

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NOHORA CECILIA ALVAREZ ORTEGON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2019 00571 01

57394 10DEC*21 PM 2:35

TSB SECRET S.LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

ASUNTO PREVIO

Teniendo en cuenta que el magistrado que se designó para reemplazar al dr. Hernan Mauricio Oliveros Motta no se ha posesionado se convoca al dr. LORENZO TORRES RUSSY, magistrado de la sala Sexta de Decisión para emitir la presente decisión.

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones a PORVENIR por cuanto no existió una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría; que el traslado no se dio de manera libre y voluntaria tal como lo exige el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que debe trasladar todos los aportes, junto

con sus rendimientos a COLPENSIONES actual administradora de pensiones del régimen de prima media con prestación definida, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de traslado y de la afiliación se condene a dicha entidad a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos por cuanto la afiliación del régimen de prima media queda nuevamente vigente, el detalle de traslado de aportes, a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima con prestación definida, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes, se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, atendiendo los principios ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al considerar que el traslado al régimen de prima media con prestación definida afecta los intereses, descapitaliza el fondo, pone en riesgo las pensiones de las personas que han cotizado al RPM durante toda su vida laboral. Aunado a que no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante, y ella sobrepaso el tiempo límite para realizar el traslado según lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el acto legislativo 1 de 2005, prescripción, compensación, e innominada o genérica.

PORVENIR contestó la demanda, se opuso a las pretensiones con el argumento que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se constata en la solicitud de vinculación – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CG y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. No procede declarar la nulidad del traslado realizado en marzo de 2003 porque la decisión fue libre, voluntaria y espontánea, toda vez que se le realizó la respectiva asesoría, de manera que no existieron vicios en el consentimiento, como se evidencia en los diferentes documentos en los que no se muestra inconformidad alguna por pertenecer al régimen de ahorro individual. No procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 porque no se dan los actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o que impidan dicho derecho. En todo caso aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Presentó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 5 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, realizada en el año 2003, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. Ordenó a COLPENSIONES a que una vez se efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Declaró no probada las excepciones propuestas. Condenó en costas a PORVENIR y fijó las agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. Concedió el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia en la oportunidad procesal correspondiente:

Porvenir S.A.: con el argumento que el precedente jurisprudencial no se aplica en el presente caso, no se puede desconocer que la asesoría fue por 40 minutos de manera personal y se resolvió las dudas en su momento, no se acredita deterioro de la cuenta porque se generaron deterioros, no hay lugar a la devolución de los gastos de administración y como no hacen parte de la pensión aplica el fenómeno de la prescripción, respecto de ellos.

Colpensiones argumenta que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica porque los actos de la demandante y PORVENIR solo tienen efectos interpartes y no deben afectar a COLPENSIONES por ser un tercero, aunado a que el reconocimiento de derechos pensionales descapitaliza el sistema porque la demandante se encuentra incurso en la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

En caso de confirmar la sentencia de primera instancia, se debe confirmar la orden de devolución.

ALEGACIONES

Dentro de la oportunidad procesal presentaron alegaciones los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, si se debe ordenar el traslado al régimen de prima media. Aunado a ello si procede la condena por concepto de gastos de administración o si la devolución de dicho concepto está afectada por el fenómeno de la prescripción.

Adicionalmente, en el presente caso, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en lo relacionado con la declaratoria de ineficacia del traslado.

Elementos de prueba relevantes:

- Derechos de petición a PORVENIR y COLPENSIONES y sus respuestas, historia laboral consolidada, solicitud de traslado a PORVENIR.
- Expediente administrativo.
- Bono pensional.
- Certificación de afiliación a PORVENIR
- Comunicados de prensa.
- Interrogatorio de parte.

Caso Concreto

En este asunto los apoderados de Colpensiones y Porvenir presentaron recurso de apelación con el objeto de que se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no se aplica el precedente jurisprudencial porque la asesoría fue durante cuarenta minutos, en la que se resolvieron las dudas a la demandante, la decisión de ineficacia del traslado descapitaliza el régimen de prima media aunado a que la demandante se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 41 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 658,71 semanas cotizadas al sistema tal como se deduce del formulario de vinculación a PORVENIR el 21 de marzo

de 2003 y de la historia laboral consolidada, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

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

Igualmente, se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que a la actora en el momento de la afiliación no se le brindó información suficiente respecto del régimen, no obstante, al revisar el interrogatorio de parte se encuentra que la demandante afirmó que la asesoría con el representante del fondo duró cuarenta minutos en la que se le informó que el ISS se iba a terminar con el tiempo, que se había creado los fondos privados avalados por el gobierno para que las personas no se quedaran sin pensión, iban a tener una pensión igual o mejor que en el ISS porque los fondos hacían inversiones con los aportes que generaban rendimientos y no había riesgo de fracaso porque estaban protegidos por FOGAFIN, estaban respaldados por el gobierno, le dijeron que el ahorro lo ponían a producir. No le informaron sobre el capital necesario para la garantía mínima. Hace unos años le dijeron que si quería una pensión superior al mínimo debía hacer un aporte adicional de \$700.000 y ella señaló que no podía hacer ese aporte, no le regresaban el dinero porque ya le tocaba esperar la edad para la pensión, le explicaron que las personas incluidas en el formulario serían beneficiarias en caso de su fallecimiento y su ahorro no se perdería.

Ahora para determinar la ocurrencia o no de vicios del consentimiento, se debe remitir al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño porque no se proporcionó una información, clara, completa y cierta, pero de conformidad a la definición este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio se deduce que lo pretendido por el demandante fue el traslado de régimen y esto fue lo que acaeció, por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño.

Ahora, si en gracia de discusión se aceptara que la actora incurrió en un error para la toma de su decisión por el desconocimiento de las implicaciones jurídicas del traslado, es de anotar que este tipo de error lo clasifica la doctrina como de derecho, porque de acuerdo con su definición doctrinal, se refiere “a la existencia, naturaleza o extensión de los derechos que son objeto del negocio jurídico”.¹

El error de derecho por disposición legal no genera vicios del consentimiento, lo cual se constata en el artículo 1509 del C.C., y ello es así porque el desconocimiento de la ley no sirve de excusa de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 651 de 1997, y ha sido aplicado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia C-401/16 por constituirse en un desarrollo del artículo 95 de la Constitución Política; aunado a que dicha falta de conocimiento no se puede invocar como pretexto para afectar de vicios el consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley, al punto que así se señala en la aclaración de voto a la sentencia proferida en el proceso identificado con la radicación 68852.

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

Ahora bien, alega COLPENSIONES que la decisión descapitaliza el sistema, esto es, afecta el principio de *sostenibilidad financiera del sistema* que administra la entidad, lo cual de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen ad portas de cumplir los requisitos de pensión, como sería en el caso presente en que la actora ya cumplió con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión en el régimen de prima media, por cuanto cuenta con más de 57 años de edad y 1300 semanas de cotización, se afectan los principios constitucional y legal de sostenibilidad financiera, solidaridad y equidad.

Lo anterior se deduce, entre otras, de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: “*el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones,...*” y “*el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no*

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

han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes.

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

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

Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que "el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización. En la primera, la prestación se financia a partir de una cuenta global, compuesta por todas las cotizaciones que ingresan en un determinado periodo y que se distribuye entre sus beneficiarios, cubriendo así las cargas del sistema. La Ley 100 la acoge a través del régimen de prima media con prestación definida, y subraya su carácter interdependiente y por tanto solidario, pues los recursos actuales cubren las obligaciones ya causadas y esto, en sí mismo, genera una tensión permanente en su financiamiento que ha conducido a que el Estado disponga parte de su presupuesto para subvencionarlas.

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

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

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

Esa financiación intra e intergeneracional no se suple con el simple traslado del monto de la cuenta y demás valores, lo cual se deduce del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que solo permite el retorno al Régimen de Prima Media sin afectar sus derechos a aquellas personas que cotizaron 15 o más años al sistema de pensiones antes del 1º de abril de 1994, esto es, cuando habían aportado a esa solidaridad intergeneracional aproximadamente las dos terceras partes de su vida laboral antes de dicha fecha, de acuerdo con el requisito de semanas exigidos para esa anualidad, porque en la actualidad la proporcionalidad sería de 18 años o más en la medida que el número de semanas para adquirir el derecho son 1300.

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

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

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

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

En la anterior sentencia reitera lo expuesto en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 y en las que "... precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la *ineficacia en sentido estricto* o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

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

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

De tal manera que al aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que consagra específicamente las causas de ineficacia en sentido estricto o restringido, las consecuencias y la autoridad competente, que valga la reiteración la competencia no corresponde a la jurisdicción sino a una autoridad administrativa, dado que la decisión de la misma no requiere de

intervención judicial, no se puede acudir a una remisión a las normas y jurisprudencia civiles o comerciales porque son ajenas a la legislación laboral, y esta última solo autoriza la aplicación analógica de normas exógenas cuando no hay norma que se refiera al tema, (artículo 19 CST y 145 CPT) caso que no ocurre en la legislación de la seguridad social que consagra de manera especial y completa en el artículo 271 la regulación para la aplicación en los eventos de ineficacia en sentido estricto.

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

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

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

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

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

La mencionada norma emitida por el legislador reservó para la autoridad administrativa el estudio de los hechos en ella contenidos, por ello se debe tener en cuenta los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política en esta clase

de actuaciones como lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-412 de 2015.

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

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

Las anteriores sentencias se remiten al precedente jurisprudencial emitido por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencias SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, en aplicación del artículo 230 de la Constitución Política y el artículo 7 del CGP que consagran la aplicación del precedente jurisprudencial y por esta razón se ~~CONFIRMARA~~ la decisión de primera instancia.

Frente a la apelación de Porvenir en lo relacionado con los *gastos de administración*, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), sin que sea aplicable la excepción de prescripción porque todos los gastos de administración se descuentan de los aportes y ellos son necesarios para la financiación de la pensión, hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En conclusión, en aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

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

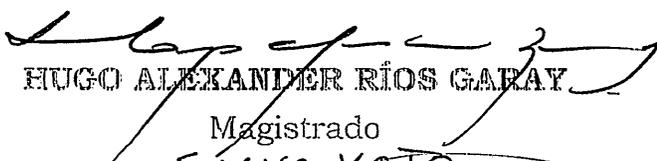
RESUELVE

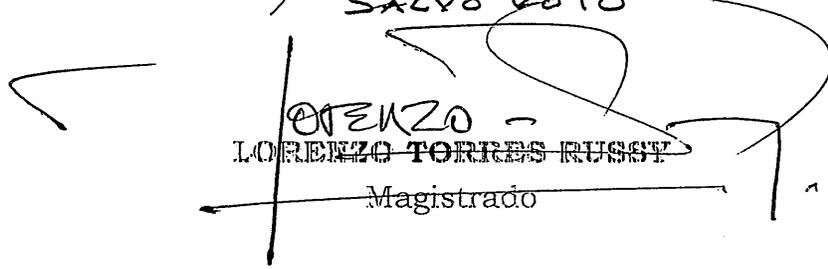
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

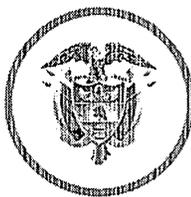
SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


~~LORENZO TORRES RUSSETT~~
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: DAIMER ALBERTO BARROS FARFÁN

DEMANDADO: ORGANIZACIÓN GLOBAL DENT SAS, RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO y JUAN PABLO ROJAS MORENO.

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2016 000246 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de abril de 2010 al 30 de abril de 2016, se declare solidariamente responsable de las condenas a los accionistas y como consecuencia de ello, se condene a las demandadas a pagar prestaciones sociales y vacaciones por toda la relación laboral, salario de marzo a abril de 2016, indemnización por terminación sin justa causa, sanción moratoria, indexación, gastos y costas del proceso incluidas las agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (fl.68 carpeta 001)

Como fundamento de sus pretensiones, señaló que fue contratado por la demandada para prestar servicios de ortodoncista en las distintas clínicas odontológicas de la Organización desde abril de 2010, para regular y continuar la vinculación, la accionada exigió al trabajador firmar un contrato de prestación de servicios el 1 de julio de 2013.

La sociedad demandada asignaba semanalmente los pacientes que el actor debía atender. El 30 de abril de 2016, el actor recibió una llamada por parte del empleador en la que notificaba su decisión de dar por terminado el contrato. (fl.71 carpeta 001)

ORGANIZACIÓN GLOBALDENT SAS contestó la demanda, se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante prestó sus servicios a la sociedad demandada desde el 1 de julio de 2010 hasta el 30 de abril de 2016 a través de contratos de prestación de servicios profesionales, contratos que especifican que la solución de cualquier diferencia estará supeditada a la cláusula compromisoria en razón a su naturaleza comercial y sinalagmática.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por Organización Globaldent SAS y el Dr. Daimer Alberto Barros Farfán al no dar cumplimiento a la cláusula compromisoria de fecha 01 de julio de 2013 y su otro si de fecha 04 de marzo de 2015, de la inexistencia de un contrato laboral o contrato realidad y si la plena existencia y celebración en pleno derecho del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por Organización Globaldent SAS y Dr. Daimer Alberto Barros Farfán celebrado el 01 de julio de 2013, reconocimiento por parte del profesional Daimer Alberto Barros Farfán de la ejecución del contrato en sus declaraciones de renta y documentos tributarios y parafiscales –carga dinámica artículo 167 Código General el Proceso, póliza de responsabilidad civil profesional médico-odontológico sector sanidad, falta de jurisdicción-competencia privada, prescripción de los contratos de prestación de servicios a la luz del artículo 488 del CST y las excepciones que se prueben a lo largo del proceso. (fl.1 carpeta 013).

