente fue entregada por la misma María Del Pilar el día 5 de marzo del 2016 en la empresa.

Se escuchó al testigo **Wilson Javier Benavides Pulido**, quien dijo que la fábrica queda ubicada en el barrio Tunjuelito. Fue contratado por la señora Pilar al igual que Alexander. Trabajaron juntos varios años, el demandante era armador, encargado de hacer las bases para los comedores. Trabajaron también Juan David Ruedas Céspedes, Nelson Gómez, Vicente, cuando él estuvo trabajando y que fueron varios años. Durante su vinculación hubo varios cambios de administrador. El salario era cancelado semanalmente en efectivo en las instalaciones de la fábrica y lo pagado era por lo que cada quien hacía. El dinero lo mandaba la señora Pilar y los administradores pagaban. No estuvo presente cuando ocurrió el accidente de trabajo del actor, pues fue sido despedido dos meses antes. Alexander Ocampo y el señor Andrés Palomino eran compañeros de trabajo y todos eran empleados de la señora Pilar, todo eran compañeros de trabajo. Ninguno de los empleados le pagaba a ella arriendo. En la fábrica se hacía toda la mercancía y la señora pilar tenía su almacén. Oscar Alexander era el armador, hacia las bases en la fábrica en Tunjuelito. La fábrica es de la señora Pilar. Dice que no le consta la contratación del señor Oscar, y que no los hacían firmar ningún papel.

El señor **Nelson Jairo Gómez Espinosa**, al rendir declaración dijo que conoce a la señora María Del Pilar desde los 12 y 13 años, porque ella y el esposo tenían una

fábrica de muebles tubulares y desde esa edad sus hermanos se fueron a trabajar con ellos, los hermanos eran soldadores. Tiempo después aprendió a soldar y empezó a trabajar con ellos cuando cumplió los 18 años. La señora María del Pilar vende mueble tubular, muebles en madera y colchones. Conoció al demandante en el año 2013 o 2014, cuando comenzaron a sacar sillas con Juan David y Alex Ocampo. Juan David sabe mucho de madera y él consiguió al actor para hacer las bases de los comedores, él vio la oportunidad de hacer muebles de madera, saco las sillas y le llevó una muestra a doña Pilar, ella le dijo que tenía herramientas para fabricar madera y le alquilo la maquinaria, el segundo y tercer piso para fabricar dichos muebles. Juan David se encargó de conseguir todo el personal para trabajar y fabricar estos muebles, fueron 40 o 50 empleados. No sabe a qué acuerdo llegaron el demandante y Juan David, pero sabe que fue contratado por él, porque eran amigos. El declarante era soldador en el primer piso de la fábrica. Salían a tomar frente a la fábrica y comentaban cuanto ganaban. La forma de pago era en efectivo y semanalmente. Juan David y Alex Ocampo quienes ordenaban en el área de producción de madera eran quienes pagaban. Wilson Javier Benavides era el alistador de las sillas. Dice que la señora Pilar con el tiempo acabó lo tubular y Juan David aprovecho para la herramienta para fabricar sillas y la señora Pilar actualmente es una de sus mayores clientes, igual cuando era la producción de madera.

El declarante arreglaba los compresores y las máquinas de la fábrica. En relación con el accidente contó que un compresor estaba fallando, ese día fue a comprar una madera a Venecia y al salir les dijo "*no le vayan a meter las manos al compresor*", yo pongo el motor, compro la madera, y vengo y le pongo las correas al compresor. Ese día estaban de mucha recocha todos los muchachos. Iba en camino cuando recibe una llamada de Andrés Palomino que le dice que Alex se cortó un dedo al meterle las manos al cabezote, que subieron el taco y ahí fue cuando se voló los dedos, que menos mal solo fue ese pedacito. Afirmó que el demandante no era encargado de arreglar las máquinas, que estaba encargado de manejar una

clavadora, una sierra y un sinfín, no tenía nada que ver con los compresores. El primer piso tiene 9 metros de frente y 30 metros de fondo más o menos, en la mitad le hicieron un mezanine en metal donde se pintaba. El piso donde laboraba el señor Alex era el tercero. En el primer piso se deja lo que salía pintado, bases, bases camas, y también está el compresor y un extractor para que sacara el polvo. En el segundo piso se elaboran las bases camas y en el tercer piso era la carpintería. Alex y Juan David tenían un horario de trabajo, pero era algo de organización para cumplir con la entrega de los pedidos, según el número de muebles que tenían que entregar al día. La señora María Del Pilar no da órdenes ni paga salarios. Ella solo alquilo la maquinaria y la bodega. Juan David y Alex Ocampo tenían contrato de arrendamiento, el personal era por su cuenta, no pagaban seguridad social.

La señora **Nancy Amaris Rojas Ríos**, en su calidad de testigo dijo que conoce al señor Alex Yara porque en el tercer piso trabajaban unos jóvenes que hacían sillas de madera. Ella trabajaba en el segundo piso con la tela para las bases cama. Empezó a trabajar con la señora María del Pilar desde el 2014. Su oficio era cortar tela para los muebles, bases camas y camas tubulares. En este momento no trabaja para ella sino cuidando la bodega de su esposo, el señor William Ramírez. El demandante llegó a trabajar con Alex Ocampo y David Rueda, que eran los que trabajaban la madera. Tiene entendido que la señora María Del Pilar les arrendo la bodega y ellos le venden los comedores. No tiene conocimiento del tipo de contrato. La bodega son tres pisos, en el primer piso cuando llegaron era la fábrica, en donde se soldaba, los muchachos hacían las sillas tubulares, el segundo era el mezanine donde se guardaba la mercancía se envolvía todo lo tubular. Y en el tercero se hacían las sillas de madera que era lo que ellos tenían arrendado. No tiene conocimiento si ellos les fabricaban cosas de madera a otros clientes aparte de la señora María Del Pilar. Alex Ocampo y Juan David contrataban a sus propios empleados.

Oscar Yara trabajaba en el tercer piso que estaba arrendado. Desde que ella ingresó a trabajar ya estaban instalados en el tercer piso. Para esa época la función que

desempeñaba era de corte de tela, para las bases camas, las sillas, todo lo de detal. Ella estaba contratada directamente con la empresa, doña Pilar firmo el contrato. Vicente Vargas que era el administrador fue quien la contrato y le hizo la entrevista. Ella ganaba el mínimo y le pagaban quincenal y le hacían firmar la nómina. Los trabajadores que estaban en tubular les pagaban de esta forma y doña Pilar les cotizaba a seguridad social y todo lo legal, con los soportes de pago firmados. La certificación laboral se le pedía al contador, era firmado y sellado con el logo de INDUMAN´S. El día del accidente había cuatro muchachos y ellos estaban mirando un compresor, estaban "cacharreando" con Nelson Gómez. Él dijo ya vengo no vayan a tocar eso, ella estaba pendiente y de un momento a otro subió Andrés Palomino diciéndole que Alex había tenido un accidente y fue el dedo, al ver les dijo que lo llevaron al hospital. No sabe porque estaban en el primer piso, al parecer tenían el trabajo varado porque no funcionaba el compresor y bajaron a mirar cómo podían ayudar a arreglarlo, pero Nelson tuvo que salir y ellos estuvieron "cacharreando" y bajaban y subían los tacos y fue cuando sucedió el incidente del demandante. Laboró para la señora María Del Pilar hasta el 2017 o 2018 más o menos.

Valoración conjunta de las pruebas

Ahora, precisa La Sala que de conformidad con el art. 167 del CGP, incumbe a la parte actora, probar en el proceso los supuestos de los hechos respecto de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue. Dicho esto se procede a determinar si en efecto se ejecutó un contrato de trabajo con INDUMAN´S en las condiciones descritas en la demanda.

Fueron coherentes y coincidentes los testigos Wilson Javier Benavides Pulido, Nelson Jairo Gómez Espinosa y Nancy Amaris Rojas Ríos, al describir una bodega de tres pisos; en el tercer piso se elaboran los muebles de madera, en el segundo las base camas y en el primero se encuentran otras herramientas. De igual manera dijeron que el oficio del demandante era armador y que desempeñaba tal labor en el tercer

piso de las citadas instalaciones. Sin embargo; nada se dijo frente a las condiciones particulares de la prestación del servicio, o la forma en que desarrollaba el actor su labor, como por ejemplo la calidad o cantidad de los muebles que debía entregar periódicamente.

En lo que hace referencia a la certificación laboral, a pesar de no haber sido tachada esta prueba o haberse desconocido su contenido, María Del Pilar Torres Zabala en su interrogatorio de parte fue reiterativa en que tal documental no fue expedida por ella y que el señor Yara Useche no fue trabajador de la empresa que representa. Es preciso señalar, que a pesar de contar la certificación laboral con un membrete de la empresa en estas diligencias su contenido no fue ratificado, téngase en cuenta que este documento por sí solo no es prueba de la ejecución de lo allí consignado y no tiene la fuerza para tener por demostrada la existencia del contrato. En consecuencia, se concluye que no se encuentra probado el supuesto de la prestación personal del servicio.

En lo que tiene que ver con la remuneración, son contradictorias las declaraciones y los hechos de la demanda, pues los testigos señalan que el pago era semanal y el testigo Wilson Javier Benavides Pulido señaló que este era a destajo; contrario a lo dicho por el demandante, que afirmó tener un salario fijo de \$800.000 y que su pago era mensual. Además, ninguno de los declarantes dijo que la demandada pagara directamente los salarios, lo que refuta la versión del señor Oscar Alexander.

En lo que tiene que ver con la subordinación, no se advierte que el demandante recibiera órdenes o directrices de parte de INDUMAN'S, pues los testigos no hicieron referencia alguna a que la señora María del Pilar o un representante de la empresa impartiera mandatos o hiciera llamados de atención a los trabajadores, más aun, ni siquiera se advirtió que visitara la bodega. Por el contrario, es claro que la demandada fabricaba muebles en tubular, pero después solo se dedicó a la comercialización de los muebles en madera que eran fabricados en la bodega de su

propiedad. Se resalta, que la condición de la pasiva de propietaria de las instalaciones, así como la relación directa entre su objeto social y la producción realizada en la bodega, no conlleva a tenga la calidad de empleadora de las personas que allí trabajan.