RAQUEL ANGÉLICA PARADA CABALLERO contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que los contratos perdieron cualquier validez legal en consonancia con el art. 488 del CST y por cuanto la relación que unía a las partes se basa en la suscripción de contratos de prestación de servicios profesionales, los cuales especifican que la solución de cualquier diferencia estará supeditada a la cláusula compromisoria en razón a su naturaleza comercial.

Propuso como excepciones de fondo la que denominó inexistencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada Raquel Angélica Parada, incumplimiento del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por la Organización Globaldent SAS y Daimer Alberto Barros Farfán, falta de responsabilidad societaria a cargo de la demandada Raquel Angélica Parada,

6

cobro de lo no debido, falta de jurisdicción y todas aquellas excepciones de carácter general. (fl.1 carpeta 012).

JUAN PABLO ROJAS MORENO procedió a contestar la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que el demandante había suscrito un contrato civil-comercial de prestación de servicios profesionales y no un contrato laboral a término indefinido.

Propuso como excepción de fondo la que denominó excepción de cobro de lo no debido. (fl.3 carpeta 011).

El demandante reformó la demanda únicamente frente al acápite de pruebas testimoniales y documentales.

Raquel Angélica Parada Caballero y Organización Globaldent SAS **contestaron la reforma de la demanda** (fl.392 carpeta 001).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de mayo de 2021, declaró que entre el actor y Globaldent SAS existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de julio de 2010 al 30 de abril de 2016.

Condenó a la accionada a pagar al actor:

- \$14.006.890 auxilio de cesantías
- \$1.231.414 intereses sobre las cesantías
- \$10.261.784 prima de servicios
- \$5.130.892 compensación en dinero de las vacaciones
- \$21.230.438 indemnización por despido injusto
- \$120.172.290 sanción moratoria por el periodo de mayo 1 de 2016 a mayo 1 de 2018, a partir de 2 de mayo de 2018 se deberá cancelar los intereses moratorios de que trata el art. 65 sobre un capital de 25.500.088.

Condenó al pago del cálculo actuarial a nombre del actor y a la entidad de seguridad social a la que se encuentra afiliado por el periodo de 1 de julio de 2010 a 30 de abril de 2016, teniendo como IBC las sumas de \$515.000 para el año 2010, \$3.588.510 para la anualidad de 2011, \$5.516.753 para el año 2012, \$9.037.488 para la vigencia de 2013, \$8.610.036 para el año 2014, \$6.337.878 para la anualidad de 2015 y \$5.007.179 para el año 2016 a satisfacción de la entidad de seguridad social.

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación sobre salarios insolutos y parcialmente probada la excepción de prescripción por los conceptos anteriores a abril 30 de 2013, con excepción de cesantías y aportes al sistema de seguridad social en pensión.

Absolvió a las personas naturales demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Condenó en costas a cargo de la sociedad accionada y a favor del actor y a cargo del actor y en favor de las personas naturales accionadas.

RECURSO DE APELACION

Presentó recurso de apelación la **DEMANDADA GLOBALDENT** con el argumento de que **i)** debe prevalecer la realidad sobre las formas, **ii)** los testigos desvirtuaron la existencia de subordinación y **iii)** el demandante tenía autonomía para asistir o no a atender pacientes.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en este asunto se desvirtuó el elemento de la subordinación laboral.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 001

- A folio 16 a 18, certificado de retención en la fuente.
- A folio 19, contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes el 1 de julio de 2013.
- A folio 23 a 49 y 340 a 352, cuentas de cobro.
- A folio 50, certificado de existencia y representación de la demandada.
- A folio 353 a 366, correos electrónicos.

Carpeta 011

- A folio 30 a 34, contratos de prestación de servicios profesionales suscrito entre INVERSIONES ROJAS PARADA SAS y el demandante el 1 de julio de 2010 y 1 de julio de 2011.
- A folio 39, contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes el 1 de julio de 2012.
- A folio 43, otro sí al contrato de trabajo de fecha 4 de marzo de 2015.
- A folio 44, carta de terminación del contrato de fecha 8 de junio de 2016.
- A folio 53 a 58, pólizas de seguro de responsabilidad civil extracontractual.
- A folio 63 a 273, horarios ortodoncistas.
- A folios 274 a 293, cuentas de cobro.
- A folio 293 a 304, cuenta de cobro.
- A folio 306 a 327, planilla de aportes.

Carpeta 013

- A folio 62, hoja de vida del demandante.
- A folio 90 a 99, formato control de instrumental para ortodoncia.
- Interrogatorio de parte.
- Testimonios.

Caso concreto

Para resolver el problema jurídico se tiene que el artículo 23 del CST consagra los requisitos del contrato de trabajo y el artículo 24 del mismo compendio normativo establece que una vez acreditada la prestación personal de un servicio nace a favor de quien lo presta una presunción de tipo legal sobre la existencia de un contrato de trabajo, beneficio que surge como una ventaja probatoria a favor de la parte activa quien se despoja de esa responsabilidad demostrativa, y cuya contradicción es de resorte de la parte llamada a juicio a quien corresponde desacreditar dicha presunción de tipo legal.

Por ello, la jurisprudencia de manera reiterada, como en la Sentencia 36549 del 5 de agosto de 2009 y la sentencia SL 4912 del 1 de diciembre de 2020 Radicación 76645, ha indicado que el trabajador además de probar la actividad o prestación personal del servicio, debe cumplir con otras cargas probatorias en que se funda esa presunción tales como: los extremos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido, etc.

La misma Corporación ha señalado que la carga de la prueba de las circunstancias le incumbe a quien los invoque, para así activar la presunción de subordinación, como se constata en la Sentencia del 5 agosto de 2009, con

Radicación 36549, reiterada en las Sentencias CSJ SL, del 24 de abril de 2012, Rad. 41890 y SL 16110-2015 con Radicación 43377 del 4 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

“ La presunción de que trata el artículo 24 del C. S. de T, además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo, el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado”.

Adicionalmente, respecto de la carga de la prueba consagrada en el artículo 167 del CGP ha señalado que la obligación está a cargo de quien alega los hechos, y no son suficientes las afirmaciones, sino que estas deben acreditarse en el proceso, (sentencia de 23 de junio de 2005, radicado No. 24589 CSJ SL).

Sostiene el demandante que prestó sus servicios a favor de la demandada GLOBALDENT S.A.S. como ortodoncista y la inconformidad del apelante radica en que si bien el señor Daimer Alberto Barros prestó un servicio para la sociedad accionada, no menos cierto es que tal labor se desarrolló de manera autónoma e independiente.

Por ello, en el presente asunto la prestación personal del servicio del accionante a favor de la llamada a juicio no fue objeto de controversia pues así da cuenta el acervo probatorio adosado al plenario (contestaciones de la demanda, interrogatorios de parte y testimonios), así como del recurso de alzada, donde no se apeló tal aspecto.

Luego, la controversia gira en establecer si la convocada realmente desvirtuó o no el elemento de subordinación que de plano operó en contra de esta, y que no fuera declarado así por el juez de conocimiento al encontrar que la conducta desplegada por la convocada no se ajustó al contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre las partes.

Ahora bien, al estudiar las diferencias que regulan los dos tipos de contratos alegados por las partes en contienda, se encuentra que la diferencia entre ellos es la dependencia del trabajador respecto del empleador, ya que tanto el contrato de trabajo como el contrato de prestación de servicios tienen como elementos comunes la actividad personal y la retribución, las cuales se acreditan en el proceso con los testimonios y la prueba documental que indican que efectivamente se prestó el servicio y hubo una remuneración como contraprestación al mismo.

En ese orden de ideas, se debe analizar las pruebas para determinar si efectivamente existió la subordinación jurídica o la dependencia del demandante respecto de la entidad demandada.

La prueba documental indica que el demandante suscribió contrato de prestación de servicios profesionales, junto con un otro si o cláusula adicional del mismo, de manera ininterrumpida con la entidad demandada para prestar sus servicios desde el 1 de julio de 2010 al 30 de abril de 2016, tal y como se corrobora de la documental aportada.

En síntesis, de las demás pruebas se tiene que:

Se practicó **interrogatorio del demandante** quien señaló que trabajó para la accionada los días lunes, jueves y sábados y en ocasiones lo agendaban el día miércoles, indicó que a veces lo agendaban y a veces no porque había otros ortodoncistas, indicó que cuando ingresó a trabajar tuvo su primer bebé y junto con su esposa decidieron darse ese tiempo para su familia, administraba la parte de asesoramiento de casos clínicos de un consultorio en el barrio Bolivia, en ocasiones recibía retribución por ello y en otras sólo lo hacía por amistad. Llevaba su instrumental como pinzas, lo correspondiente a ortodoncia y sistemas de adhesión lo suministraba la sede, lo asistía una auxiliar, a veces dos dependiendo el número de pacientes. Cuando su abuela falleció se ausentó de la sede Suba y se lo comentó a la accionada, los pacientes de ese día tuvieron que ser atendidos por un colega.

Agregó que en 2010 o 2011 asistió a un congreso de ortodoncia alrededor de 10 días, al año siguiente estuvo en otro congreso y luego viajó nuevamente al exterior, mínimo 8 días y máximo 15 días, que para ello pasaba la carta a la gerente de cada sede porque necesita permiso y visto bueno.

Del interrogatorio de parte, rendido por el **representante legal** de la convocada y también quien funge en calidad de demandado como persona natural, indicó que las unidades odontológicas las provee la accionada, cada

ortodoncista lleva su propio instrumental, el actor organizaba sus citas, si no podía asistir a determinada hora sólo llamaba e indicaba que le organizaran la cita para otra hora. Los precios de los tratamientos podían cambiar dependiendo el pedido del contratista, la IPS fija unas tarifas, pero si el contratista considera que se requiere algo más lo cobra, los días que el actor no iba no le eran cancelados.

Declararon los siguientes testigos que en síntesis señalaron:

Marla Johana Pérez indicó que era directora de calidad en la accionada, actualmente es asesora externa como contratista, a todos los profesionales se les exigía uniformes, pero si no los portaban no pasaba nada. Si no podía asistir el profesional, GLOBALDENT debía mirar cómo se re agendaba pero no pasaba nada más, el actor en varios periodos dejó de asistir a sus citas, en cuanto al agendamiento se preguntaba la disponibilidad del profesional y de esa manera se agendaba la cita, agregó que los ortodoncistas tenían que llevar sus propias pinzas para tensión.

Claudia Liliana Álvarez torres trabajó para GLOBALDENT como coordinadora de sede en suba en 2013 hasta 2016, dijo que el actor tenía disponibilidad miércoles y sábados, para cuadrar la agenda tenía que revisarse la disponibilidad de tiempo del ortodoncista, el actor se ausentó en varias oportunidades, cuando falleció su abuela, cuando su esposa tuvo el primer hijo, si se enfermaban los niños, si tenían citas médicas, él solo informaba que no podía y ya, en ese caso se cubría la cita con otro profesional, los profesionales llevaban su propia instrumental, las auxiliares la esterilizaban, se hacía el procedimiento y se la devolvían al ortodoncista. El área de contratación informaba la presencia del doctor y con base a eso realizaban la agenda.

Kenny Viviana Gil Bernal, odontóloga ortodoncista, trabajó del año 2010 a 2016 con la empresa demandada, coincidían con el demandante en las reuniones que se hacían respecto de materiales, la empresa les pedía opinión, comentaban casos, la empresa era la que agendaba los pacientes, no se podía pedir permiso pues se tenía que cumplir un horario tuvieran o no pacientes, *supone* que con el demandante pasó lo mismo porque el manejo con todos los ortodoncistas era el mismo, les hacían memorando pero no por escrito, lo que si fue por escrito fue la orden de portar uniforme, los pagos se manejaban directamente por la empresa. No le consta que le hubiere sucedido algo al demandante en caso de ausencia, pero suponía que no podía ausentarse porque con todos los ortodoncistas se manejaba así.

Edith Mireya Parada Santana, odontóloga, conoce al demandante porque asistían a la misma clínica en suba desde 2009 hasta el año antes de empezar la pandemia, trabajó por prestación de servicios para la empresa demandada, la testigo tenía disponibilidad de lunes a viernes, desde un comienzo dijo que el sábado no podía, ofreció sus servicios en horas de la tarde, llegaba aproximadamente tipo 1 o 2 de la tarde hasta las 5 o 6, coincidía con el actor los miércoles, la agenda dependía de la horas que pusiera el demandante, cuando la testigo no podía ir únicamente avisaba, no le consta si el demandante lo hacía, sabe que el actor se ausentó a Estados Unidos pero nada pasó por ello, los profesionales llevaban las pinzas de trabajo y la clínica les daba la bata anti fluidos.