Al respecto se debe señalar, que la demandada aportó sendas copias de los contratos de arrendamiento de los pisos segundo y tercero de la bodega de su propiedad a los señores Alexander Ocampo Vargas, Andrés Felipe Palomino Cupitira, Manuel Mancera Pinilla y Nelson Jairo Gómez Espinosa, entre los años 2015 a 2018, también se plasmó en ellos que la destinación del bien era desarrollar el objeto social del arrendatario que correspondía a elaboración de sillas y bases en madera. De lo cual se desprende claramente la existencia de un vínculo contractual de carácter civil entre los arrendatarios y la demandada, así como una relación comercial en virtud a los tan citados muebles en madera. Puestas así las cosas, al no encontrarse demostrados los elementos del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del C.S.T., se debe revocar la sentencia apelada.

Finalmente, como quiera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, La Sala se releva del estudio de las demás puntos de la apelación al depender las otras pretensiones de la declaratoria del vínculo laboral.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para REVOCAR en todas sus partes de la sentencia impugnada.

COSTAS

Las de primera se revocan. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de octubre de 2020, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO. –COSTAS: Las de primera se revocan. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JHON JAIME HERNÁNDEZ ROMERO CONTRA DE COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN Y TRANSMILENIO S.A. Rad. 2019 – 00538 01. Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JOHN JAIME HERNÁNDEZ ROMERO demandó al OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES S.A.S. – COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y a la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRASMILENIO S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 5 a 7.

DECLARATIVAS:

- Existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN entre el 28 de abril de 2014 y el 19 de agosto de 2016.
- Promedio salarial de \$5.596.100.
- Terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones del empleador.
- TRANSMILENIO S.A. es solidariamente responsable del pago de las acreencias laborales adeudadas al demandante.

CONDENATORIAS:

- Se condena a las demandadas en forma solidaria al pago de salarios no cancelados conforme al incremento ordenado por el Gobierno Nacional.
- Indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo.
- Cesantías e intereses a las cesantías conforme al incremento salarial.
- Prima de servicios y vacaciones según al incremento salarial.
- Sanción moratoria.
- Sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo entre el 15 de febrero de 2015 y el 19 de agosto de 2016.

- Aportes a seguridad social por el periodo comprendido entre el 28 de abril de 2014 al 19 de agosto de 2016, de acuerdo a los incrementos salariales ordenados por el Gobierno Nacional.
- Sanción por daño moral de conformidad con el artículo 64 del C.S.T.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Menciona que TRANSMILENIO S.A. suscribió contrato de concesión con COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN y para la ejecución del contrato fue vinculado por COOBUS S.A.S el 18 de abril de 2014, mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de "Director Administrativo y Financiero" con un salario de \$5.000.000, sin que durante la vigencia de la relación laboral se realizara el incremento salarial ordenado por el Gobierno Nacional. Laboró con COOBUS S.A.S. hasta el 30 de agosto de 2014, conforme a la certificación expedida por la empresa, pero que el contrato se dio por terminado por auto del 19 de agosto de 2019, proferido por la Superintendencia de sociedades por apertura del proceso de liquidación de COOBUS S.A.S. Manifiesta que COOBUS S.A.S. no realizó el pago de aportes a seguridad social integral desde mayo de 2014, y no pagó los salarios y auxilios de transporte desde el 1º de junio del mismo año, también adeudan las cesantías, vacaciones por todo el tiempo laborado y las primas de servicios desde el 1º de enero de 2014. Indica que el 22 de junio de 2015, se dio conformidad al plan de salvamento, entregando copia a TRANSMILENIO S.A.S lo que permitió que el actor continuara trabajando para la recuperación de la empresa COOBUS S.A.S. y el 19 de agosto de 2016, se profirió el auto de apertura de liquidación judicial de COOBUS S.A.S., el 23 de abril de 2017 el presentó reclamación de las acreencias laborales ante la agente liquidadora designada por la Superintendencia de Sociedades, donde se reconoció un valor de \$156.266.944 y el 22 de junio del 2019, presentó reclamación ante TRANSMILENIO S.A. quien negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales. Por último, indica que el día 12 de marzo del año 2019, la empresa COOBUS S.A.S le hizo el pago de la suma de \$9.361.111 por concepto del artículo 64 del C.S.T.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, y corrido el traslado correspondiente, las accionadas contestaron en los siguientes términos:

TRANSMILENIO S.A. del escrito visible a fls. 76 a 88.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el contrato suscrito con COOBUS S.A.S., el pago de la suma de \$9.361.111, la reclamación efectuada y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción, buena fe y genérica.

COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN contestó en escrito visible a folios 113 a 117.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con el contrato suscrito entre COOBUS S.A.S. y TRANSMILENIO S.A., el contrato suscrito con él actor, la fecha de inicio y el salario devengado.
- No propuso excepciones ni de mérito ni de fondo.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y la demandada OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL desde el 28 de abril de 2014 y el 18 de junio de 2016. Condenó a la demandada COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN al pago de las siguientes sumas y conceptos:

- Salarios \$128.500.000.
- Prima de servicios \$10.788.333.
- Vacaciones \$5.354.166.
- Auxilio de Cesantías \$10.788.333.
- Intereses a las cesantías \$1.004.041.
- Aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 1º de mayo de 2014 y el 18 de junio de 2016 sobre el salario de \$5.000.000 al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. conforme al cálculo actuarial que efectúe el fondo.
- Sanción moratoria \$10.166.666.
- Sanción por no consignación de las cesantías por \$85.000.000.
- Se autorizó el descuento de las sumas reconocidas y pagadas por COOBUS S.A.S. dentro del proceso de liquidación.

Y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. La sentencia de primera instancia señaló, que no existió controversia respecto de la existencia de la relación laboral, sino únicamente con la fecha de terminación del contrato respecto de lo cual declaró que este terminó el 18 de junio de 2016, conforme a las certificaciones laborales expedidas por el representante legal de la demandada, ya que no obra otra prueba que indique que el actor prestó sus servicios con posterioridad a esa fecha. En cuanto al incremento salarial ordenado por el Gobierno Nacional, manifestó que este solo opera respecto del salario mínimo legal ya que no existe disposición legal que obligue a ello cuando se trata de salarios superiores al mínimo legal, para lo que citó la sentencia SL-1393 de 2019 y tuvo como salario la suma de \$5.000.000 durante toda la vigencia de la relación laboral para efectos de liquidar las acreencias laborales. Respecto de los salarios adeudados, no encontró evidencia de su desembolso por lo que condenó al pago de los salarios del 28 de abril de 2014 al 18 de junio de 2016, así como al pago de la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las

cesantías, también el pago de los aportes que deberán ser girados a Porvenir S.A., por el mismo periodo antes indicado y por los valores establecidos. No encontró probado el despido sin justa causa y además halló probado que le fue reconocida indemnización conforme al folio 59, lo que fue aceptado por el demandante en el interrogatorio de parte y absolvió por el daño moral pretendido por esta causa. En relación con las sanciones, condenó a la demandada a las sanciones contenidas en los artículos 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990 por no encontrar justificación para la mora por cuanto el proceso liquidatorio inició 2 años después y la condenó a su cancelación hasta la fecha en que se dictó auto de apertura de la liquidación, para lo que tuvo en cuenta que dentro del proceso liquidatorio se observan actos de buena fe. Respecto a la solidaridad deprecada, indicó que esta no existe ya que no se acreditó con ninguna de las pruebas aportadas, que el objeto del contrato era atender de manera exclusiva el contrato con TRANSMILENIO y los objetos de las demandadas no son los mismos, por lo que declaró probada la excepción de prescripción respecto de TRANSMILENIO S.A. pues se presentó reclamación con posterioridad a los 3 años. Respecto de los pagos efectuados dentro del proceso de liquidación, señaló que estos deben ser descontados de los aquí condenados.

Recurso de apelación.

La apoderada judicial de la parte actora interpuso el recurso de apelación respecto de la solidaridad, para lo que argumentó que conforme al contrato de concesión suscrito entre las demandadas y al contrato suscrito con el demandante, existía la solidaridad de TRANSMILENIO S.A., pues no puede desproteger a los trabajadores, más aún cuando las coberturas estipuladas en el contrato de concesión eran para amparar a los mismos en la ejecución del contrato, pues es TRANSMILENIO S.A. el verdadero empleador.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: No hizo uso de esta etapa procesal.

Parte demandada:

TRANSMILENIO S.A. indicó que no existe la solidaridad pretendida por el actor, como quiera que el contrato celebrado por HERNÁNDEZ ROMERO y COOBUS tenía como objeto atender exclusivamente el contrato de concesión No. 05 de 2010, aunado a que el cargo ostentado por él trabajador (director administrativo y financiero) fue determinado por COOBUS con el fin de desarrollar las funciones establecidas tales como; preparación y elaboración de informes contables, reportes de ejecución ante entidades de control y vigilancia entre otras, las cuales no guardan relación con el objeto de TRANSMILENIO, ya que solo es el encargado de gestionar, organizar y planear el servicio de transporte público de pasajeros.

COOBUS EN LIQUIDACIÓN; guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". El único aspecto objeto de inconformidad por la parte recurrente es el relacionado con la solidaridad por parte de TRANSMILENIO S.A., por lo que sería del caso pasar a revisar el contrato de concesión No. 005 del 2010 suscrito entre COOBUS S.A.S y TRANSMILENIO S.A., según los indicado en el hecho primero de la demanda y conforme al recurso de apelación, si no se observara por La Sala, una vez revisado el expediente y los CDS aportados por las demandadas con la contestación (fls. 92 y 111) que si bien fue aceptado por las demandadas la existencia del mencionado contrato, lo cierto es que no fue aportado al proceso por la parte actora y tampoco por las convocadas a juicio, por lo que no es posible establecer cuál es el contenido de las cláusulas para así proceder a resolver sobre los argumentos de la actora respecto de la existencia de la solidaridad.

Ahora, acorde con el contrato de trabajo que fue aportado por el actor (fls. 21 a 26) desempeñó el cargo de Director Administrativo y Financiero de COOBUS S.A.S., durante toda la relación laboral y conforme al numeral cuarto de la cláusula primera del contrato se obligaba a "*cumplir a cabalidad con las órdenes e instrucciones que de manera general o partículas le imparta el empleador o sus representantes*", sin que dentro del mismo se establezca una función relacionada con TRANSMILENIO S.A., tampoco se probó en el proceso que prestara de alguna manera servicios que beneficiaran a TRANSMILENIO S.A., por lo que de este documento o de las funciones desempeñadas no es posible concluir la solidaridad deprecada.

Pero si en gracia de discusión se aceptara la existencia de solidaridad por parte de TRANSMILENIO S.A. es necesario tener en cuenta que la relación laboral del actor terminó el 18 de junio de 2018, como fue declarado en la sentencia de primera instancia, extremo laboral que no fue objeto de recurso, y la reclamación administrativa se presentó el 22 de julio de 2019 (fls.49 a 54), por lo que de conformidad con los artículos 448 del C.S.T. y 151 del C.P.T., se encuentran prescritos respecto de TRANSMILENIO S.A. los derechos que reclama el actor, por cuanto para el momento en que se presentó la reclamación ya había surtido sus efectos el fenómeno prescriptivo.

Por las anteriores consideraciones se **CONFIRMA** la sentencia impugnada.

COSTAS: Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos M/CTE (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - : COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de lazada estarán a cargo del demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos M/CTE (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO LOZANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad. 2019 00866 01. Juz. 03.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JAIRO LOZANO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 7 y 8.

- Declarar que es beneficiario del régimen de transición.
- Reconocimiento de la pensión de vejez bajo la normativa del Decreto 758 de 1990.
- Subsidiariamente reconocimiento de la pensión de invalidez.
- Prescripción.
- Indexación.
- Intereses moratorios.
- Ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 2 y 3. Nació el 12 de septiembre de 1949, cumplió 40 años de edad el mismo día y mes del año 1989 y 60 años en el año 2009. Laboró para el Municipio de Guataqui como auxiliar de servicios generales desde el 17 de febrero de 1991 y hasta el 25 de mayo de 2003. Se afilió a la Caja de Previsión Municipal de Guataqui del 17 de febrero de 1991 hasta el 24 de octubre de 1994,

donde acredita un total de 190 semanas. Se afilió al ISS del 25 de octubre de 1994 hasta el 25 de mayo de 2003, donde cotizó 442 semanas. Como independiente cotizó del 1 de junio de 2003 al 30 de junio de 2005, después en Colombia Mayor aportó 381 semanas entre el 1 de julio de 2005 hasta el 31 de mayo de 2013. Solicitó de manera reiterada ante Colpensiones el reconocimiento pensional bajo la normativa del Decreto 758 de 1990, prestación que fue negada por la demandada. En el curso de la reclamación pensional fue diagnosticado con Epilepsia en el año 2014. Fue calificado por Colpensiones, entidad que estableció una pérdida de la capacidad laboral del 39%, decisión que fue apelada y la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo califica con una PCL del 51.96% con fecha de estructuración el 20 de noviembre de 2015. Solicito ante la administradora el reconocimiento de la pensión de invalidez, la que fue negada en resolución SUB 119407 de 2019, y confirmada en la resolución SUB 197501 de 2019 y DPE 8157 de 2019. El actor pago los aportes de los ciclos septiembre a diciembre de 2012 el 31 de agosto de 2012, por lo que Colpensiones tuvo como pagados de agosto a noviembre de 2012. Ha solicitado la corrección de su historia laboral sin que esto haya sido posible. Agotó la vía gubernativa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible en fls. 114 a 131 contestó:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; laboró para el Municipio de Guataqui, las repetidas solicitudes elevadas por el actor solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, la corrección de la historia laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez, el pago de los aportes de los últimos cinco meses de 2012, agoto la vía gubernativa.
- Formuló como excepciones de mérito; Inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 199 reglamentada por el Decreto 758 de la misma anualidad. Inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez en aplicación de la Ley 860 de 2003 o en aplicación del Acuerdo 049 de 199

reglamentada por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud del principio de la condición más beneficiosa. Inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación. Buena fe. Prescripción. Genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que dispuso absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Para llegar a esa determinación el juez consideró que sería procedente el reconocimiento de la pensión de vejez bajo la normativa del Acuerdo 049 de 1990 a partir 1 de junio de 2013 en cuantía del smmlv al acoger la reciente posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral¹ bajo la cual se permite acumular tiempos públicos y privados para acceder a esta prestación. Señalo que la pensión se reconoce por 13 mesadas al año por causarse con posterioridad al 31 de julio de 2011. Sin embargo al estudiar la excepción de prescripción se tiene que las mesadas causadas con antelación al 13 de diciembre de 2016 se encuentran afectadas por este fenómeno, en consecuencia realizados los cálculos arroja un retroactivo por la valor de \$42.464.426, suma que resulta inferior a la reconocida por la administradora en la resolución SUB 191051 del 08 de septiembre del 2020, mediante la cual le reconoció al actor pensión de vejez por incapacidad a partir del 20 de noviembre del 2015, en cuantía del smmlv, en consecuencia al ser más beneficiosa para el actor la prestación de la cual se encuentra gozando no se modifican sus condiciones pensionales. Sin condena en costas.

Recurso de Apelación

La parte **demandante** inconforme con la decisión del juzgado manifiesta que el actor alcanzó el status pensional el 12 de septiembre de 2009 al cumplir los 60 años de edad y por contar con las semanas exigidas por la norma, fecha que en todo caso es anterior a la expedición del AL 01/2005, por lo que tiene derecho a la mesada catorce. En relación con la excepción de prescripción dice que el juzgado se equivoca al no tener en cuenta las interrupciones entre el 1 junio de 2013 y la presentación

¹ Sentencia Rad. 70918 de 1 de julio de 2020 MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

de la demanda el 13 de diciembre de 2019. Además se debe tener en cuenta que el actor continuó cotizando por culpa de la entidad al no reconocer la pensión.

La demandada COLPENSIONES apeló la sentencia en lo que hace referencia al reconocimiento de la pensión de vejez bajo la reciente jurisprudencia, como quiera que la prestación del actor se estudió por la administradora a la luz de la normatividad que se encontraba vigente al momento de expedir los actos administrativos. El actor no es beneficiario del Acuerdo 049 de 1990 pues se afilió a otrora ISS el 24 de octubre de 1994. Le fue reconocida al señor JAIRO LOZANO una pensión de vejez anticipada por invalidez, junto con el retroactivo desde el año 2015 el cual es mayor al reconocido por el juzgado.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: se ratifica en todos los argumentos y sustentos planteados en el líbello de la demanda, especialmente los relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez, derecho adquirido en forma anticipada a la configuración de la pensión de invalidez causado por epilepsia estructurada desde el 20 de noviembre de 2015. El demandante cumplió los requisitos de ley contemplados en el acuerdo 049 de 1990 y el decreto 758 de 1990.

Parte demandada: manifiesta que el señor Jairo Lozano es beneficiario de una pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad por cuanto, tal como quedó debidamente acreditado en el proceso con la información que obra en el expediente, siendo del caso la Historia Laboral del demandante, se verificó que su afiliación al RPM data para el 24 de octubre de 1994, es decir, para cuando ya no se encontraba vigente la normatividad mencionada. Inclusive, el actor comenzó a cotizar para la extinta entidad desde el momento de su afiliación, por lo que el declarar procedente el reconocimiento bajo una normatividad que nunca le fue aplicable al demandante desconocería su propia naturaleza.

CONSIDERACIONES

La Sala precisa que conocerá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en los puntos en los que fue condenada y no fueron apelados².

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma, conforme se desprende de las peticiones elevadas, así como de las resoluciones emanadas de COLPENSIONES (fl. 33 a 111) donde solicitó corrección de la historia laboral, reconocimiento de la pensión de vejez y de la pensión de invalidez, con lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionado del Demandante

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RPM desde el 24 de octubre de 1994 (fl. 20 a 24), al cual se afilió luego de estar vinculado a la Caja de Previsión Municipal de Guataqui, según formulario que reposa a folio 25 a 31.

En el curso del proceso Colpensiones mediante Resolución SUB 191051 del 08 de septiembre del 2020 concedió en favor del señor JAIRO LOZANO una pensión de vejez anticipada por invalidez en cuantía del smmlv, conforme los lineamientos señalados en el párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Le fue reconocido un retroactivo pensional desde el 20 de noviembre del 2015 por valor de \$43.011.976, data para la cual se señaló la deficiencia del 51.96% según el Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral.

Régimen de transición y aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005

Claro lo anterior es necesario evaluar si el demandante conservó el beneficio del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia, sí es posible

² Lo anterior dado los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 34552 del 26 de noviembre de 2013 MP Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón ratificada en la sentencia AL4088-2014 radicación No 60884 del 23 de junio de 2014 MP Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

aplicarle el Acuerdo 049 de 1990 o si por la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no se podrían mantener los beneficios de aquel régimen.

Al efecto, el demandante no es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien nació en el año 1949 (fl. 19), lo cierto es que solo se afilió al extinto ISS el 24 de octubre de 1994, esto es, cuando ya había perdido vigencia el Acuerdo 049 de 1990 al cual pretende acogerse. En consecuencia, no es posible que el actor obtenga la prestación deprecada, al no contar con una expectativa legítima bajo una normativa a la cual nunca estuvo afiliado. Sobre el particular recientemente la CSJ SL en sentencia SL3045-2021, adoctrinó:

"Frente al anterior aspecto, resulta pertinente traer a colación el criterio actual y reiterado de la Sala, según el cual para efectos de obtener una prestación al amparo de del régimen de transición previsto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es menester la existencia de una expectativa pensional en vigencia de dicha preceptiva, razón por la cual resulta imperativo la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el ISS, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, presupuesto que incumple la actora al sufragar su primera cotización a la mentada entidad, el 1 de enero de 1996."