Sandra Bermúdez, auxiliar de odontología de GLOBALDENT en un horario de 8 am a 6 o 7 pm, coincidió con el actor en la sede de suba portal, trabajó de lunes a sábado, veía al actor miércoles y sábado, tenía su horario, manejaba su horario, generalmente en las tardes, cuando, los pacientes llamaban a la clínica para agendar cita y la misma se agendaba dependiendo de la disponibilidad del especialista, el ortodoncista decía cuándo quería que lo asistiera un auxiliar y cuándo no, el actor dejó de asistir varias veces a las citas porque él tenía congresos y nunca sucedió nada al respecto ni tuvo alguna sanción.

Nury Fabiola Caballero Farfán conoció al accionante en suba portal del 2010 a 2016, él era ortodoncista, prestaba el servicio los días miércoles y sábados, lo veía en diferentes horas dependiendo de la disponibilidad, la testigo era asistente administrativa y revisaba las cuentas de cobro de los odontólogos, el actor llevaba el instrumental de trabajo, no pasaba nada cuando faltaba a alguna cita pues a los pacientes se les agendaba otro doctor.

Leidy Johana Valencia Beltrán, auxiliar de odontología, conoció al actor aproximadamente hace 6 años en la empresa GLOBALDENT y fue su auxiliar en el 2014, lo conoció en sede Restrepo, el actor iba los lunes en la tarde y los jueves, nunca supo que el demandante se ausentara, si un especialista se ausentaba no había quién lo cubriera porque tenían que trabajar en otras sedes o trabajar en otros lados.

Carlos Gilberto Alfonso Ramírez, paciente del demandante en tratamiento de ortodoncia aproximadamente dos o tres años, no terminó el tratamiento porque cuando fue a buscar una cita ya el demandante se había ido y acudió a otro lado, los jueves que había agenda con el demandante iba al sitio cuando lo llamaban, una vez lo llamaron que habían cancelado la cita, otra vez le informaron que si podía con otro ortodoncista, o la podía reprogramar y la

reprogramó para otro día con el mismo ortodoncista. Llegó al sitio por recomendación de unos familiares.

Pues bien, del anterior recuento probatorio observa la Sala que según el mismo dicho del señor Daimer Alberto Barros debía llevar siempre consigo los instrumentos o pinzas de su especialización para la ejecución de sus funciones como profesional especializado en ortodoncia, sin los cuales no podría haber ejercido su labor, aunado a ello, podía ausentarse para atender cuestiones personales sin que ello tuviere alguna repercusión negativa en su contra.

Nótese como la versión de las señoras Marla Pérez, Claudia Álvarez, Edith Parada y Nury Caballero, fueron contestes y coincidentes en afirmar que la instrumental era llevada por el mismo accionante, se infiere que señalaron que la asignación de turnos fijados en las agendas de trabajo eran flexibles y dependían de la disponibilidad que indicaba cada profesional, específicamente en este asunto de la disponibilidad de tiempo del propio demandante, tan es así que se permitía el reemplazo de otro profesional en caso de ausencia del señor Daimer Barros, se reitera, según la disponibilidad de tiempo del demandante.

Ahora, el mismo paciente del actor, señor Carlos Gilberto Alfonso afirma que en alguna ocasión tenía cita con el demandante y no pudo asistir, motivo por el que la accionada le ofreció la cita con otro ortodoncista, pero él decidió quedarse con demandante y agendar su cita para otra sede con el demandante.

Situaciones estas en particular que fueran confesadas por el señor Barros Farfán al reconocer tal obligación a su cargo como profesional en ortodoncia, cuál era la de llevar el instrumental específico para su labor como ortodoncista, verbigracia, las pinzas que maneja tal especialidad, entre otras, confirmando lo consignado en la cláusula 8ª del contrato de prestación de servicios profesionales que a la letra se afirma *“OCTAVA: DOTACIÓN DE PIEZAS. Deberá cada profesional llevar a la clínica donde trabaja la pieza de baja, alta y contra Angulo e instrumental de ortodoncia que sea necesario para la atención del paciente que se requiera. Así mismo ellos serán responsables del mantenimiento debido a las mismas del cual deberán entregar reporte a la sede donde laboran”* (Sic) (fl.19 carpeta 001).

De las planillas de asignación de turnos o programación de agenda, así como certificados de aportes a seguridad social integral sufragados por el señor Daimer Alberto Global en calidad de contratista, se puede establecer que las actividades desarrolladas por el demandante fueron las señaladas en el

contrato de prestación de servicios, que unido a la falta de exigencia del cumplimiento de un horario rígido por parte de la sociedad encartada permiten colegir que desarrolló su profesión de ortodoncista con su propia experticia y sin sujeción a los reglamentos de GLOBALDENT salvo en lo que se refiere a las normas, código de ética que rigen la odontología de la institución prestadora de servicios de salud oral frente a las autoridades externas, ya que se le contrató como ortodoncista.

Sumado a ello, de las versiones de descargo se colige que los turnos fijados en las agendas de trabajo según el número de pacientes a atender, eran asignados previa consulta de disponibilidad de tiempo del actor. Además, resaltaron que, si al actor no le era posible cumplir un turno, simplemente debía dar aviso con el fin de reprogramar las citadas agendas a los pacientes, a efectos de designar su reemplazo, precisando que tal situación no tenía consecuencias para el demandante. Adicionalmente, se itera, manifestaron que el señor Barros Farfán, era quien llevaba sus elementos de trabajo tales como piezas instrumentales y pinzas, precisando que la clínica realizaba tan solo verificación de bioseguridad para la higiene y la seguridad de los pacientes de la clínica.

Entonces, del análisis crítico que se hace de la prueba testimonial decretada en el presente asunto, se concluye que la vinculación del demandante no fue de carácter laboral, pues nótese que los testigos indicaron que los turnos eran asignados de acuerdo a la disponibilidad que informaba el demandante, la que no era exigida por la demandada, no existía aplicación de sanciones disciplinarias, ni tampoco existía exclusividad en la prestación del servicio, situaciones que han sido considerados por la jurisprudencia como demostrativos de la subordinación laboral, (SL 2585-2019, SL 2555-2015, SL460-2021), y, en consecuencia, se considera que se desvirtúa el elemento de subordinación que es esencial y característico del contrato de trabajo.

Corolario de lo hasta aquí discurrido, el elemento relevante de la subordinación que puede dar lugar a la declaración de contrato de trabajo que se lograría a través de órdenes, en el presente caso, se desvirtúa i) porque las instrucciones dadas no tienen el alcance de generar la relación de dependencia del contratista frente a la entidad, sino que se queda en el marco del cumplimiento de contrato celebrado; y ii) porque el demandante durante la ejecución del contrato tuvo la facultad para ingresar y retirarse de la entidad a su arbitrio, sin que le generara consecuencias adversas; siendo estas circunstancias propias del contrato de prestación de servicios.

Tampoco es posible tener en cuenta las cuentas de cobro aportadas al expediente digital como subordinación pues emanan del propio demandante

y, por principio general, nadie puede fabricarse su propia prueba (CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 39292 y CSJ SL5109-2020), aunado a que no son propias de los contratos de trabajo.

En ese orden de ideas, se considera que con las pruebas recaudadas la parte demandada desvirtuó la presunción contenida en el art. 24 del C.S. del T., elemento que caracteriza el contrato de trabajo y acreditó que el vínculo que ató al demandante con la demandada fue autónomo e independiente, hay lugar a revocar la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a GLOBALDENT SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la ORGANIZACIÓN GLOBALDENT SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor DAIMER ALBERTO BARROS FARFÁN, por las razones expuestas.

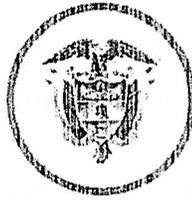
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NIDIA MARCELA MORENO VALERIANO

DEMANDADO: ICOTEC COLOMBIA SAS Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2017 00830 01
11001 31 05 005 2017 00830 02

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas y llamada en garantía contra el auto que negó el decreto de una prueba, la decisión que negó el incidente de nulidad y la sentencia proferidas el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare que entre ella e ICOTEC existió un contrato a término indefinido entre el 3 de octubre de 2016 al 30 de junio de 2017 el cual terminó por justa causa por parte de la actora, que HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS es solidariamente responsable del pago de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de aportes en salud y pensión de enero a junio de 2017, indemnización por despido sin justa causa, más los intereses de mora, vacaciones de junio de 2017, salarios de enero a junio de 2017, cesantías del año 2016 y enero a junio de 2017, prima de servicios del primer semestre de 2017, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, lo ultra y extra petita, indexación, costas del proceso, agencias en derecho e intereses moratorios a la tasa máxima de

créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia sobre los valores reconocidos en la sentencia. (folio 24 carpeta 001.)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que el 3 de octubre de 2016 la demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con ICOTEC SAS, desempeñó el cargo de gerente de operaciones móviles, pactaron como salario \$5.500.000 mensuales, el que fue recibido mediante consignación bancaria a su cuenta de ahorros personal de Bancolombia.

Durante toda la relación laboral, la actora recibió órdenes a través de correos electrónicos y llamadas telefónicas de HUAWEI COLOMBIA SAS. El 13 de julio de 2017, la demandante envió a ICOTEC carta de renuncia motivada. (fl.7)

HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que la demandante no tuvo vínculo laboral ni de ninguna otra naturaleza con la empresa HUAWEI, razón por la que no existe legitimación en la causa por pasiva ni causa legal para proferir condena alguna en su contra.

Presentó las excepciones de fondo que denominó inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, los contratos celebrados entre ICOTEC COLOMBIA SAS LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN y mi representada, falta de título y causa en la demandante, pago, compensación, buena fe, prescripción, inexistencia de solidaridad por falta de estructuración de los presupuestos establecidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, improcedencia de la sanción moratoria y la genérica. (fl.219 carpeta 001).

HUAWEI COLOMBIA SAS llamó en garantía a **SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR** (fl.405 carpeta 001), el que fue aceptado por el Juzgado en auto del 31 de julio de 2018 (fl.455 carpeta 001). Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que las mismas carecen de cualquier clase de respaldo fáctico y jurídico y escapan al amparo del seguro contratado.

Presentó las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS, ausencia de responsabilidad de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS, ausencia de solidaridad de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS, compensación, cobro a quien no debe pagar o a quien no es deudor de obligación alguna – pretensión de enriquecimiento sin justa causa.

13
10

Como excepciones de mérito al llamamiento en garantía propuso las de ausencia de amparo de la póliza, que exista solidaridad patronal entre el tomador contratista y la entidad estatal asegurada de conformidad con las disposiciones mencionadas. (fl.471 carpeta 001).

ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN contestó la demanda a través de curador ad litem, no se opuso ni aceptó las pretensiones por desconocer las razones que tenga ICOTEC para proponer las excepciones a que hubiere lugar.

Frente a las excepciones señaló que se abstenía de proponerlas por desconocer los motivos que tenga ICOTEC para ello porque fue imposible su ubicación y solicitó se declararan probadas aquellas excepciones que resultaren probadas durante el proceso. (fl.547 carpeta 001)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, en la audiencia celebrada el 19 de abril de 2021, en la etapa de decreto de pruebas niega el interrogatorio de parte solicitado por Seguros Comerciales Bolívar al representante legal de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS y de ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN. (carpeta 002).

Fundamentó la decisión el juez a quo en que los interrogatorios solicitados por la Aseguradora resultaban innecesarios, toda vez que la declaratoria de la solidaridad era un punto netamente de derecho que se debía valorar con las documentales aportadas.

En la sentencia proferida el 19 de abril de 2021, declaró que ICOTEC COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN y HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA S.A.S. son solidariamente responsables de las siguientes sumas y conceptos a favor de la señora NIDIA MARCELA MORENO VALERIANO:

1. \$4.079.167, por concepto de auxilio de cesantías.
2. \$489.500, por concepto de intereses sobre las cesantías.
3. \$2.734.722, por concepto de prima de servicios.
4. \$1.367.361, por concepto de compensación en dinero de las vacaciones. Esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de junio de 2017 y como IPC final, el del mes anterior en que se efectúe el pago.

5. \$5.500.000, por concepto de indemnización por despido injusto. Esta suma deberá de ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el de junio de 2017 y como IPC final, el del mes anterior en que se efectúe el pago.
6. \$24.933.333, por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías en el respectivo fondo. Esta suma deberá de ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el de junio de 2017 y como IPC final, el del mes anterior a que se efectúe el pago.
7. \$132.683.000, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST. Esta suma deberá de ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el de noviembre de 2019 y como IPC final, el del mes anterior a que se efectúe el pago.
8. Aportes al sistema de seguridad social en pensiones por los meses de mayo y junio de 2017 que deberán cancelarse a la entidad social que se encuentra afiliada la demandante sobre un IBC \$5.500.000, junto con los intereses moratorios a satisfacción de la entidad.

Declaró que las anteriores condenas son responsabilidad y deben ser asumidas únicamente por la llamada en garantía SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR S.A. y con cargo a las pólizas 1010-1125683-01 y 1010-1125519-01.