En igual sentido en la sentencia SL4165-2020, al constituirse la Corte en Tribunal de instancia expresó:

"Así, la Corte advierte que en el presente asunto no es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, toda vez que el empleador afilió a la accionante al Instituto de Seguros Sociales después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1.º de julio de 1995 (f.º 28 a 30) y la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que si se pretende la aplicación del mencionado Acuerdo en virtud del beneficio de transición es necesario contar con este régimen pensional desde antes del inicio de la ley de seguridad social."

Puestas en esa dimensión las cosas, para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia (Acuerdo 049 de 1990), pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiese consolidado éste con la calidad de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo."

Por consiguiente, si bien es cierto, no se desconoce la calidad de beneficiario de la transición del demandante de las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, también lo es, que el actor no estuvo afiliado antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 al ISS, no es procedente analizar su derecho pensional a la luz de Acuerdo 049 de 1990, en consecuencia, se llegaría a la misma conclusión del tribunal, pero por las razones aquí expuestas."

Puesta así las cosas, si bien el máximo órgano de esta jurisdicción ante un nuevo estudio modificó su posición y estableció que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al extinto ISS hoy Colpensiones y los tiempos laborados a entidades públicas, lo cierto es que tal precepto no es aplicable al caso del actor, como quiera que no estuvo afiliado al ISS en vigencia del Acuerdo 049 de 1990.

Pensión de Invalidez-Condición más Beneficiosa

En lo que atañe a la normatividad aplicable al sub iudice, habrá de decirse que de acuerdo a los fundamentos facticos y que no fue objeto de discusión, Jairo Lozano fue calificado con una invalidez superior al 50% de PCL, conforme la calificación hecha por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (fls. 75 a 78) estructurada el día 20 de noviembre de 2015, por lo que para ese momento la normatividad aplicable era la Ley 860 de 2003³.

Al comparar el mandato normativo con la situación fáctica del demandante, es claro que no cumplió con el requisito de las 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, como lo exige el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues la última cotización que reporta el actor es para el mes de mayo de 2013 cómo se constata en el reporte de semanas cotizadas expedida por la demandada (fls. 20 a 24 – CD fl. 138).

No obstante como la parte actora busca la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (artículo 53 de la C.P.), es preciso estudiar qué norma anterior a la Ley 860 de 2003 le es aplicable y si le es más favorable. Para el caso sería la Ley 100 de 1993 sin modificación, que era la norma anterior que contemplaba la prestación.

ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

³ ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.(...)

Se excluye el Acuerdo 049 de 1990, pues como se expuso con antelación el actor no tuvo la calidad de afiliado en vigencia de esta normativa. Además, deberá el invalido cumplir con los requisitos adicionales precisados recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2358-2017 del 25 de enero de 2017 con Radicación N.º 44596 con ponencia del Dr. Fernando Castillo Cadena y Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán⁴ y como el demandante se encontraba cotizando al momento del cambio normativo (entre Ley 100 de 1993 y Ley 860 del 26 de diciembre de 2003) deberá cumplir los siguientes;

- a. Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b. Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.
- c. Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
- d. Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y
- e. Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

Exigencias que tampoco cumplió el actor pues la estructuración de la invalidez se presentó el 20 de noviembre de 2015 (fl. 78 vto). Criterio este que esta Sala de decisión acoge siguiendo los lineamientos que al respecto ha venido sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, máximo órgano de nuestra jurisdicción, además de que no encuentra este Juez colegiado fundamentos suficientes para apartarse de tal entendimiento.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir en la confirmación en todas sus partes de la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

⁴ “ **Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

En este evento la situación jurídica concreta emerge si el afiliado para el momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, (i) estaba cotizando al sistema, y (ii) había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Ello por cuanto no solamente se da eficacia, sino que también se satisface con la densidad de semanas de cotización efectuadas dentro del plazo estrictamente exigido por el mandato abolido.

Cumple a ese propósito dejar en claro, empero, que si el asegurado estaba cotizando para el 26 de diciembre de 2003 y no tenía en su haber 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, no es poseedor de una situación jurídica concreta y, en consecuencia, se le aplica con rigurosidad la Ley 860 de 2003, en desarrollo del principio de la retrospectividad de la ley, pues repárese en que no tiene una expectativa legítima ni mucho menos un derecho adquirido. En resolución, para esa persona no hay condición más beneficiosa”

COSTAS

Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS: Las de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos Mil Pesos M/Cte. (\$500.000) como costas en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VICTOR ANTONIO NAVARRO PERALTA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00122 01 Juz 17.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

VICTOR ANTONIO NAVARRO PERALTA demandó a la AFP PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 12 a 14.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 8. Nació el 4 de febrero de 1953. Se afilió al ISS el 1 de noviembre de 1995. Desde el 7 de mayo de 1980 al mes de abril de 1994 se encontraba afiliado a Cajanal. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir el 22 de mayo de 2000. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. Se radicó ante Porvenir S.A. solicitud de traslado al RPM, la cual no tuvo una respuesta de fondo. El demandante tiene a la fecha un total de 1581 semanas cotizadas, con un capital en su cuenta de ahorro individual de \$201.722.844.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 352 a 378.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 278 a 301.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, los 62 años cumplidos en el año 2015, la afiliación efectuada al ISS, las cotizaciones a Cajanal, la fecha de afiliación a Cajanal, el traslado al RAIS por medio de Porvenir S.A., la solicitud de simulación pensional, solicitud de traslado ante la AFP Porvenir, su afiliación actual en el RAIS, la densidad total de semanas cotizadas y la reclamación administrativa elevada ante Colpensiones.
- Formuló como excepciones de fondo; inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Porvenir S.A., de fecha 22 de mayo del 2000. Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP Porvenir no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Considera que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente en este caso, pues el demandante no cumple con los presupuestos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, es decir, no es beneficiario del régimen de transición. Afirma que el formulario de afiliación es prueba suficiente de la manifestación clara e inequívoca de la voluntad del actor. Los efectos de la nulidad de la afiliación no puede asumirlas Colpensiones, debido a que no es la entidad generadora de los vicios del consentimiento que conllevaron al traslado. De otra parte no es de recibo que se condene en costas a un tercero que ha actuado conforme a la ley.

PORVENIR S.A. señala que el actor es depositario del deber de información debido a la densidad en el número de semanas cotizadas, además que no es beneficiario del régimen de transición, por tanto, no tiene una expectativa legítima pensional. Manifiesta que el demandante no probó aquella situación que le generó un constreñimiento en su voluntad para vincularse al RAIS. Indica que no es procedente la devolución de los saldos y gastos de administración, toda vez que estos valores ya fueron descontados para cubrir los riesgos de vejez, muerte y enfermedad, y de otro lado generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Al no existir sustento que dé lugar a las condenas, se debe revocar la condena en costas impuesta.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: solicita se confirme la decisión. Manifiesta que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, por cuanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones y de la AFP Porvenir en el que señalan que no puede aceptarse el traslado porque al actor le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** indica que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al RAIS, como se alega en la demanda y se evidencia en el fallo impugnado, además para el momento

de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha. De otra parte, considera que la decisión tomada generara un impacto en el sistema financiero de Colpensiones. Solicita se revoque la condena en costas impuesta.

- **PORVENIR:** afirma que el demandante actuó de forma poco diligente frente al traslado realizado y solamente después de muchos años mostró un interés por su situación pensional. Por lo expuesto, en el momento en el que se materializó el acto objeto del presente proceso es evidente que fue realizado de conformidad con la normatividad, por lo que la información que se brindaba a quienes estaban interesados en vincularse al RAIS se suministró en forma verbal, sin que esto indicara de forma inequívoca y automática que la información brindada no fuese completa, transparente, veraz y oportuna.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración, la condena en costas impuesta a las demandadas y el enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 27 de julio de 2018 (fl. 34), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 22 de mayo del 2000, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A. según formulario que reposa a folio 459.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir el 22 de mayo del 2000 (fl.459), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Porvenir, no se subsanan y lo hacen depositario del deber de información por el hecho de que el actor hubiese permanecido más de 20 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, pues evidentemente las consecuencias del traslado de régimen y sus inconformidades solo salen a relucir cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión e indaga los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones*".

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en

contra de las administradoras de fondos de pensiones demandadas, es preciso indicar tal como lo indica la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, "*El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales*"; en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de Porvenir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

En este sentido, pese a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto de afiliación entre el accionante y la AFP, está obligado a recibir como afiliado al Régimen de Prima Media al demandante, debido a que en razón a la declaratoria de nulidad todo debe retornar a su estado anterior. Son las AFP las cuales deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

Ahora bien, en atención a la solicitud de las recurrentes en relación a la condena en costas impuesta en primera instancia, debe decirse que con base en el artículo 365 del Código General del Proceso⁵, procede la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso y/o contra el recurrente que no prospere su apelación.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

⁴ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

⁵ Art 365. "En los procesos y en las actuaciones posteriores de aquellos en que haya controversia sobre la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le **resuelva desfavorablemente en el recurso de apelación**, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto"

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

DECISIÓN

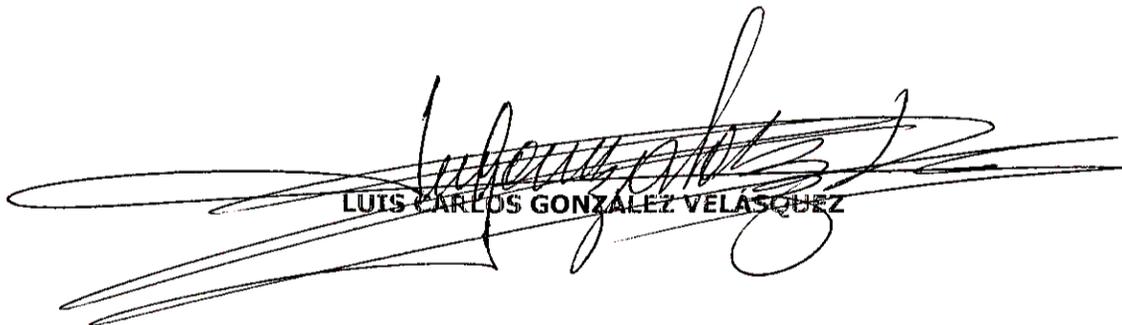
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de diciembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjense el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



EN PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIGIA GIOMAR FARFÁN QUEVEDO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00335 01 Juz 24.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LIGIA GIOMAR FARFÁN QUEVEDO demandó a la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2.

- Existencia de formulario de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida diligenciado el 5 de julio de 2017.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Afiliación inmediata a Colpensiones en virtud del regreso automático.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 3. Nació el 8 de julio de 1970. Se trasladó al RAIS en el año 1996. El 5 de julio de 2017 radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen pensional, la cual fue recibida de forma satisfactoria por el funcionario de la entidad. En el transcurso de los días, no recibía respuesta alguna de Colpensiones, por dicha razón decidió pedir información de su petición a lo que le contestaron que había sido devuelta por errores en el diligenciamiento del

formulario. Al verificar el documento se determinó que no presentaba ninguna inconsistencia. El 3 de agosto de 2017 radicó derecho de petición solicitando se subsanaran los errores de la radicación del formulario y como consecuencia de ellos se reconociera la afiliación realizada inicialmente. Colpensiones informó que se reprocesaría el formulario de vinculación. Sin respuesta alguna, hasta el 10 de enero de 2018 decide dirigirse a un punto de atención a preguntar sobre su proceso de afiliación, y le indicaron que esto no podía ser posible toda vez que había superado los 47 años de edad. Por todo lo anterior, la actora presentó acción de tutela para que se ordenara a Colpensiones su afiliación inmediata al RPM. Mediante fallo del 28 de marzo de 2019 el Juzgado 10 Penal del Circuito con Función de Conocimiento negó la acción bajo el argumento; *“el accionante tiene la opción de un proceso judicial idóneo y eficaz para resolver la controversia.”*

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
en los términos del escrito visible en fls. 59 a 70.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado efectuado al RAIS, los 46 años de edad cumplidos en el año 2017, solicitud de traslado ante Colpensiones, que el formulario diligenciado no tenía inconsistencias, el derecho de petición, la acción de tutela contra Colpensiones y el fallo de tutela emitido.
- Propuso como excepciones de mérito; la improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y genérica

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó como consta a fls. 98 a 115.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.

- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar valido el formulario de afiliación suscrito ante Colpensiones el 5 de julio de 2017 en razón a que su radicación se efectuó dentro del término legal según lo dispuesto en el literal e) del artículo 2° de la ley 797 de 2003, toda vez que se tramitó antes de cumplir los 47 años de edad y que corresponde al límite para adelantar el traslado de régimen pensional. Ordenó a Colpensiones y Porvenir S.A. que definan la situación de vinculación de la actora al sistema general de pensiones teniendo en cuenta la normatividad vigente aplicable al caso.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: solicita se revoque la decisión. Manifiesta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida por la ley 797 de 2003, ya que le faltan menos de diez años para adquirir la edad de pensión, debido a que en la actualidad tiene 50 años de edad. Indica que el diligenciamiento del formulario no se hizo con el cumplimiento de los requisitos legales, como quiera que no anexó la copia simple de la cedula de ciudadanía en debida forma y fue hasta el 1 de agosto de 2017 que subsanó dicho error, fecha para la cual no era posible tramitar el traslado solicitado. De otra parte, afirma que esta decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera y el equilibrio presupuestal de la administradora, pues contraría los principios de equidad y justicia material del fondo común de afiliados que deben asumir el riesgo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que la actora cumple con los requisitos establecidos por la norma, teniendo en cuenta que al momento de radicación del

formulario de afiliación el 5 de julio de 2017 y el cumplimiento de la edad de pensión de los 57 años de edad, faltaban más de 10 años. Destaca que por un simple formalismo no se le puede vulnerar su derecho a escoger libremente el régimen de pensional.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** manifiesta que la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993, por lo que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, por cuanto, las leyes que surgieron entre el año 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

- **AFP PORVENIR:** solicita se analicen las circunstancias particulares que evidencian con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que Porvenir cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer el cumplimiento de los

requisitos para proceder con el traslado de régimen pensional, así como la afectación a la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del derecho de petición radicado el 3 de agosto de 2017 (fl. 18), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Procedimiento del traslado de régimen pensional y/o administradora de pensiones

La decisión del traslado de régimen pensional o de administradora, es una expresión de la voluntad del afiliado y la cual se materializa mediante el diligenciamiento del formulario correspondiente ante la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con las disposiciones normativas vigentes.

La ley 797 de 2003 en su artículo 2º literal e), inciso primero, dispuso;

"e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"

A su vez la circular externa 019 de 1998¹ expedida por la Superintendencia Bancaria, dispuso en el capítulo primero las instrucciones generales relacionadas con las entidades administradoras del sistema general de pensiones:

¹ TITULO CUARTO ENTIDADES ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y CESANTIAS. CAPITULO PRIMERO
3. PROCEDIMIENTO PARA EL TRASLADO DE AFILIADOS De conformidad con lo previsto en los artículos 60, literal c), 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, 15 y 16 del Decreto 692 de 1994, y con fundamento en el literal a) del numeral 3o. del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esta Superintendencia se permite impartir las siguientes instrucciones sobre el procedimiento para el traslado entre regímenes pensionales y entre las diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones.

3.1 Términos para los traslados

Este Despacho estima conveniente recordar los términos de tres (3) años y de seis (6) meses, ambos contados desde la selección anterior, para trasladarse de régimen o para cambiarse de sociedad administradora dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, respectivamente, previstos en los artículos 15o. y 16o. del decreto 692 de 1994. Se entenderá que hubo selección desde el momento en que se presentó debidamente diligenciado el formulario correspondiente a la entidad administradora escogida, siempre que no se haya ejercido el derecho de retracto en los términos establecidos en el artículo 3o. del Decreto 1161 de 1994.

"3.2 Diligenciamiento del formulario

Cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular."

Ahora bien, las normas que regulan la afiliación a la seguridad social en pensiones brindan los mecanismos a las administradoras, para cuestionar si en ese acto se encuentra alguna irregularidad, como lo contempla el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, que dice:

"Art. 12.- Confirmación de la vinculación. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación. Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto"

Traslado de régimen pensional de la actora

La actora suscribió formulario de afiliación ante Colpensiones el 5 de julio de 2017 (fl.9) el cual está debidamente diligenciado según las disposiciones legales. De otra parte, se debe entrar a verificar si la demandante efectuó la solicitud en el término legal según el requisito dispuesto por la ley 797 de 2003 en su artículo 2° literal e), esto es antes de cumplir los 47 años de edad, límite que dispone la norma para solicitar el traslado. Se tiene que la señora Ligia Giomar Farfán Quevedo nació el 8 de julio de 1970 (folio 7), es decir que cumplió los 47 años de edad el mismo día y mes del año 2017.

Por lo anterior, para la data en que radicó el formulario de vinculación ya referido, no se encontraba inmersa en la prohibición legal. A su vez revisado el reporte del Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión- SIAFP (fl. 116) y las solicitudes de afiliación a las administradoras de fondos de pensiones Porvenir S.A. (fl. 117) y la AFP Horizonte (fl.118) se comprueba que la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 30 de

enero de 1996, es decir, que cumplió con la exigencia de la permanencia en el régimen pensional escogido desde la selección inicial, pues ha estado afiliada al RAIS aproximadamente 21 años, término superior a los 5 años exigidos por la norma citada.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 42787² del 13 de marzo de 2013, realiza una ponderación de los efectos que produce la simple suscripción del formulario de afiliación que es una responsabilidad recíproca y en doble vía, tanto por parte del interesado en realizar el traslado que debe hacerlo con la debida diligencia y el lleno de todos los requisitos contemplados en la ley y la nueva administradora de pensiones que seleccionó el trabajador, que tiene el deber de verificar los datos y la información allí consignada, pero teniendo presente que el derecho laboral y la seguridad social son instituciones cuyo eje central es la protección de la persona del trabajador, la garantía de los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecte.

Colpensiones afirma que no dio trámite a la solicitud de afiliación porque la demandante no cumplió con el requisito de anexar en debida forma la copia de la cedula de ciudadanía. Para analizar dicha situación, se hace referencia a la sentencia SL 413 del 2018 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual estudio los efectos de la afiliación efectuada por una persona fallecida después de haberse trasladado a otra AFP, hecho que impedía que se hiciera efectivo el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; pese a que es una situación fáctica diferente al caso objeto de estudio, se trae a colación lo planteado por la Corte en cuanto al derecho a la seguridad social semejante en ambos casos;

² Frente a este tópico, a partir de la sentencia SL 42787, 13 mar. 2013 esta Sala de la Corte fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de la afiliación o traslado de régimen o entidad administradora, así no existan cotizaciones al sistema. Para una mejor ilustración, en aquella sentencia, se expuso: 1.- La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación. En sentencia de 9 de marzo de 2004, rad. N° 21541, en un proceso contra el Instituto de Seguros Sociales precisó la Corporación: "Debemos indicar que si bien es cierto en el año de 1971 la demandada inscribió al trabajador al seguro social se trató de un acto simplemente formal, en cuanto no estuvo acompañada de cotización alguna, lo cual se ha de asimilar a una falta de afiliación; así se ha de entender que el actor sólo (sic) fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en 1997, para cuando se hizo una inscripción acompañada de cotizaciones. Esta situación ha llevado a la Corte a un replanteamiento del tema, en el sentido de considerar que la afiliación al sistema general de pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones. Y eso es así porque de conformidad con las normas que han regulado los efectos de la afiliación al sistema general de pensiones, este acto jurídico produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario.