Condenó en costas a ICOTEC con cargo a la reserva o calificación de crédito que debió realizarse para este proceso litigioso y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Respecto del auto que negó la prueba de interrogatorio de parte, la apoderada de la Aseguradora interpuso recurso de apelación, con sustento en que si bien la solidaridad es un asunto legal, la misma no tiene una tarifa dentro de la ley para ser demostrada o desvirtuada, aunque la prueba documental es un buen elemento para tomar la decisión, también deben tenerse en cuenta las relaciones de fondo procesales para determinar si en efecto una Compañía actuaba como empleadora o daba órdenes a la demandante en este proceso.

Respecto de la sentencia presentaron recurso de apelación:

ICOTEC SAS: señalando que se debe absolverse por concepto de costas toda vez que la sociedad ya no existe.

14
11

HUAWEI COLOMBIA SAS: argumenta que **i)** no existe solidaridad, **ii)** no procede la condena por las indemnizaciones del art. 64 y 65 del C.S.T. **iii)** debe declararse probada la excepción de compensación respecto de las sumas pagadas a la demandante por ICOTEC.

SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR: sustenta su recurso en que **i)** no se probó la solidaridad declarada por el juez a quo, y **ii)** no se encuentra probada la mala fe de ICOTEC.

NULIDAD

La apoderada de la Aseguradora presentó incidente de nulidad conforme al numeral 5° del art. 133 del C.G.P y art. 29 de la C.P., con fundamento, en síntesis, en que el juez de primera instancia vulneró el derecho al debido proceso pues no permitió el decreto del interrogatorio a los representantes legales de las demandadas para así poder demostrar la inexistencia de solidaridad entre ICOTEC y HUAWEI, y tampoco se permitió interrogar a la demandante sobre las pólizas y el objeto de los contratos suscritos entre las accionadas.

El juez rechazó de plano el incidente presentado, bajo el argumento que no se daba ninguna de las causales de nulidad contenidas en el artículo 133 del CGP y la única que pudo haberse propuesto es si la nulidad ocurrió en la sentencia.

Agregó que no podía alegarse violación al debido proceso toda vez que los recursos contra el auto que negó la prueba de interrogatorio de parte se habían concedido.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el presente caso procede decretar la prueba de interrogatorio a los representantes legales de las demandadas peticionada por la llamada en garantía.

Determinar si se configuró la nulidad propuesta por la apoderada de la Aseguradora Comerciales Bolívar.

Respecto de la sentencia **i)** Analizar si se acreditó la existencia de solidaridad contemplada en el art. 34 del C.S.T., **ii)** estudiar si procede la condena por concepto de indemnización contemplada en los arts. 64 y 65 del C.S.T., **iii)** si opera el fenómeno de la compensación y a qué concepto se debe imputar lo pagado por ICOTEC a la demandante, y **iv)** determinar que póliza que se afecta con la decisión.

CONSIDERACIONES

Pruebas relevantes

Carpeta 001

- A folio 38, certificado de existencia y representación de ICOTEC COLOMBIA SAS.
- A folio 43, contrato de trabajo a término indefinido.
- A folio 46 a 48, comprobantes de pago de octubre, noviembre y diciembre de 2016.
- A folio 49, certificación de cuenta bancaria.
- A folio 50 a 57, extractos bancarios.
- A folio 59 a 156, correo electrónicos.
- A folio 157, historia laboral de la demandante en Porvenir.
- A folio 162, carta de renuncia motivada.
- A folio 163, comprobante de entrega de carta de renuncia.
- A folio 166 y 167, certificación laboral.
- A folio 167, certificado de existencia y representación de HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS.
- A folio 283 y 284, certificación de no existencia de vínculo laboral.
- A folio 285 y 286, certificación de contrato suscrito entre las demandadas.
- A folio 290, Acuerdo Marco de Compras para Servicios de Ingeniería entre HUAWEI COLOMBIA e ICOTEC COLOMBIA SAS.
- A folio 348, Acuerdos de Compra para Proyecto entre las demandadas.
- A folio 367, Anexo 1.
- A folio 404, respuesta de Huawei SAS de fecha 14 de agosto de 2017 a la actora.
- A folio 410, póliza N° 1010-1125683-01.
- A folio 411, condiciones particulares póliza N° 1010-1125683-01.
- A folio 412 y 494, póliza N° 1010-1125519-01.
- A folio 413 y 495, condiciones especiales póliza N° 1010-1125519-01.
- A folio 616, correo electrónico de fecha 10 de septiembre de 2019 de la demandante dirigido a ICOTEC en donde solicita se le aclare el valor pagado a qué concepto hace referencia.
- A folio 655, auto de admisión a proceso de reorganización.
- A folio 662, auto decreta liquidación por adjudicación.
- A folio 691, auto de terminación de proceso de liquidación por adjudicación.
- Interrogatorio a la demandante

13
12

AUTO

PRUEBA - INTERROGATORIO DE PARTE A REPRESENTANTES LEGALES.

En primer lugar, vale la pena resaltar que el auto que niega la práctica de una prueba está expresamente enlistado como susceptible de apelación, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y con base en tal preceptiva procesal se entrará al estudio de la alzada.

Para resolver la controversia, debe tenerse en cuenta que la importancia y finalidad de la prueba para la parte que la solicita se encuentra encaminada a la demostración de la teoría del caso planteado en la demanda o en su contestación y; para el juzgador es la de adquirir la información suficiente para generar el convencimiento sobre la verdad del caso que debe ser resuelto.

El Art. 51 del CPT y SS señala que *“Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley...”*

A su vez el art. 165 del CGP aplicable en materia laboral en virtud de la remisión externa establecida en el art. 145 del CPT y SS, menciona que sirven como medios de prueba:

“...Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

“El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

De conformidad con el artículo 51 del CPT una de las pruebas señaladas en la ley es el interrogatorio de parte que se encuentra consagrado en el artículo 198 del CGP.

Respecto de dicha prueba, indica el mencionado artículo que el juez de oficio o a solicitud de parte podrá ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso, y el objetivo del interrogatorio de parte, de acuerdo a las normas que regulan el tema, es

lograr confesión, de ahí que de acuerdo a la conducta asumida por el interrogado se pueden generar consecuencias adversas.

Igualmente, se debe tener en cuenta que el artículo 53 del CPT y SS consagra que el juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito.

En este asunto la prueba negada fue el interrogatorio que solicitado por Seguros Comerciales Bolívar a los representantes legales de ICOTEC SAS y de HUAWEI TECHNOLOGIES SAS (fl.492 carpeta 001).

El objeto del litigio tal y como quedó definido por el juez de primera instancia, es determinar *“si con ocasión del contrato de trabajo que existió entre la señora Nidia Marcela Moreno e ICOTEC han quedado derechos laborales insolutos. En caso positivo, cuáles resultan insolutos o si se puede dar por probada la excepción de pago. Si se determina derechos laborales insatisfechos, el despacho procederá a analizar la responsabilidad de ICOTEC SAS siendo una sociedad liquidada; analizará la eventual solidaridad entre HUAWEI TECHNOLOGIES COLOMBIA SAS e ICOTEC COLOMBIA SAS EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN, para finalmente, determinar si se puede considerar este caso como siniestro y quien deba responder sea la aseguradora.”*

Conforme lo anterior, en este caso coincide la Sala con lo expuesto por el juez de primera instancia en la medida que el interrogatorio de parte no es la prueba conducente para resolver el problema jurídico relacionado con la solidaridad solicitada por la demandante entre ICOTEC y HUAWEI TECHNOLOGIES, ya que dicha cuestión es de orden legal, de tal manera que independiente de los lineamientos de la entidad sobre el tema si una empresa es solidariamente responsable de la otra, estos requisitos se determinan sobre el marco legal y no sobre las directrices de las entidades demandadas y que puedan declarar los representantes legales de las mismas.

De tal manera que al revisarse el objeto del interrogatorio de parte, el propósito del pleito y los principios de la prueba, se colige que hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, dado que el interrogatorio de parte se constituye en una prueba inconducente para determinar si se cumplen o no los requisitos señalados en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo y relacionados con la solidaridad entre el contratista independiente y el dueño de la obra.

En ese orden de ideas, se confirmará el auto proferido el 19 de abril de 2021, mediante el cual se negó la prueba del interrogatorio de parte.

INCIDENTE DE NULIDAD

En lo que se refiere a las nulidades procesales, las mismas tienen como propósito verificar si el procedimiento empleado para el reconocimiento de un derecho cumplió con el precepto fundamental que garantiza el debido proceso, el derecho de defensa y la organización o estructura judicial.

El numeral 5° del art. 133 del C.G.P. señala que una de las causales de nulidad se refiere a:

“5. Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omita la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.”

Por su parte, el art. 134 de la misma codificación dispone:

“OPORTUNIDAD Y TRÁMITE. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.”

El artículo 135 ibidem prescribe:

“REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.”

No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.”

(...)

El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.

Además de ello, el art. 136 indica cuándo se entiende saneada una nulidad así:

“SANEAMIENTO DE LA NULIDAD. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos:

1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla.
2. Cuando la parte que podía alegarla la convalidó en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación anulada.
3. Cuando se origine en la interrupción o suspensión del proceso y no se alegue dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que haya cesado la causa.
4. Cuando a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa.”

Pues bien, con relación a la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del art. 133 del C.G.P., se tiene que la misma no se configura en este asunto en la medida que al revisar el trámite surtido al interior de este proceso, específicamente la audiencia de que trata el art. 77 del C.P.T., el juez a quo *no omitió la oportunidad para decretar pruebas*, pues lo que hizo fue negar el decreto de una de ellas cual fue el interrogatorio a los representantes legales de las accionadas, negativa frente a la cual concedió el recurso de apelación presentado, decisión que se confirma en esta instancia; y *tampoco se omitió la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria*, porque se negó un interrogatorio de parte, prueba que no resulta obligatoria y que por el contrario se definió como inconducente para probar las excepciones planteadas.

En relación con el argumento de que se rechazaron preguntas dirigidas a la demandante en el interrogatorio de parte y que no fueron reformuladas o replanteadas por la apoderada incidentante, tampoco se configura nulidad alguna, por cuanto no se negó la práctica de la prueba, la cual se desarrolló dentro de la audiencia que se adelantó para tal efecto y en la que realizó las preguntas que consideró necesarias para la prueba de sus excepciones.

Ahora, en lo que tiene que ver con la causal de nulidad contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política, esto es, en la vulneración al debido proceso, dicho precepto establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, derecho que ha sido definido por la jurisprudencia constitucional *“como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia”*. (sentencia C-341 de 2014).

JF
14

Al descender al caso objeto de estudio, se tiene que no fue transgredido el derecho establecido en el artículo constitucional citado, pues el art. 77 del C.P.T. prescribe los momentos y etapas que deben seguirse en dicha audiencia, es así como se inicia con la conciliación, a continuación se resuelven las excepciones previas si las hubiere, se procede al saneamiento del proceso, se fija el litigio y, finalmente, se decretan las pruebas solicitadas por las partes; etapas procesales que se llevaron a cabo por el juez a quo a cabalidad y en el momento en que decidió negar la prueba de interrogatorio solicitada por la llamada en garantía y al ser solicitado el uso de la palabra por la apoderada de la misma, se concedió el recurso de apelación que contra el auto que negó la prueba presentó, es decir, actuó conforme a derecho y protegió el derecho al debido proceso que debe surtirse en toda actuación judicial.

Por lo antes expuesto, se confirmará la decisión de primera instancia que negó el incidente de nulidad.

SENTENCIA

Caso concreto

El artículo 34 del código sustantivo del trabajo regula las relaciones laborales entre la empresa y los contratistas independientes de la empresa que a su vez contratan trabajadores para desarrollar las actividades contratadas.

Así, es un punto pacífico que la solidaridad del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo se estructura frente a quien tiene la condición de beneficiario de la obra, siempre que las labores contratadas entre las empresas guarden conexidad o sean afines a la actividad económica del empresario.

Sobre dicha figura jurídica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció, como por ejemplo en la sentencia SL4322 de 2021 en la que señaló:

“Frente a lo anterior, basta con recordar que la figura de la solidaridad fue instituida en la normatividad sustantiva laboral, con el fin de garantizar el pago de las acreencias laborales de los trabajadores cuando se presenta la contratación de trabajos u obras por parte de empresas a través de contratistas, siendo beneficiarias o dueñas de la obra las primeras. Así fue

memorado, recientemente, en la sentencia CSJ SL3111-2021, en la que se indicó:

Fuera de lo observado, en sentencia CSJ SL 4430 -2018, sobre el propósito de la institución jurídica de la solidaridad en la responsabilidad del beneficiario del trabajo, apuntaló la Sala:

«No debe perderse de vista que la razón histórica que inspiró la consagración normativa de la solidaridad que hoy ocupa la atención de la Sala, fue evitar que los derechos de los trabajadores fueran burlados cuando los grandes empresarios contrataran la ejecución de una o más obras y los contratistas o subcontratistas no tuvieran la solvencia económica para responder por las acreencias laborales causadas, de tal manera que pudiera acudir a obligar al beneficiario de ella a satisfacerlas, facultándole a su vez la acción de repetición por lo pagado.»

También, ha sido enfática esta corporación en considerar que dicha solidaridad es aplicable, salvo que los servicios o la obra contratada traten actividades extrañas a las que normalmente desarrolla la empresa contratante, y además que, la pluricitada figura no guarda relación alguna con la vinculación del trabajador, pues es diáfano que se pregona únicamente respecto al contratista independiente, lo que deriva, sencillamente, en que el deudor solidario, en calidad de contratante, tan solo sea un garante de las obligaciones laborales adeudadas por el empleador.»

Así mismo, la citada Corporación aclaró que el marco comparativo no sólo se debe desarrollar en relación con el objeto social de las empresas, sino también de acuerdo con las funciones específicas desarrolladas por el trabajador, Sentencia identificada con la radicación No. 39050 del 6 de marzo de 2013.

En conclusión, para que se presente la denominada solidaridad contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo resulta necesario que concurren los siguientes elementos: *i)* La existencia de un contrato de carácter civil o comercial entre dos o más personas naturales o jurídicas, *ii)* un contrato de trabajo entre el contratista y el personal que utiliza éste para la ejecución del contrato de naturaleza civil o comercial, *iii)* y que las labores desempeñadas por el contratista no sean extrañas o ajenas a las actividades normales del dueño de la obra o contratante.

Pues bien, en este asunto no fue objeto de discusión lo relacionado con que entre la demandante y la sociedad ICOTEC COLOMBIA SAS existió un contrato de trabajo desde el 3 de octubre de 2016 al 17 de julio de 2017,

vínculo a través del cual la señora Nidia Moreno devengó un salario de \$5.500.000 desempeñando el cargo de "GERENTE DE OPERACIONES MÓVILES"; la inconformidad de la apoderada de Huawei SAS y de la Aseguradora consiste en que no se encuentra acreditada la solidaridad en este asunto.

Al efecto se tiene que obran certificados de existencia y representación de las demandadas, en los que se observa como objeto social el siguiente:

ICOTEC COLOMBIA SAS:

"1. EJECUCIÓN DE OBRA DE INGENIERÍA ELÉCTRICA O ELCTRÓNICA EN ÁREA DE TELECOMUNICACIONES, 2. CONSTRUCCIÓN DE TORRES DE TELECOMUNICACIONES; DISEÑO, CONSTRUCCIÓN, INSTALACIÓN, MANTENIMIENTO Y RETIRO, DE FORMA INTEGRADA DE EQUIPOS, INFRAESTRUCTURA Y REDES DE TELECOMUNICACIONES DE LAS DIFERENTES EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES. 3. REALIZAR ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA OPERACIÓN Y GESTIÓN DE LA PLANTA EXTERNA PARA LOS DIFERENTES TIPOS DE REDES, CONSTRUÍDAS CON CABLE MULTIPAR DE COBRE, FIBRA ÓPTICA O COAXIAL, MICROONDAS Y SATELITAL... 6. COMERCIALIZACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y AFINES TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO..."

Por su parte, el objeto social de Huawei Technologies Colombia SAS es:

"EL DESARROLLO, FABRICACIÓN, VENTA, INSTALACIÓN Y MANTENIMIENTO DE SISTEMAS TELEFÓNICOS - SWITCHING - CONTROLADOS PROGRAMÁTICAMENTE, EQUIPOS DE TRANSMISIÓN, COMUNICACIÓN DE DATOS, EQUIPOS MULTIMEDIA DE BANDA ANCHA, EQUIPOS DE SUMINISTRO DE ENERGÍA, PRODUCTOS MICROELÉCTRICOS, INGENIERÍA DE INTEGRACIÓN DE SISTEMAS, COMPUTADORES Y PERIFÉRICOS, EQUIPOS TERMINALES Y DEMÁS EQUIPOS DE COMUNICACIONES, ASÍ COMO LA CONSULTORÍA, EL SERVICIO, EL AGENDAMIENTO Y ARRIENDAMIENTO EN RELACIÓN CON TALES EQUIPOS...Y EN GENERAL TODO LO RELACIONADO CON LAS TELECOMUNICACIONES.

Rindió **interrogatorio la accionante** en el que manifestó que como gerente de operaciones móviles se encargaba de garantizar que todas las actividades asignadas por Huawei se cumplieran a cabalidad, como son asignación de personal, ver la información que es asignada por parte del cliente Huawei, supervisión del personal técnico que solicitaba Huawei, que pasaran a

terrenos, seguimiento de las tarifas asignadas, seguimiento de facturación, asignación de los recursos técnicos en los proyectos de instalación, mantenimiento, documentación y supervisión; su función era garantizar el cumplimiento de lo pactado en el contrato celebrado entre las demandadas.

Reposa certificación a folio 165 de la carpeta 001 del expediente digital, a través de la cual ICOTEC certifica que las funciones de la demandante son las siguientes:

- ✓ Gestión del contrato para el Proyecto Huawei
- ✓ Definición y presentación de proyecto Huawei
- ✓ Planificación del proyecto Huawei
- ✓ Establecer objetivos del proyecto
- ✓ Supervisión del proyecto Huawei: seguimiento de cada tarea, medir su evolución y el desempeño de los involucrados, así como también decretar los riesgos asociados.
- ✓ Seguimiento de facturación.

Militan correos electrónicos, como por ejemplo los obrantes a folios 59, 70, 74, 77, 78 y 130, en los que se observa que personal de Huawei le solicitó a la actora cotizaciones para el proyecto requerido, también confirmación sobre el personal que realizaría una serie de procesos con el fin de que se acercaran a la oficina de Huawei a recibir equipos, instalación de software y capacitación de las pruebas a realizar, le informan qué personas recibieron determinadas capacitaciones y solicitan cotización respecto de diferentes productos.

Se halla a folio 285, certificación a través de la cual Huawei Technologies hace constar que el día 15 de marzo de 2016 suscribió el contrato comercial de referencia MPA6061COL1603040030431790172643 con la sociedad ICOTEC COLOMBIA SAS, cuyo objeto es la provisión de servicios y entregables en el área general de telecomunicaciones, ingeniería, construcción, asesorías, operación, mantenimiento, logística, entre otras, para la construcción del sistema, según aplique.

En la documental de folio 286, Huawei certifica que el 6 de mayo de 2016 suscribió con ICOTEC contrato comercial de referencia PPA6061COL1604230023605790180915, cuyo objeto es la provisión de servicios técnicos de revisión de documentación y supervisión de sitios.

Aunado a ello, a folios 290 y 348 obra Acuerdo Marco de Compras para Servicios de Ingeniería y Acuerdo de Compra para Proyecto entre las demandadas; *en el primero de ellos (MPA)*, se indica en la cláusula 4°

numeral 4.1, que ICOTEC proveerá los servicios y entregables en el área general de telecomunicaciones, ingeniería, construcción, asesorías, operación, mantenimiento, logística, entre otras, para la construcción del sistema y a continuación señala que la tarea específica que realizará ICOTEC se establecerá en el PPA; así mismo, en el capítulo 9 se manifiesta que ICOTEC deberá garantizar que todo el personal recibió los cursos de capacitación, es idóneo y está debidamente certificado para desempeñar la labor requerida.

Y, en el segundo de ellos (PPA) se señala que este se basa en las disposiciones del Acuerdo Marco o MPA y el propósito tal y como consta en el numeral 2.0, es proveer por parte de ICOTEC, los servicios técnicos de revisión de documentación y supervisión de sitios; en el numeral 7.1.1.2 se indica que Huawei proporcionará capacitación técnica para el personal de ingeniería y documentación de ICOTEC y en el numeral 7.1.2.1 se expone que el personal de ICOTEC deberá revisar todo tipo de documentos necesarios de ingeniería, herramientas, materiales e instrumentos y llevar a cabo la prestación de servicios e acuerdo con las especificaciones de Huawei.

Con el anterior material probatorio se concluye que en este caso si se cumplen los requisitos para declarar la solidaridad contemplada en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo por lo siguiente:

i) Existe un contrato entre Huawei Technologies e Icotec Colombia SAS denominado MPA y PPA, en donde la finalidad de los mismos es que Icotec le provea a Huawei los servicios en el área general de telecomunicaciones, lo que incluían la revisión técnica de documentación y supervisión de sitios y personal para el cumplimiento del proceso.

ii) Existió un contrato de trabajo entre el contratista (Icotec) y el personal que utiliza éste para la ejecución del contrato de naturaleza civil o comercial (señora Nidia Marcela Moreno), y,

iii) Las labores desempeñadas por Icotec no son extrañas o ajenas a las actividades normales del dueño de la obra o contratante, en este caso Huawei Technologies.

Como se observa, se acreditan a cabalidad los elementos que configuran la existencia de solidaridad y no son de recibo los argumentos de las apelantes en cuanto a que no se logró establecer para qué Acuerdo fue contratada la accionante, si para el acuerdo MPA o para el acuerdo PPA, pues como se indicó con antelación, el propósito de ambos es la prestación del servicio en el área de telecomunicaciones a Huawei, no se desconoce que el acuerdo

Marco sea el acuerdo general y el acuerdo de Compra el particular, empero ambos buscan el mismo fin, proveer servicios a Huawei en el área de telecomunicaciones, aunado al hecho que ambos acuerdos tienen vigencia 15 de marzo de 2016 a marzo de 2021 (MPA) y del 6 de mayo de 2016 a diciembre de 2017 (PPA), es decir, ambos resultan estar vigentes para la fecha en que se dio la vinculación laboral de la actora con Icotec.

No puede desconocerse, pues además así lo certificó la misma empresa Icotec, que la demandante realizó labores de coordinación de procesos para el proyecto celebrado entre las demandadas, realizaba lo concerniente a la facturación de productos tal y como se lo solicitaba personal de Huawei, alistaba el personal y coordinaba para que asistieran a las capacitaciones que Huawei brindaba, verificaba en general el proceso con Huawei, es decir, hacía las veces de, como su mismo cargo lo indica, y se repite, fue certificado por Icotec, gerente de operaciones móviles para el proyecto Huawei.

Además de ello, los objetos sociales de las accionadas no distan el uno del otro, tal y como se observa de la documental de folios 38 y 167, ambas sociedades dedican su actividad en procesos en el área de telecomunicaciones, por lo anterior se confirmará la decisión apelada en este punto.

Indemnización moratoria

Se duelen las apoderadas apelantes respecto que no existió mala fe en el actuar de ICOTEC durante el tiempo que duró el vínculo laboral y además de ello, exponen su inconformidad frente a la fecha final a la cual liquidó el juez la misma, esto es, cuando finalizó el proceso liquidatorio de Icotec.

Advierte la Sala que no es objeto de discusión que Icotec Colombia SAS fue admitida a proceso de reorganización mediante auto 400-003193 del 26 de febrero de 2016 proferido por la Superintendencia de Sociedades, que el 5 de noviembre de 2019 finalizó tal proceso (fl.662 y 691) y que a la fecha de finalización del vínculo laboral, 17 de julio de 2017, el empleador incurrió en mora en el pago de las prestaciones que le correspondía pagar a la ex trabajadora y por tanto se cumplen los presupuestos señalados en el art. 65 del C.S.T. para su causación.

Sin embargo, no se puede pasar por alto que el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 señala que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización se le prohíbe al empresario realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a conjurar obligaciones a su

cargo, salvo que exista autorización por el juez, proceso al que se acogió la demandada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 26 de noviembre de 2014, proferida en el proceso identificado con la radicación 45523, realizó un recuento jurisprudencial respecto de empleadores que se acogieron a la Ley 550 de 1990, que si bien no es la norma que se aplicó a la demandada para la reorganización, porque fue la Ley 1116 de 2006, si es relevante porque en ella se señala los criterios para el examen de buena fe de un empleador que se acogió a los mecanismos legales que puedan favorecerla para el pago de las deudas, entre ellos, el de determinar si cumplió con las cargas establecidas en dicho proceso, así mismo, recapituló respecto de la limitación de la indemnización hasta el momento en que se nombró promotor en razón al desplazamiento del empleador por el agente estatal, y las limitaciones que esto implica.

Si bien es cierto la Ley 550 de 1990 y la Ley 1116 de 2006 tienen como objetivo primordial la recuperación económica de la empresa y por ello las medidas son tendientes a ese objetivo, no se debe desconocer sus diferencias, entre ellas, que en la primera se autorizaba la realización de los acuerdos, pero no se ordena medidas cautelares; mientras que en la segunda, desde el auto que inicia el procedimiento, el juez o la entidad competente puede ordenar medidas cautelares, esto es, la limitación en la administración de los bienes.

En el presente proceso, no existe controversia que la demandada se acogió al proceso de reorganización el cual fue admitido el 26 de febrero de 2016 y generó una serie de limitaciones en la administración en pos de que esta recuperara su función social, aunado el desplazamiento del empleador por un agente estatal; razón por la que se considera que en el presente caso no existen conductas carentes de buena fe que den lugar a aplicar la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST porque el contrato de trabajo terminó durante la vigencia de ese proceso de reestructuración y posterior liquidación de la empresa, esto es, el 17 de julio de 2017, y, en consecuencia, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia sobre el estudio de la conducta del empleador al momento de la terminación del contrato para determinar la aplicación de la sanción moratoria, se encuentra que hay lugar a absolver a la demandada de dicha pretensión.