"Debido a esta fuerte conexión que existe entre el respeto a la autonomía moral y la dignidad humana, y la garantía de las prestaciones que el sistema consagra, el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades. Este planteo implica que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, tradicionalmente comprendido en el contexto del contrato de trabajo, también permea las actuaciones de los ciudadanos al interior de los sistemas de protección social.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades"

Conforme a lo anterior, la conducta de Colpensiones resulta inadmisibles pues el hecho de desconocer que la actora adelantó y tramitó en término legal la solicitud de traslado conforme a las exigencias normativas (*artículo 2º, literal e) ley 797/03*), para La Sala la condición impuesta con la que limita el derecho de la seguridad social de la demandante es un mero formalismo que desconoce la naturaleza del derecho fundamental en discusión, por ende le asiste razón a la A quo al acceder al traslado deprecado.

Sostenibilidad financiera de Colpensiones

Ahora, no es de recibo para La Sala lo alegado por Colpensiones en lo que tiene que ver con la afectación de la estabilidad presupuestal y financiera de la entidad, al tener que aceptar a la demandante en el RPM, pues como se expuso a lo largo de esta decisión, la accionante goza de pleno derecho para que se lleve a cabo su afiliación en el régimen pensional por ella escogido, como quiera que efectuó la solicitud pertinente dentro de los términos y bajo el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

Bajo los anteriores razonamientos se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de diciembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NORMA ROCIO GARCIA TORRES CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2019 00568 01 Juz 28.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NORMA ROCIO GARCIA TORRES demandó a la AFP PROTECCIÓN, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 6 a 7.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 a 6. Nació el 17 de febrero de 1962. Estuvo afiliada al ISS, hasta el mes de diciembre de 1997, cotizando un total de 365.43 semanas. El 1 de enero de 1998 se trasladó al RAIS mediante la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. Posteriormente se afilió a Protección S.A. en agosto del año 2005. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 21 de junio de 2019, solicitó ante la AFP Protección proyección pensional en ambos regímenes, a lo cual le

respondieron que su mesada en el RAIS sería de \$2.031.325 y en el RPM le informaron que solo tendría derecho a una indemnización sustitutiva, lo que resulta imposible, toda vez que la actora cuenta con 1.385 semanas cotizadas, densidad de tiempo suficiente para tener derecho a una pensión de vejez. Lo anterior permite evidenciar la falta a la verdad por parte del fondo pensional al suministrar una información sesgada, ya que teniendo en cuenta el IBL y el número de semanas cotizadas, su mesada pensional en el RPM sería de \$3.870.319. Radicó solicitud de traslado a Colpensiones, a lo cual la entidad contestó que no era procedente pues se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en la ley 797/2003.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visibles a folios 107 a 117.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, las cotizaciones realizadas a Protección S.A. desde agosto del 2005, la proyección pensional solicitada, la proyección de la indemnización sustitutiva en el RPM y la respuesta negativa a la solicitud de traslado a Colpensiones.
- Formuló como excepciones de mérito; la 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, diferencia entre inexistencia y nulidad, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visibles a folios 71 a 81.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa ante Colpensiones.
- Formuló como excepción previa; protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero.

- Propuso como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

La AFP PORVENIR S.A. contestó en los términos del escrito visible a folios 173 a 204.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Propuso como excepción previa; falta de integración de litisconsorcio necesario.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., de fecha 12 de diciembre de 1997. Ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, con frutos e intereses, junto con los gastos de administración y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP Porvenir no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES solicita sea revocada en su totalidad la decisión. Manifiesta que durante la afiliación, la demandante no expresó su inconformidad en el RAIS, al contrario siempre se evidenció su intención de seguir afiliada a dicho régimen pensional, situación que se desprende del número considerable de semanas cotizadas. Además, indica que hay un perfeccionamiento en el acto jurídico de la afiliación a la luz de lo dispuesto en el artículo 989 del Código de Comercio.

PROTECCIÓN S.A. solicita sea revocada la condena de la orden de trasladar los aportes pensionales, cotizaciones y gastos de administración a Colpensiones. Propone dos posibilidades a tener en cuenta en esta instancia; el primero el traslado de los aportes íntegros sin lugar a descuentos por los rendimientos causados para que estos queden a favor de Protección y en un segundo escenario el traslado de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, pero sin deducir los conceptos por gastos de administración y prima de seguro previsional. Lo anterior con el fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y reconocer la buena gestión de administración del fondo pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la actora y las AFP Porvenir y Protección S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía cambiarse de régimen. Indica que no se logró observar vicio del consentimiento en la afiliación.
- **AFP PORVENIR:** Afirma que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía a la Ley 100 de 1993, es decir, que la actora no contaba con ningún limitante para retornar al RPM, 3 años después de realizada la vinculación con la AFP, no obstante, lo anterior, decidió continuar de manera libre y voluntaria y realizar traslados horizontales. Por otra parte, la inconformidad de la demandante, con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias

derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensión.

- **PROTECCIÓN S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, el perfeccionamiento del acto jurídico de la afiliación y la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 21 de junio de 2019 (fl. 42), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 12 de diciembre de 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) según formulario que reposa a folio 206. Posteriormente, el 27 de junio de 2005 se trasladó a la AFP Santander, hoy Protección S.A. (fl. 122), al cual se encuentra vinculada en la actualidad.

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 12 de diciembre de 1997 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Horizonte (fl. 206), con la cual cumpliría los requisitos que

consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP Porvenir, entidad que asumió la afiliación que hizo la demandante, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. Ninguna de las AFP acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

Insuficiencias que contrario a lo considerado por el apoderado de Colpensiones, no se subsanan por el hecho que la actora hubiese permanecido 24 años efectuando cotizaciones sin manifestar insatisfacción frente al régimen escogido, pues evidentemente las consecuencias del traslado de régimen y sus inconformidades solo salen a relucir cuando el afiliado se acerca a la edad de pensión e indaga por los términos en que le será reconocida tal prestación, derecho que en todo caso es de carácter imprescriptible.

Ratificación expresa del acto jurídico- Art. 898 del Código de Comercio

Los elementos esenciales del acto jurídico son aquellos componentes que determinan su existencia, es decir, dan lugar al perfeccionamiento del mismo. Entre ellos, como requisito esencial para su validez se encuentra el consentimiento, que debe ser sano, libre y espontáneo, manifestado con cierto grado de conciencia y de libertad. (CSJ SC 19730-2017)⁴. En el presente caso el consentimiento no fue debidamente informado dada la omisión de la AFP al no suministrar información clara, suficiente y veraz que permitiera tomar la decisión más óptima aplicada al caso en particular, por tanto en el acto de afiliación al no concurrir dicho elemento, que es fuente de la relación jurídica, produce la ineficacia del traslado efectuado. Conforme a lo anterior, no es admisible lo alegado por Colpensiones, en cuanto a la remisión del artículo 898 del Código de Comercio, que contempla la ratificación expresa de la afiliación, pues la misma no tuvo efectos y por consiguiente no puede perfeccionarse, más aún cuando no nació a la vida jurídica.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, Old Mutual S.A. y Protección S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal*

⁴ · Requisito esencial para la existencia de los actos o negocios jurídicos. Elemento esencial para su validez, cuando es sano, libre y espontáneo, manifestado con cierto grado de conciencia y de libertad. Reiteración de la Sentencia de 11 de abril de 2000. Improcedencia de la tesis que confunde la incapacidad de persona de edad avanzada, con la aptitud de su consentimiento o voluntad para celebrar actos jurídicos. (SC19730-2017; 27/11/2017)

sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁵), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁶).

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

⁵ “Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:
[...]

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

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

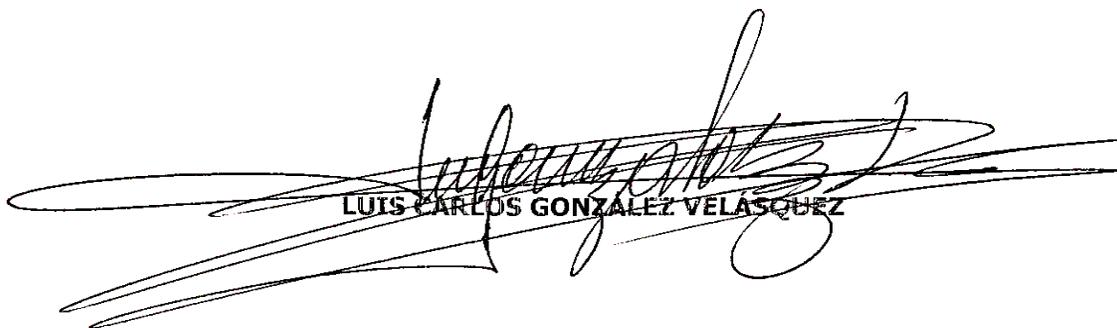
⁶ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Fíjense el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$908.526) a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIGUEL ÁNGEL GUERRA CASTAÑEDA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES- COLPENSIONES. Rad. 2019 00354 01 Juz 38.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MIGUEL ÁNGEL GUERRA CASTAÑEDA demandó a la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 8 a 9.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 8. Nació el 22 de abril de 1957. Se afilió al ISS el 15 de febrero de 1989. Cotizó en el RPM un total de 99.43 semanas. El 10 de marzo de 1996 se trasladó al RAIS mediante la AFP Davivir, hoy Protección S.A. Al momento del traslado efectuado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, mucho menos le expusieron la disminución que se vería reflejada en el monto o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El actor tiene un total de 1074.86 semanas cotizadas. El

21 de marzo de 2019 solicita ante Colpensiones la nulidad del traslado, la cual fue negada.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 128 a 143.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, la fecha en que se retiró del ISS y la solicitud de traslado presentada.
- Propuso como excepciones de fondo; inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