Indemnización por despido indirecto

Comienza la Sala por recordar que en el despido indirecto o autodespido la actitud del trabajador es activa, en cuanto ejerce la iniciativa de terminar

unilateralmente el contrato y, por ello, la carga de la prueba sobre las causas que motivaron el despido es a cargo de dicha parte a fin de que se pueda determinar que efectivamente el hecho imputado al empleador es el causante de la terminación del contrato de trabajo y no la voluntad libre y espontánea del trabajador, aunado a que se debe informar en la carta de terminación del contrato de conformidad con el parágrafo del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL417 de 2021 señaló:

“En todo caso, es oportuno señalar que la Sala ha adoctrinado que quien alega un despido indirecto debe demostrar la terminación unilateral del contrato, que los hechos generadores sí ocurrieron y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).”

En este asunto reposa carta de terminación del contrato de fecha 17 de julio de 2017, mediante la cual la accionante le indica a Icotec que renuncia al cargo que ha venido desempeñando por causa del incumplimiento a las obligaciones laborales por concepto de:

- Salarios de enero a junio de 2017
- Aportes a pensión y salud de enero a junio de 2017
- Cesantías por toda la relación laboral
- Prima del año 2017

Misiva que, contrario a lo señalado por las apelantes, si fue puesta en conocimiento al empleador tal y como se puede observar a folio 163, en el que obra un comprobante de envío a la dirección calle 163 A N° 19 A 58, misma que fue la dispuesta por el empleador en el contrato de trabajo que reposa a folio 43 del expediente virtual carpeta 001, comprobante de envío que no presenta anotación de devolución y, en consecuencia se colige fue recibida en esa dirección.

Así las cosas, en este caso conforme lo señaló el juez a quo se acredita la procedencia de la indemnización por despido indirecto, pues los hechos que motivaron la renuncia de la ex trabajadora fueron puestos en conocimiento del empleador y su incumplimiento quedó plenamente acreditado, tan es así que la sentencia de primera instancia condenó al pago de las prestaciones solicitadas por la señora Nidia Moreno ante el no pago por parte de Icotec durante la relación laboral, razón por la que se confirmará la decisión en este sentido.

De la póliza con la que se debe responder por las condenas

Aduce la apoderada de Seguros Comerciales Bolívar que no se acreditó que las pólizas con las que el juez ordenó respaldar y responder por los emolumentos condenados, correspondieran a las suscritas con Huawei para el contrato terminado en 683 o si por el contrario correspondía al contrato terminado en 519.

En el presente caso, revisado el material probatorio se aprecia a folio 410 la póliza de cumplimiento No 1010-1125683-01 cuyo objeto es *“garantizar el cumplimiento, la calidad del servicio y el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones según acuerdo de compra para el proyecto PPA6061COL160423-0023605790180915, según especificaciones descritas”*, con vigencia desde el 18 de mayo de 2016 hasta 31 de diciembre de 2020, cuyo tomador es la Icotec Colombia SAS.

Aunado a lo anterior, a folio 412 milita póliza de cumplimiento No 1010-1125519-01 cuyo objeto es *“garantizar el cumplimiento, la calidad del servicio y el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones según acuerdo marco de compras para servicios de ingeniería y suministros de equipos número MPA6061COL1603040030431790172643, según especificaciones descritas”*, con vigencia para 17 de marzo de 2016 hasta 16 de febrero de 2024 cuyo tomador es la Icotec Colombia SAS.

Es decir, ambas pólizas cubren los conceptos a que fue condenada Icotec y solidariamente responsable Huawei Technologies SAS en la sentencia de primera instancia, pues así lo contemplan en su objeto y no debe hacerse distinción del tipo de Acuerdo para el cual fue contratada cada una, pues como quedó superado cuando se analizó lo relacionado con la solidaridad, tanto el Acuerdo MPA como el Acuerdo PPA no fueron diferentes, sino un complemento uno del otro, por ello con cualquiera de las dos pólizas puede responder la Aseguradora.

Monto pagado por Icotec a la demandante

Al respecto se tiene que Icotec SAS le canceló a la señora Nidia Marcela Moreno un valor de \$33.060.667, así lo señaló la accionante en el interrogatorio y así se observa del documento de folio 616, a través del cual al accionante le envía correo electrónico a Icotec en liquidación el 10 de septiembre de 2019, solicitándole le aclaren a qué corresponde ese pago.

El juez de primera instancia señaló que como quiera que a la actora le debían salarios por seis meses, ello arrojaba un total de treinta y tres millones de pesos por lo que el valor pagado por Icotec lo imputó a tal concepto y que los \$60.667 restantes correspondían a la indexación de esa suma, aspectos con los que no se encuentra conforme la apoderada de Huawei, bajo el argumento que no hay norma que señale que lo pagado por el empleador debe imputarse a salarios y que lo adicional pagado corresponde a la indexación de esa suma pagada tardíamente.

Al efecto se tiene que, efectivamente no existe norma en nuestro ordenamiento legal que indique a qué concepto debe imputarse determinada suma pagada por el empleador con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, sin embargo, en este caso no resulta desacertada la decisión del juez a quo por cuanto como Icotec no puso de presente a qué correspondían los \$33.060.667 y debido a que a la actora le debían salarios por seis meses que sumados generan un total de \$33.000.000, pertinente resultaba atribuir ese valor a dicho concepto; empero no sucede lo mismo con los \$60.667 adicionales, pues no es posible asumir que se refiere a la indexación que el empleador quiso asumir por el pago tardío de dicha suma; tal y como lo señala la apoderada de Huawei, así como el valor de los treinta y tres millones de pesos se imputó a lo debido, también resulta pertinente hacer la misma operación con este valor de \$60.667 y es por ello que se adicionará la sentencia en el sentido de indicar que la suma pagada por Icotec SAS por el valor ya citado deberá imputarse a las condenas impuestas en primera instancia.

Costas

En relación a las costas, es de anotar que de conformidad con el artículo 365 del C.G.P. corresponden a la parte vencida en el juicio, no obstante y a pesar que Huawei Technologies fue condenada en virtud de la solidaridad legal contenida en el artículo 34 del CST que se refiere a prestaciones sociales e indemnizaciones, la solidaridad no se extiende a las costas, por tal razón las mismas solo corresponden al empleador, pero debido a que Icotec se encuentra liquidada, cuya matrícula se constata cancelada en la página del Registro Único Empresarial, se absolverá por este concepto.

22
19

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los autos mediante los cuales se negó la prueba y el incidente de nulidad proferidos el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto (5°.) Laboral del Circuito, por las razones expuestas.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7 del ordinal PRIMERO y el ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, y, en su lugar, ABSOLVER a ICOTEC COLOMBIA SAS, HUAWEI TECHNOLOGIES SAS y SEGUROS COMERCIALES BOLÍVAR SAS de la pretensión de indemnización moratoria de que trata el art. 65 C.S.T y costas del proceso.

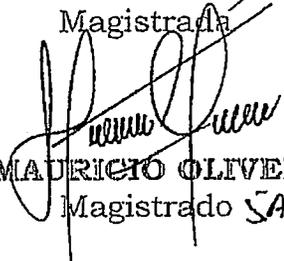
TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la suma de \$60.667 deberá imputarse a las condenas impuestas en primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la decisión de primera instancia.

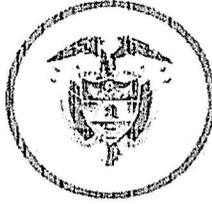
QUINTO: SIN COSTAS en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

TSB SECRET S.LABORAL

00726 13DEC'21 PM 3:05

9
20

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 05 2017 00830 02
DEMANDANTE: NIDIA MARCELA MORENO
DEMANDADO: ICOTEC COLOMBIA S.A.S.

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria en lo referente a la limitación impuesta a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, por el solo hecho objetivo y automático de la apertura del proceso de reorganización en la que entró la empresa demandada, pues lo pertinente era hacer un análisis subjetivo de la conducta del empleador en el pago de salarios y prestaciones sociales al momento del finiquito laboral, como lo señala claramente la norma indicada y la jurisprudencia proferida sobre la materia.

(i) De la sanción moratoria

La sanción moratoria del art. 65 del CST estimo respetuosamente no debe ser limitada automáticamente con la apertura del proceso de reorganización, dado que no existe prueba de un actuar de buena fe de la demandada al momento de la terminación del contrato de trabajo.

En efecto, la admisión del proceso de reorganización prevista en la Ley 1116 de 2006, en sí misma, no puede catalogarse un acontecimiento que libere o limite la sanción moratoria, dado que las crisis de las empresas constituyen un riesgo propio y previsible de la actividad productiva. Tampoco puede pasarse por alto, que la empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, dentro de las cuales se encuentra las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los trabajadores que le suministran la fuerza laboral. Además, el empresario no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las



situaciones financieras adversas que enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por esas externalidades, como lo puntualiza el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre el particular, puede verse sentencia rad. 7393 del 18 de septiembre de 1995, en la que se adoctrinó:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor”

Igualmente, en sentencia de la misma Corporación, con radicación n.º 37288 de 24 de enero de 2012, reiteró:

*Los razonamientos que llevaron a la prosperidad del recurso sirven para responder los argumentos del apelante contra la condena impuesta por el a quo por concepto de indemnización moratoria. **Resulta equivocado predicar la buena fe en el incumplimiento del pago de las obligaciones laborales al momento de la terminación del contrato y, consecuentemente, limitar el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, con la sola admisión de la solicitud de promoción de reestructuración, puesto que, según el artículo 17 de la Ley 550, las restricciones a las actividades del***

empresario previstas en dicha preceptiva lo están solo entre tanto dura la negociación del acuerdo de pagos; máxime que, como lo tiene asentado la jurisprudencia, es relevante el comportamiento del empleador durante dicho proceso, para efectos de determinar si el empleador estuvo presto a honrar los compromisos pactados.

Criterio reiterado en sentencias con radicado n.º 37288 del 24 de enero de 2012, SL16884 de 2016, SL 1595 de 2020.

En esa misma línea de pensamiento, en reciente decisión se verifica la sentencia SL845-2021, en la que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral reiteró que la crisis financiera de la empresa no constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. Al respecto, señaló:

En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debacle económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Paralelamente, considero que una lectura del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, no lleva a concluir que, una vez admitida la empresa en el proceso de reorganización, exista una imposibilidad de disponer de los recursos empresariales. Todo lo contrario, se lee de su articulado, nótese como ese precepto legal permite al empresario realizar una cantidad de operaciones, dentro de la cuales se encuentran los “pagos”, por supuesto, siempre y cuando tenga que ver con el giro ordinario de los negocios y exista la autorización del juez del concurso, dado que este funge como veedor de

aquellos acuerdos que se realizan con los acreedores durante el proceso de reestructuración.

En otros términos, el juez del concurso en aplicación de la Ley 1116 de 2006, nunca se apodera del patrimonio de la empresa para disponer de él, como parece entenderse, pues el proceso de reorganización tiene como objetivo principal permitir a la empresa superar las dificultades financieras y restablecer o continuar el funcionamiento de las operaciones comerciales y/o operativas normales. Luego, el único acto que en efecto impide la continuidad normal de la sociedad, será el estado de liquidación, conforme lo señala el artículo 222 del Código de Comercio, cuando advierte que *“Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.”* (CSJ SL986-2019)

Bajo esa óptica, afirmo que la sanción o intereses moratorios regulados en el art. 65 del CST deben liquidarse únicamente con las restricciones temporales allí previstas desde la terminación del contrato de trabajo, indistintamente de la apertura del proceso de reorganización, dado que una sociedad aun encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo. Una intelección contraria, implicaría la imposición de un nuevo requisito o condición de procedencia de la sanción moratoria, pues además del límite temporal de los 24 meses que alude la norma, tendría que descartarse la apertura de un proceso de reorganización.

La demandada no demostró que su infortunio económico se debiera a una situación de fuerza mayor o caso fortuito, tampoco probó el periodo en el cuál la empresa estuvo inmersa en la situación calamitosa, por lo que no le alcanza con su dicho para demostrar que se abstuvo de cumplir sus obligaciones laborales ante una imposibilidad cierta y corroborable.

Así cosas, para el suscrito no existe buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas laborales del demandante exigibles a la terminación del contrato, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, el examen debe hacerse conforme a las circunstancias que la rodean al momento de del finiquito laboral.

Hasta aquí los planteamientos de mi salvamento de voto parcial.



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

21 NOV 29 PM 2:45

000000

62



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: GERMAN EDUARDO GALINDO CUBIDES

DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS, PROTECCIÓN y NACIÓN
MINISTERIO DE HACIENDA

RADICADO: 11001 31 05 005 2018 00159 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a estudiar el recurso de apelación presentado por COLFONDOS contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se *declare* la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN en agosto de 1999 y el traslado entre administradoras realizado el 23 de marzo de 2001 a Colfondos; que se declare que la única afiliación válida al sistema General de Pensiones es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; subsidiariamente, que se declare que recuperó los beneficios del régimen de transición tiene derecho a regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES y se ordene el traslado a esa entidad. Consecuencialmente, se ordene a COLFONDOS a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual del demandante y reconozca a favor del demandante la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990 a partir del 26 de mayo de 2013, en cuantía de \$6.280.055; la



indexación de las mesadas ordinarias y adicionales así como los correspondientes reajustes legales de la prestación por el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 2013 y la fecha en que se haga efectiva la inclusión en nómina de pensionados, previo descuento de los valores pagados por COLFONDOS por concepto de mesadas pensionales, se condene al pago de las costas y agencias en derecho, y lo que en uso de las facultades ultra y extra petita se condene a las entidades demandadas a lo que resulte probado dentro del proceso.

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones de declaración de nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada en agosto de 1999 al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN y el traslado efectuado entre fondos el 23 de marzo de 2001 a COLFONDOS, porque el demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, razón por la que el contrato de afiliación es plenamente valida, no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia, aunado a que la entidad no tuvo injerencia en dicha decisión, razón por la que el traslado afecta los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo, poniendo en riesgo las pensiones de las personas que han cotizado al régimen de prima media.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago de I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración al derecho a la pensión de vejez e innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda, presentó oposición a las pretensiones con el argumento de que el demandante hoy pensionado disfruta actualmente de una pensión de vejez, bajo la modalidad de retiro programado, reconocida por COLFONDOS desde mayo de 2012, que no es viable que a favor de quien se ha reconocida un beneficio pensional, en este caso la pensión de vejez, pretenda y se autorice un traslado de régimen. Adicionalmente, señaló que le brindó al demandante una asesoría integral y completa de todas las implicaciones de la decisión de trasladarse de régimen pensional, en la que se le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el régimen de prima media con prestación definida, las ventajas y

63

desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuenta los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga.

Presentó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Presentó demanda de reconvención a efectos de obtener la devolución de lo pagado por concepto de mesadas pensionales.

PROTECCIÓN al contestar la demanda no se opuso ni se allanó a las pretensiones se atuvo a lo que resulte probado, no obstante, aclaró respecto de dicha entidad que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente, en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen, las prestaciones que otorga, las modalidades para acceder al reconocimiento pensional, las ventajas, desventajas, y, en general, todo lo atinente a la regulación que en materia pensional expide el Gobierno Nacional. Se opuso a la pretensión de la condena en costas y agencias en derecho por considerar que no procede y frente a las pretensiones ultra y extra petita por cuanto las pretensiones deben de presentarse de manera clara y expresa.

Presentó las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP **PROTECCIÓN**, buena fe, la genérica.

MINISTERIO DE HACIENDA contestó la demanda indicando que el demandante se vinculó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad desde el 21 de junio de 1999, efectuó traslado entre administradoras, que los supuestos engaños de que fue objeto deben ser acreditados por el demandante, sin que exista prueba de ello en el expediente; que el Ministerio solamente es responsable por la liquidación, emisión, expedición, redención pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que realizan las administradoras del sistema general de pensiones.

Presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, improcedencia del traslado del demandante a COLPENSIONES, obligación legal de reintegrar los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, ante la nulidad o ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, buena fe, excepción genérica.

Respuesta demanda de reconvención.

La parte demandante al contestar la demanda de reconvención se opuso porque de al tenor de las características fijadas por el artículo 60 ni los aportes ni sus rendimientos ni los bonos pensionales son de propiedad de la administradora de pensiones, por lo tanto, no es viable que se reintegre lo que no le perteneció a la administradora. COLFONDOS incumplió con el deber del buen consejo. Presentó las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación entre Colfondos y Colpensiones.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de abril de 2021, negó la solicitud de nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, declaró que PROTECCIÓN Y COLFONDOS son responsables del perjuicio (pérdida de oportunidad) ocasionado al demandante, condenó a COLFONDOS a reliquidar la pensión reconocida al demandante en la suma de \$6.406.911 a partir del 28 de julio de 2011, junto con los reajustes legales anuales, mesada 13 adicional y de forma vitalicia. COLFONDOS no podrá disminuir el monto de la prestación argumentando la disminución del capital necesario para mantener el pago de la pensión. Finalmente, la pensión estará sujeta a ser reconocida a los eventuales beneficiarios de acuerdo con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, sin que tampoco pueda reducirse por ningún motivo su monto y sin que pueda esgrimir COLFONDOS el no contar con el capital necesario. Las diferencias deberán ser indexadas teniendo como IPC inicial el del mes en que se cause cada diferencia y como IPC final el del mes anterior a su pago. Autorizar a la demandada COLFONDOS a descontar de esta reliquidación, lo pagado por concepto de pensión de vejez desde el 26 de mayo de 2013 y los aportes al sistema de seguridad social en salud. Autorizar a la demandada COLFONDOS a descontar la suma de \$45.336.225, debidamente indexada por concepto de mesadas pagadas por el periodo de 1 de marzo de 2012 a 25 de mayo de 2013 por ausencia de causa jurídica para su reconocimiento. La suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de mayo de 2012 y como IPC final el del mes

anterior a su descuento. Absolvió a COLFONDOS de las demás pretensiones de la demanda principal, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción con respecto a la reliquidación sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de julio de 2014 y saneamiento de la nulidad. Condenó en costas de la demanda principal a PROTECCIÓN y COLFONDOS, incluyó como agencias en derecho la suma de 10 smmlv a cargo de cada una de las demandadas y a favor del demandante. Absolvió a COLPENSIONES y a la Nación y Ministerio de Hacienda y Crédito Público de las pretensiones de la demanda, al demandante de las pretensiones de la demanda de reconvención y condenó en costas a COLFONDOS de la demanda de reconvención a favor del demandante e incluyó como agencias en derecho la suma de 5 smmlv.

RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad legal, presentó recurso de apelación COLFONDOS argumentando que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada con las características del RAIS. El fallo no es consonante con la demanda con lo cual se vulneró el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, ya que las pretensiones ni los hechos contienen las peticiones a los que se refiere la sentencia, faltando la sentencia al principio de congruencia siendo una condena inesperada la cual excede las facultades del juez de primera instancia.

La calidad de pensionado es un hecho consumado la que no se puede retrotraer, máxime que es una calidad que ostentaba muchos años antes de la presentación de la demanda, aunado a que no hay una figura en el RAIS que permita el pago de una mesada diferente al artículo 264 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, se debe revocar la condena en costas se ordene al demandante asumir los pagos tal como se solicitó en la demanda de reconvención.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto se vulneró los principios del debido proceso y de defensa por la decisión extra petita que condena por perjuicios de pérdida de oportunidad emitida por el juez de primera instancia.

Elementos de prueba relevantes:

- Copia de la cédula de ciudadanía, el demandante nació el 26 de mayo de 1953.
- Resumen de semanas cotizadas al ISS, 1195,57 semanas.
- Historia laboral COLFONDOS.
- Comunicación de reconocimiento de la pensión por parte de COLFONDOS a partir de 1 de marzo de 2012 y recálculo de la pensión el 30 de enero de 2017.
- Formulario de afiliación a COLFONDOS y PROTECCIÓN.
- Resolución de emisión de bono pensional tipo A.

Caso Concreto

En el presente caso no se encuentra en discusión que el demandante se trasladó de régimen pensional el 21 de agosto de 1999 a PROTECCIÓN y posteriormente se traslado de administradora de fondos de pensiones a COLFONDOS el 23 de marzo de 2001, que esta administradora le reconoció la pensión anticipada de vejez a partir del 1 de marzo de 2012, que fue beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En el presente caso, la discusión se centra en la decisión del juez de primera instancia sobre la condena por perjuicio por pérdida de oportunidad ocasionada al demandante por parte de las administradoras de fondos de pensiones PROTECCIÓN Y COLFONDOS con la consecuencia económica a cargo de COLFONDOS de reliquidar la pensión teniendo en cuenta los parámetros legales consignados en el Acuerdo 049 de 1990 a cargo de su propio peculio, en ejercicio de las facultades ultra y extra petita.

Considera COLFONDOS que con la decisión extra petita se vulneró los derechos al debido proceso y al derecho de defensa, porque se afectó el principio de congruencia que debe cumplir la sentencia, aunado a que no hay una figura en el Régimen de Ahorro Individual que permita la reliquidación señalada en la sentencia con fundamento en normas del Régimen de Prima Media con Solidaridad.

El juez de primera instancia al momento de fijar el litigio indicó que de resultar saneada la nulidad había lugar a establecer si existió algún perjuicio o daño ocasionado al demandante y en caso afirmativo quien debe asumir las consecuencias del perjuicio, en virtud de la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Para resolver el problema jurídico se debe señalar en primer lugar que el artículo 50 del CPTySS consagra las facultades ultra y extra petita para los

jueces de única y primera instancia, respecto de la cual se debe discutir y probar los hechos en que se sustenta la decisión.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como se constata en la sentencia SL3850 de 2020, radicado 70515 en donde rememoró lo señalado en sentencia SL2808-2018, respecto a las facultades extra y ultra petita establecidas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo de la de Seguridad Social que radican en cabeza de los jueces de única y primera instancia, ha explicado que:

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

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

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

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

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 reza:

ARTICULO 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

La sentencia C-487/00 al declarar exequible la anterior norma indicó que “En efecto, el fin que se persigue con la norma acusada, cuando se conmina al juzgador a considerar los principios de reparación integral y equidad, en el proceso de valoración del daño irrogado a una persona para tasar la indemnización, no es otro que el de buscar una justicia recta y eficiente y facilitar la solución del respectivo conflicto, así como la de evitar que para efectos de la indemnización de los daños en forma integral sea necesaria la tramitación de nuevos procesos, lo cual, indudablemente, contribuye a la descongestión de los despachos judiciales.”

Sobre la pérdida de oportunidad, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil en sentencia SC7824-2016 de 15 de junio de 2016 emitida en el proceso identificado con la radicación 11001310302920060027201 expuso:

“En reciente oportunidad la Corte analizó el daño desde la perspectiva del lucro cesante y la pérdida de oportunidad, habiendo dicho lo que sigue:

Las últimas doctrinas sobre la materia — a pesar de que existen corrientes que la ubican dentro del género lucro cesante— también marcan fronteras entre ambas, y más importante aún, coinciden en que el apreciable grado de la posibilidad debe ser suficiente, de suerte que la oportunidad perdida no resulta indemnizable si representa apenas una probabilidad abstracta y vaga, una esperanza débil de derecho.

Para los profesores FELIX TRIGO REPRESAS y MARCELO LÓPEZ MESA, “el daño emergente es el más cierto de todos los daños patrimoniales, por cuanto parte de la base de un desembolso efectivo o de un menoscabo tangible. Un grado menos de certidumbre y nos encontramos con el lucro cesante, que se basa en la disminución de ingresos, extremo que debe fundarse en un juicio de probabilidad. Finalmente, en cuanto a la pérdida de chance existe la necesidad de realizar otro juicio de probabilidad, sólo que de naturaleza más flexible, para apreciar así, si el damnificado se ha visto privado de obtener una ganancia, o si al menos, ello es verosímil”¹. (Negrilla fuera de texto).

En palabras de GASTÓN SALINAS UGARTE² la pérdida de oportunidad es una forma de daño en la cual la certidumbre del mismo aparece

¹ TRIGO REPERAS, Félix y LÓPEZ MESA, Marcelo. Tratado De la Responsabilidad Civil. Cuantificación del daño. Fondo Editorial del Derecho y la Economía. Buenos Aires 2006.

² SALINAS UGARTE, Gastón. Responsabilidad Civil Contractual. Tomo I. Editorial Abeledo Perrot. Santiago de Chile 2011.

imprecisa, aun cuando se halla presente; razón por la cual en la aplicación del moderno derecho indemnizatorio, cuando los Tribunales han reconocido perjuicios al amparo de ese concepto, han dejado claro que en esos eventos la cuantía se establece en virtud de lo que la doctrina francesa ha enseñado como la desaparición de la probabilidad de un suceso favorable o pérdida del chance de obtener una ganancia, debiendo contemplarse de una forma restrictiva y su reparación nunca puede formularse en los mismos términos que si el daño no se hubiera producido y el resultado hubiera sido beneficioso al perjudicado.

Más adelante expresó el mismo autor que: "No se trata, por supuesto, del tradicional lucro cesante, pues el daño que éste importa, es cierto en la medida en que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de esos lucros al momento del evento dañoso. En otras palabras, el rubro lucro cesante no indemniza la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, título, al tiempo en que acaece el eventos damni. Cuando el daño se origina en frustración de una esperanza razonable, en la pérdida de una chance, de una probabilidad fundada, nos encontramos frente a esta categoría de daño, donde coexiste un elemento de certeza con un elemento de incertidumbre". (Destaca la Sala).

A partir de las reflexiones memoradas, debe decirse que tanto la pérdida de oportunidad como el lucro cesante futuro, pese a que el censor los entremezcla, pertenecen a categorías diversas pues atienden fuentes obligacionales distintas, pero además se diferencian por los grados de certidumbre que en una y otra se registran.

En la primera, existe un razonable juicio de posibilidad, relativo a la concreción futura de un resultado útil donde se combinan la certidumbre y la fluctuación, pero partiéndose de la base de que el afectado se hallaba en una posición de privilegio que le permitiría obtener un beneficio, y el actuar ilícito de otra persona le impide fructificar tal situación de prosperidad. De hecho, no escasean en la doctrina especializada ejemplos de esta nueva modalidad de daño. Piénsese, en la actuación del agente demandado en responsabilidad civil que con su proceder, impidió que alguien, habiéndose inscrito a un concurso o licitación y superado la mayoría de sus fases, por una indebida digitación o calificación, lo excluyó de la posibilidad de obtener el empleo o resultar adjudicatario del contrato; el deportista que con una trayectoria reconocida y después de haber obtenido distintos

premios, es atropellado por un automotor en la proximidad de la última competencia donde se había perfilado como seguro ganador; el evento del descuido del abogado que no recurre una providencia con el propósito de que sea revocada; o de la persona que, por no recibir la información suficiente y pertinente, pierde la oportunidad de resolver si adopta una decisión diferente de la que finalmente tomó frente a una negociación significativa, para solo mencionar, a título meramente enunciativo, algunos de los supuestos más frecuentemente citados por la literatura sobre la materia.

En el segundo evento, esto es en el ámbito del lucro cesante futuro, no se indemniza la pérdida de una probabilidad sino la obtención de dividendos a los cuales tendría derecho la víctima, pero bajo el esquema de una privación de ganancia cierta.

4.3 No ha sido pacífica la ubicación del acaecimiento del daño por pérdida de la "chance"; algunos autores han expresado que se trata de un método de cuantificación del daño, creyendo con ello haberse resuelto el problema respecto a la incertidumbre causal que el mismo devela³ y que ha puesto en duda en muchos sistemas su aceptación.

(...)

Sus presupuestos axiológicos, para que pueda considerarse como daño indemnizable según la elaboración jurisprudencial de esta Corporación refieren a: (i) Certeza respecto de la existencia de una legítima oportunidad, y aunque la misma envuelva un componente aleatorio, la "chance" diluida debe ser seria, verídica, real y actual; (ii) Imposibilidad concluyente de obtener el provecho o de evitar el detrimento por razón de la supresión definitiva de la oportunidad para conseguir el beneficio, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en inconveniente; y (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado; no es cualquier expectativa o posibilidad la que configura el daño, porque si se trata de oportunidades débiles, lejanas o frágiles, no puede aceptarse que, incluso, de continuar el normal desarrollo de las cosas, su frustración inevitablemente conllevaría en la afectación negativa del patrimonio u otros intereses lícitos. Dicho de otro modo, el afectado tendría que hallarse, para el momento en el cual

³ MEDINA ALCOZ, Luis. *La teoría de la pérdida de oportunidad*. Estudio jurisprudencial y doctrinal de derecho de daños público y privado. Pag. 87

ocurre el hecho dañino, en un escenario tanto fáctico como jurídicamente idóneo para alcanzar el provecho por el cual propugnaba. (CSJ SC 4 de agosto de 2014, Exp. 1998 07770 01).

Con ese marco normativo y jurisprudencial aplicado al caso en concreto, lo primero que se establece primero es que en la demanda no se irrogó pretensión alguna relacionada con perjuicios por lo que la decisión del juez de primera instancia se constituye en una decisión que esta por fuera del marco de la demanda y de las contestaciones de la demanda, porque en ninguna de esos elementos se trató el tema de los perjuicios materiales independientes del nombre que se les dé, daño emergente, lucro cesante, o pérdida de oportunidad.

En segundo lugar, se establece que si bien en la fijación del litigio se indicó el estudio de los posibles perjuicios en ejercicio del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, lo cierto es que de conformidad con la jurisprudencia constitucional al declarar exequible el artículo en mención señaló que ese estudio de perjuicio integral se realiza "... en el proceso de valoración del daño irrogado a una persona para tasar la indemnización", Esto es, dentro de un proceso donde su objeto se refiera a la valoración del daño, situación que no ocurre en el presente caso que no se menciona en ninguno de los supuestos el acaecimiento de algún daño al demandante, ya que su pretensión era la nulidad o ineficacia del traslado, el retorno a la entidad que administra el régimen de prima media y el reconocimiento de la pensión por esta entidad con sustento en las normas que regulan dicho régimen.

En ese orden de ideas, si bien es justificable el fin de evitar que para efectos de la indemnización de los daños en forma integral sea necesaria la tramitación de nuevos procesos, lo cual, indudablemente, contribuye a la descongestión de los despachos judiciales. Señalado por la jurisprudencia constitucional y rememorado por el juez de primera instancia, lo cierto es que los hechos deben ser controvertidos y probados en el proceso para poder generar una sentencia extra petita como lo señala la jurisprudencia constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, se advierte además de que el estudio de los posibles perjuicios fue una decisión del juez en la fijación del litigio, porque no fue objeto de los hechos, pretensiones de la demanda ni de las excepciones de las contestaciones de la demanda, que a las partes, en especial a las demandadas no se dio la oportunidad de ejercer el derecho de defensa o a controvertir los posibles perjuicios, en la medida en que no se les facultó para presentar pruebas en aras de desvirtuar los posibles perjuicios.

De tal manera que en el presente caso se observa que se vulneró el derecho de defensa de la parte demandada, y hay lugar a revocar la decisión de primera instancia.

Ahora si en gracia de discusión, se considerara que el juez en virtud de las facultades extra petita podía emitir la condena sobre perjuicios por pérdida de oportunidad, se encuentra al aplicar la jurisprudencia en el presente caso sobre los requisitos para su configuración que no se dan en el presente caso, primero porque no existía un aleas sobre el beneficio del régimen de transición del cual gozaba el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 ni de que podía retornar en cualquier momento en ese régimen; segundo porque para el momento en que ocurrió el daño que se considera fue cuando se le otorgó el reconocimiento de la pensión por parte de COLFONDOS al demandante, (lo cual generó una situación definitiva para el actor de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993 y lo reseñado por la jurisprudencia como se constata en la sentencia SL373-2021 proferida en el proceso identificado con la radicación 84475) el señor GALINDO CUBIDES no se encontraba en un escenario fáctico ni jurídico para alcanzar el provecho del régimen de transición, recuérdese que el demandante obtuvo de la administradora de fondo de pensiones COLFONDOS una pensión de vejez anticipada, por lo que no le era posible al demandante obtener en ese momento una pensión del régimen de prima media por cuanto no cumplía los requisitos legales consagrados en dicha normatividad para el reconocimiento pensional.

En ese orden de ideas, se considera que en el presente no se dan los presupuestos para la emisión de una decisión extra petita ni tampoco para la condena por perjuicios de pérdida de oportunidad, y hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales **SEGUNDO, TERCERO, CUARTO, QUINTO, SÉPTIMO y DÉCIMO** de la sentencia proferida el 26 de abril de

67

2021 por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, y, en consecuencia, ABSOLVER a COLFONDOS.

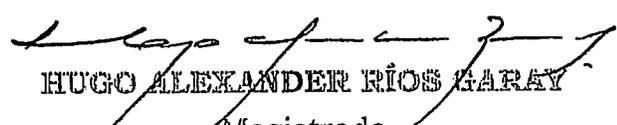
SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado SALVO VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Aclaro VOTO



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

SALVAMENTO DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2018 00159 01
DEMANDANTE: GERMÁN EDUARDO GALINDO CUBIDES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PROTECCIÓN S.A.

Con el acostumbrado respeto disiento de la decisión que adoptó la mayoría, al considerar que es procedente confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto condenó al Fondo de Pensiones, a reliquidar la pensión reconocida al demandante, junto con los reajustes legales anuales, mesada 13 adicional y de forma vitalicia en virtud del perjuicio generado por la falta del deber de información en el cambio de régimen pensional.

Estimo que la indemnización de perjuicios fue un asunto debatido en juicio, pues de la lectura integral del cuerpo de la demanda, de la contestación efectuadas por los fondos de pensiones, la demanda de reconvención presentada y de conformidad con la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, se verifica que esa discusión si se planteó.

Además, corrido el traslado a las partes para que se manifestaran al respecto, ninguna presentó inconformidad. De igual forma, al plantear el problema jurídico a analizar en la sentencia, el Juzgado se remitió al litigio fijado en la primera audiencia y las partes guardaron silencio. En consecuencia, no es acertado concluir que el asunto no fue debatido en juicio.

Como quiera que el Juez no solo está facultado sino que tiene el deber de apreciar e interpretar la demanda inaugural, es admisible que al solicitar la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al amparo

del Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, concluyera el Juzgado que el perjuicio causado radica en la diferencia entre la pensión que disfruta en el RAIS y la que le hubiera correspondido de haber accedido al derecho el prima media, a cuyo reconocimiento aspiraba.

En el asunto bajo examen coincide la Colegiatura que, por tratarse la demandada de una pensionada, no procede la declaración de ineficacia del traslado por existir múltiples circunstancias consolidadas que involucran a diferentes actores de la Seguridad Social, lo que implicaría retrotraer todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas. No obstante, no puede pasarse por alto que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021 sostuvo que quienes ostentan la calidad de pensionados pese a que no pueden retornar a prima media por vía de ineficacia del traslado, si están facultados para reclamar el pago de los perjuicios que les fueron ocasionados al señalar que:

“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”

Bajo este panorama, como quiera que la AFP reconoció al actor pensión de vejez y el Juzgado determinó que en prima media como beneficiario del régimen de transición la prestación hubiera sido más alta, es evidente que se le generó un perjuicio y que el fondo privado de pensiones debe compensar la situación a través de una pensión complementaria o adicional que iguale la suma a la que eventualmente hubiera tenido derecho el

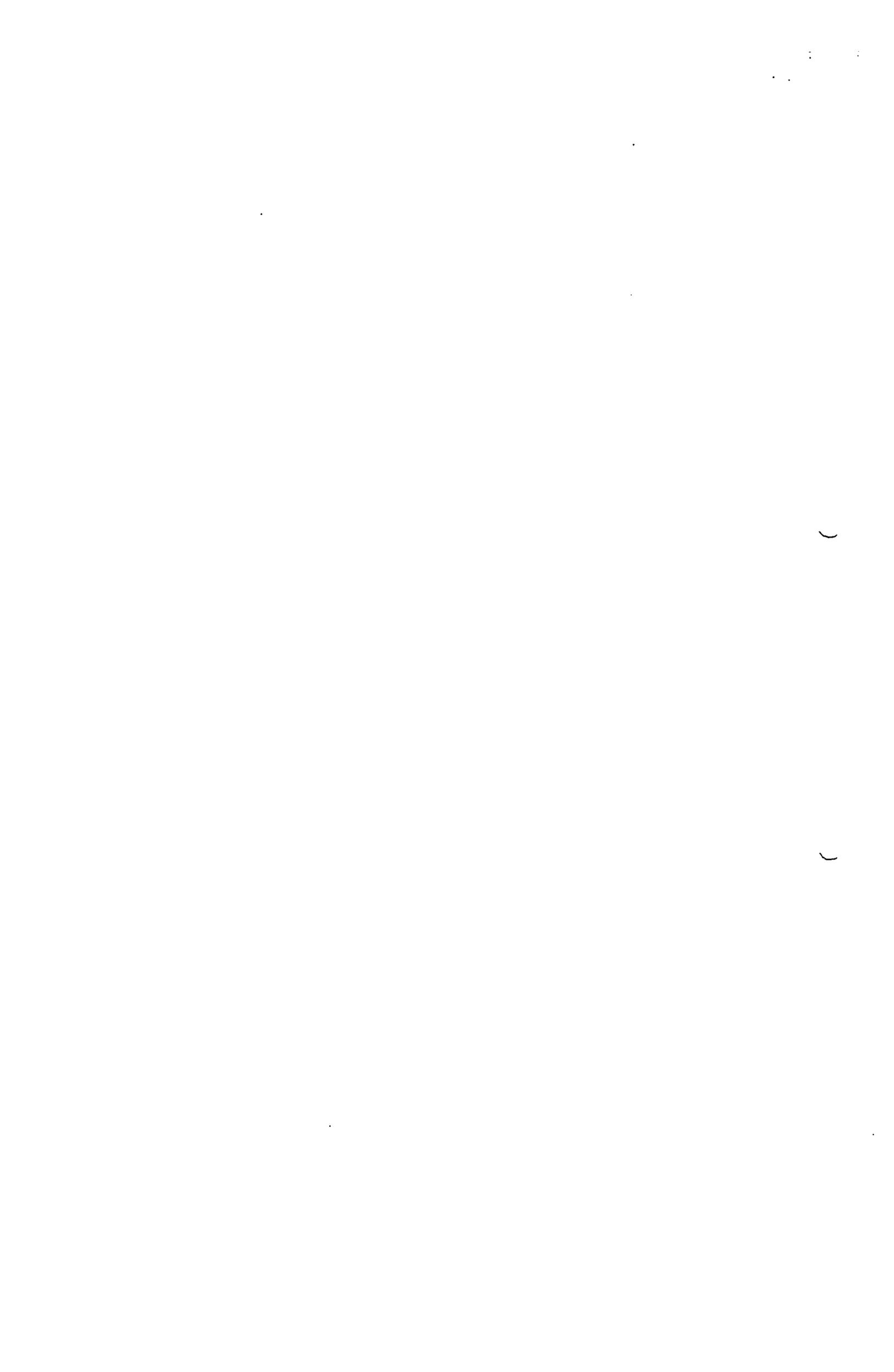
promotor del juicio de haber accedido a la prestación de vejez con Colpensiones, en armonía con la naturaleza jurídica de los derechos sociales en juego. Además, la reparación debe ser de tracto sucesiva, esto es, pagada bajo mensualidades, vitalicia y transmisible a los beneficiarios, pues de no ser así, no se configuraría una verdadera reparación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el derecho afectado con el daño de la falta de