LA AFP PROTECCIÓN S.A., contestó en los términos del escrito visibles a folios 177 a 189.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la omisión de informar respecto al año de gracia para trasladarse por única vez y la obligación de informar sobre la prohibición legal para trasladarse.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que el actor no demostró vicio de consentimiento alguno al momento de efectuar el traslado al RAIS. De otro lado, al analizar que el demandante ostenta el cargo de notario público, lo calificó como una persona que debe tener una debida diligencia

y cuidado de los actos jurídicos que celebra, toda vez que es un funcionario público encargado de imprimir legitimidad y seguridad jurídica en los documentos que firma. El desconocimiento de la ley en su caso no sirve de excusa. Finalmente, se aparta de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma señala que se debe estudiar cada caso en particular, y como quiera que las situaciones fácticas, así como las pruebas traídas al proceso difieren de los casos estudiados por esa corporación, por lo que para el caso objeto de estudio no se accede a las pretensiones.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la decisión, manifiesta que la administradora de pensiones si faltó al deber de información, como quiera que al actor no le fue suministrada una asesoría completa, oportuna y veraz en el momento del traslado. Destaca que lo solicitado por el demandante tiene sustento factico en la sentencia No. 31989 de la Corte Suprema de Justicia, la cual señala que la obligación de las AFP siempre ha existido y que el consentimiento vertido en un simple formulario de afiliación no acredita una plena manifestación de la voluntad, teniendo en cuenta que lo que aquí se discute nada tiene que ver con la existencia de vicios del consentimiento, sino la falta de información. Señala que el cargo o la profesión del actor no puede ser un limitante para ejercer el derecho de acceso a la administración de justicia.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: manifiesta que no existe prueba alguna de un debido asesoramiento por parte de la AFP que le permitiera al actor retractarse de optar por el traslado. Aduce que el operador judicial malinterpretó el hecho de no poder acceder a una oficina de Protección, inexistente en el municipio que siempre ha sido el lugar de residencia y trabajo del demandante, con argumentos tales como ser abogado y ejercer un cargo de notario; no es posible que por ello se le niegue el derecho a retornar al RPM, siendo cierto que existió un traslado de régimen respecto del cual, el fondo que lo recibió no le brindó la información suficiente, amplia, clara y precisa, sino que por el contrario lo indujo en error para tomar la decisión que hoy reclama se le restablezca, como el hecho de señalarle que el ISS sería liquidado o que se pensionaría en cualquier tiempo.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** no se pronunció en esta etapa.
- **PROTECCION S.A.:** no se pronunció en esta etapa.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 21 de marzo de 2019 (fls. 38 a 50), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS desde el 10 de marzo de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. (fl.190).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte demandante alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional. Al respecto, si bien el actor el 10 de marzo de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. (fl.190), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello

por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quiénes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quiénes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² "No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"

³ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el RPM, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, entidad que asumió la afiliación que hizo el demandante, puesto que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por el actor, pero no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, omisión que no se subsana por el hecho de la amplia preparación académica del actor o el cargo de notario público ocupado, ya que el nivel de estudios de una persona u oficio desempeñado no la hace conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Protección, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692/94. Aportó comunicaciones escritas entregadas al demandante de fechas 13 de febrero de 2015 (fl. 191) y 31 de marzo de 2016 (fl. 192), contestación a la solicitud de anulación de traslado (fls. 193 a 195), reporte de estado de la cuenta de ahorro individual (fls. 196 a 205), historia laboral (fls. 206 a 217) y el historial de afiliaciones del SIAFP (218); de lo anterior no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL del demandante. El argumento planteado en la defensa respecto a que el actor debía desplazarse hasta una sede del fondo pensional a solicitar este tipo de información, no es admisible, pues estos datos debían ser suministrados al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular; no se evidencia que haya explicado la causa de la variación entre las mesadas proyectadas, lo que conlleva a que el reporte de unos valores por sí solos sin la debida información, no puedan servir de sustento en la toma de la decisión del traslado; aunado a que el demandante en su interrogatorio manifestó que no le fue informado que pasaría con sus aportes en caso de no completar los requisitos para pensión ni en caso de su fallecimiento, tampoco le dieron información sobre el bono pensional, aportes voluntarios ni la cuenta de ahorro individual, aspectos fundamentales del RAIS.

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin

la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Con base en lo anterior, la AFP Protección no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 23 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido,

⁴ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Así las cosas, es evidente que al actor no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a revocar la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación de MIGUEL ÁNGEL GUERRA CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual efectuada en marzo de 1996 a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. (fl. 190) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Devolución de los gastos de administración

Frente a la viabilidad de la devolución de los rendimientos de los aportes que tenga el actor en su cuenta individual y los gastos de administración, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones.

En consecuencia, y como quiera que actualmente el actor se encuentra vinculado con la AFP Protección S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 24 años tomo esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Bajo los anteriores argumentos, se habrá de **revocar** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero de 2021, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado del señor MIGUEL ÁNGEL GUERRA CASTAÑEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 10 de marzo de 1996 a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** como actual administradora del actor, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con los respectivos rendimientos que se hubieren causado, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS. Las de primera instancia se **REVOCAN** y quedarán a cargo de las demandadas. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

EN PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MIREYA CONSUELO AMEZQUITA BUITRAGO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 2019 – 00492 Juz. 21.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MIREYA CONSUELO AMEZQUITA BUITRAGO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 a 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- Pensión de vejez.
- Actualización de la historia laboral.
- Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 6 a 9. Nació el 3 de mayo de 1961. Se afilió al ISS desde el 15 de febrero de 1982, donde cotizó un total de 846,14 semanas. El 03 de febrero de 1999, se trasladó a la AFP PORVENIR, quien no le informó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, posteriormente el 28 de febrero de 2001, se trasladó a la administradora PROTECCIÓN S.A. y luego el 22 de noviembre de 2007 a COLFONDOS S.A (actual administradora), quienes no le informaron sobre las características del RAIS, no le efectuaron una proyección de pensión, solo le hablaron de las ventajas del régimen de ahorro individual más no de sus desventajas. En el año 2019, pidió a las demandadas la nulidad del traslado al RAIS, las cuales no accedieron y el 14 de junio del mismo año, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, quien tampoco accedió a lo pretendido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visible a fls. 183 a 213.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, el traslado al RAIS y la solicitud de nulidad de traslado.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó en los términos del escrito visible a fls. 231 a 242.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, el traslado a esa AFP, el promedio salarial y las semanas cotizadas al momento del traslado a esa administradora.
- Formuló como excepciones de mérito; 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, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la 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 la totalidad de los aportes a otra AFP.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó en los términos del escrito visible a folios 262 a 289.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; 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, genérica, ausencia de vicios del consentimiento obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 291 a 311.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, las cotizaciones efectuadas por varios empleadores, la afiliación al ISS, las reclamaciones administrativas y sus negativas.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 03 de febrero de 1999, con fecha de efectividad a partir del 1 de abril de 1999, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A. Condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de MIREYA CONSUELO AMEZQUITA a COLPENSIONES en el término de un (1) mes y a esta a actualizar la historia laboral. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a AMEZQUITA BUITRAGO, la pensión de vejez conforme el art. 33 de la Ley 100/93 modificada por el art. 9 de la Ley 797/03, una vez se active su afiliación, con pago efectivo a partir del día siguiente a la última cotización o desafiliación del sistema. Señaló que el cálculo de la prestación debe realizarse con el IBL de los últimos 10 años de cotización o toda la vida laboral según le sea más favorable, en la cuantía que se determine luego de aplicar la fórmula establecida en el art. 34 de la Ley 100/93 con las modificaciones del art. 10 de la Ley 797/03. Llegó a esa determinación al colegir que PORVENIR no cumplió con su carga probatoria, como quiera que el formato no es prueba idónea para establecer el consentimiento informado de la afiliada. Resaltó que el cambio entre administradoras del mismo régimen no ratifica su permanencia, en cuanto a los comunicados de prensa indicó que ellos no brindaron una información individualizada de la situación de la actora y que en estos casos no se requiere ser beneficiario del régimen de transición ni tener un derecho pensional consolidado para que se garantice el deber de información. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, como quiera que este fenómeno no es aplicable a la declaratoria de ineficacia del traslado, aunado a que los derechos que se derivan de esa ineficacia, son imprescriptibles e irrenunciables. Respecto a la pensión de vejez, manifestó que le asiste el derecho a la demandante, toda vez que cumplió los 57 años de edad en el año 2018 y ha cotizado 1416,14 semanas, con lo cual supera los requisitos establecidos en la Ley 797/03, no obstante, debido que no se aportó ningún documento que acredite el retiro del sistema general de pensiones su disfrute se dará a partir de la fecha de desafiliación. Declaró no probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas pensionales, ya que el derecho aún no se ha causado ni se ha desafiliado de Colfondos.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR S.A.**, manifestó que la suscripción del formulario es prueba suficiente de que la afiliación de la demandante es válida, que para el momento del traslado el ordenamiento jurídico no determinaba de forma concreta como las AFP debían documentar la asesoría brindada, por cuanto no es dable imponer obligaciones distintas a las contempladas en la ley ni tampoco solicitar documentación adicional al formulario de vinculación. Adujó que la permanencia por más de veinte años en el RAIS ratificó su decisión de pertenecer a ese régimen pensional. Consideró que AMEZQUITA BUITRAGO debió trasladarse con antelación a la asesoría que debió solicitar con el ISS hoy Colpensiones. Indicó que no es procedente la condena en costas ni la devolución de los gastos de administración, como quiera que estos últimos, ya no se encuentran en las arcas de la AFP, por cuanto fueron invertidos con el fin de obtener una rentabilidad para la cuenta de la afiliada, aunado a que, al momento del traslado a Protección, le fueron trasladados todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

PROTECCIÓN S.A., solo presentó objeción en la condena por devolución de gastos de administración, los cuales están autorizados por la Ley 100/93. Considera que la devolución de estos gastos, genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora, máxime cuando estas sumas no hacen parte integral de la pensión de vejez, razón por la cual considera no puede desconocerse lo señalado en el art. 1743 del Código Civil. Citó el Decreto 2555/10, el cual señala que los recursos administrados por la AFP son vigilados por la Superintendencia Financiera y las comisiones por administración deben ser en favor de las administradoras.

COLPENSIONES, solicita se revoque el fallo, como quiera que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso concreto, los cuales difieren de los hechos del presente caso. Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, además de que no se probó la existencia de vicios en el consentimiento en los términos de los artículos 1508, 1509, 1510 y 1740 del Código Civil, para que se declarara la nulidad del traslado. Señaló que el traslado de AMEZQUITA BUITRAGO, se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones según el art. 3 literal b de la Ley 100/93, voluntad que ratificó en la suscripción de los diferentes formularios de afiliación, pide se aplique lo señalado en el art. 167 del CGP. Considera que no es procedente, el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que no conoce la situación pensional actual de la promotora del proceso. Pidió subsidiariamente y en caso de confirmarse la decisión, se condicione el reconocimiento de la prestación, a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, se ordene la indexación de los valores trasladados y no se condene en costas, toda que es un tercero ajeno al traslado de régimen pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020).

Parte demandante: No se pronunció en la oportunidad procesal señalada.

Parte demandada

COLPENSIONES; indicó que en el proceso no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento para que se declare la nulidad del traslado, pues se probó que este se hizo de forma libre y voluntaria y que la AFP cumplió con el deber de información ya que le entregó la información necesaria a la demandante para que su decisión fuese informada. Adujó que al recibir a AMEZQUITA BUITRAGO en el RPM se generaría una descapitalización del sistema, como quiera que esta situación afectaría a los demás afiliados. Pide de manera subsidiaria, se condicione el cumplimiento de la sentencia previa devolución por parte de la AFP, todas las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual de la actora incluidos los gastos de administración.

PORVENIR; solicita se revoque la decisión ya que el traslado de régimen efectuado por la demandante se hizo de forma libre, voluntaria y consciente pues así lo plasmó en el formulario de vinculación por lo que no es dable afirmar que la AFP incumplió con el deber de información pues se probó que la actora contó con la información necesaria para tomar la decisión de cambio. Manifestó que no es procedente la devolución de los gastos de administración ya que estos tienen una destinación específica por mandato legal y están regulados en la Ley 100/93.

PROTECCIÓN, No se pronunció en la oportunidad procesal señalada.

COLFONDOS, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional y la devolución de los gastos de administración. Igualmente, La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue adverso parcialmente para Colpensiones frente a las condenas que por concepto de pensión de vejez se le impusieron.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de los documentos que reposan a folios 121 y 124 del 26 de febrero y el 14 de junio de 2019, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS y el reconocimiento de la pensión de vejez respectivamente. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, su traslado inicial data del 03 de febrero de 1999 (fl.214) con la AFP PORVENIR, el 28 de febrero de 2001 se trasladó a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. (fl. 247) y el 22 de noviembre de 2007 se traslada COLFONDOS S.A. (fl.102), quien es su actual administradora. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 03 de febrero de 1999 (fl. 214), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por AMEZQUITA BUITRAGO, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No.

¹ Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y a la cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo señala la apoderada de Colpensiones al citar los artículos 1508, 1509 y 1510 del Código Civil.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR, entidad que asumió inicialmente la afiliación que hizo la demandante al RAIS, ya que se limitó a indicar que el traslado fue válido y que con la

³ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

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

suscripción del formulario se cumplió con las obligaciones impuestas a las AFP al momento del traslado, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019⁵) por lo que tampoco es procedente el argumento de la apoderada de Colpensiones, consistente en que ese deber de información y/o asesoría solo se materializó con la expedición de la Ley 1748/14 y el Decreto 2071/15, porque tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, el deber de información **siempre** ha existido desde la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, aunado a que cuando la persona desconoce la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales, ni es aceptable, ni mucho menos se satisface con la expresión genérica del formulario (SL1688-2019), ni tampoco con el solo dicho de que la AFP cumplió con el deber de información, como quiera que este debe probarse, situación que no ocurrió y que por el contrario esa desinformación se vio reflejada en los distintos traslados entre administradoras efectuados por la demandante. Además, PORVENIR no aclaró en que consistió esa información verbal suministrada y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

Insuficiencias que no se subsanan con el tiempo de permanencia en el RAIS o los múltiples traslados entre las administradoras del mismo régimen, pues estas circunstancias si no provienen de la elección libre e informada de la afiliada, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un*

⁵ Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.

En cuanto a los gastos de administración alegados por la AFP PROTECCIÓN y PORVENIR, estas exponen que tales rubros ya fueron trasladados a COLFONDOS y a PROTECCIÓN respectivamente, no obstante, las AFP en el recurso justifican el descuento de este concepto por estar establecido en la ley. En ese orden, no se tiene certeza si estas sumas ya fueron trasladadas por PORVENIR y PROTECCIÓN a COLFONDOS (actual administradora), por ende, la decisión del A quo no se modifica, y en caso de que COLFONDOS ya cuente con ellos, se tendrá por satisfecho lo ordenado por la Juez. Ahora, respecto a la indexación alegada por Colpensiones, es de recordar que este se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20205) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación lo que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020⁶, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) a favor de COLPENSIONES, por lo que con la devolución de los rendimientos financieros ya se satisface la indexación pretendida.

Frente a la condena en costas impuesta y reprochada por PORVENIR y COLPENSIONES, es de indicar que el numeral 1º del artículo 365 del CGP, señala, que las mismas se imponen a la parte vencida en el proceso, sin que sea pertinente entrar a estudiar la complejidad del asunto o la buena fe. No obstante, en este caso quienes presentaron oposición respecto de la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional y quienes solicitan la revisión de este ítem, son las administradoras Porvenir y Colpensiones, por lo que, ante la improsperidad del recurso, resulta procedente confirmar las de primera instancia y la imposición de costas en la alzada. Finalmente, sobre el artículo 1740 y 1743 del Código Civil citados por Colpensiones y la AFP Protección, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para la demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, y en razón a que PORVENIR no accedió a la solicitud de nulidad de traslado, debió acudir al proceso ordinario para así poder retornar al RPM y poder garantizar su futuro pensional. Entonces, no se puede considerar que AMEZQUITA BUITRAGO debía solicitar la recisión

⁶ *Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino: [...] “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. “Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

del contrato de afiliación dentro de los términos descritos en los citados artículos, toda vez que para el momento del traslado aún se encontraba en proceso de estructuración su derecho pensional.

Tiempo de Cotización y reconocimiento pensional.

No se controvierte que la demandante cotizó hasta el momento de la presentación de la demanda 1725,4 semanas, teniendo en cuenta las 421,19 semanas cotizadas a Colfondos (fls. 95 a 101), 457,57 semanas en PROTECCIÓN (fls. 250 y 251) junto con 846,14 semanas cotizadas en el RPM (fls. 93 y 94). Igualmente se debe aclarar que el derecho pensional de AMEZQUITA BUITRAGO se debe estudiar conforme la Ley 100/93 modificada por la Ley 797 del año 2003, ya que por haber nacido el 03 de mayo de 1961 (fl. 92) no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100/93, pues a su entrada en vigencia contaba con 33 años de edad (art. 36 de la Ley 100/93) y no acreditó los 15 años de servicio para esa data, como quiera que solo alcanzó 601 semanas. Por lo que se concluye, que cumple el derecho pensional se debe reconocer conforme a los requisitos establecidos en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁷, razón por la cual le asiste razón a la Juez y se confirma ese ítem.

En cuanto el argumento de Colpensiones en el que afirma que no es viable el ordenarle el reconocimiento de la pensión de vejez ya que no tiene conocimiento de las semanas cotizadas de la afiliada ni qué cotizaciones ha efectuado durante los últimos 10 años, no es de recibo para La Sala, como quiera que esa información que echa de menos la recurrente bien puede obtenerla requiriendo a la AFP COLFONDOS y así adelantar los trámites administrativos tendientes a reconocer y pagar la prestación ya ordenada por el juzgador de primera instancia y confirmada por esta Sala.

Disfrute de la pensión

Frente al disfrute de la pensión, es importante tener en cuenta lo previsto en el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990⁸, el cual indica que solo se puede disfrutar de la pensión reconocida cuando se acredite el retiro del servicio o la desafiliación del sistema general de pensiones. Sin embargo, no se aportó ninguna prueba que acredite el retiro y desvinculación de la administradora, ante lo cual solo procede el reconocimiento de la pensión a partir de la fecha en que acredite tal desafiliación. No obstante, se debe aclarar que como Colpensiones a la fecha no ha recibido los valores de la cuenta de ahorro individual que poseía la demandante en el fondo privado, la obligación del reconocimiento pensional por esta entidad surgirá solo cuando se acredite el traslado de dichos fondos por parte de la AFP Colfondos, aspecto que también se confirma.

⁷ ARTÍCULO 9. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

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

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

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

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

⁸ ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo." (Subrayado fuera del texto)

Liquidación de la pensión

Frente a la forma de liquidar la pensión, es pertinente recordar que se deberá calcular conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993⁹, el cual señala que el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta las cotizaciones efectuadas durante los diez años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laborado, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas o más, requisitos que cumple la demandante, toda vez que cuenta con 1725,4 semanas en toda su vida laboral y frente a la tasa de reemplazo a aplicar encuentra La Sala que se debe calcular según artículo 34 de la citada Ley¹⁰, parámetros que deberá tener en cuenta Colpensiones para el momento de liquidar la pensión de MIREYA CONSUELO AMEZQUITA BUITRAGO, por cuanto no se tiene certeza si la afiliada continua cotizando.

Excepción de Prescripción frente a las mesadas pensionales

Como quiera que se está ordenando el reconocimiento de la pensión a partir de que se acredite la desafiliación al sistema, es evidente que no ha transcurrido el término trienal que señala el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

⁹ "ARTICULO. 21.-Ingreso base de liquidación. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1.250 semanas como mínimo"

¹⁰ **Artículo 34. Monto de la Pensión de Vejez.** El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1° de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1° de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

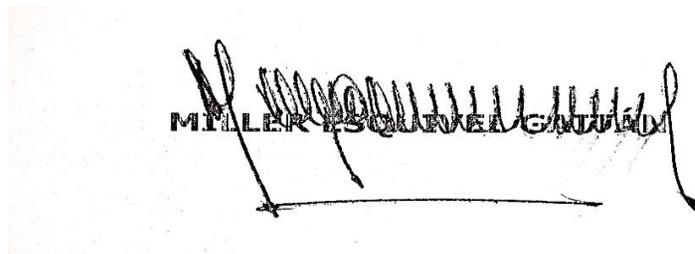
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN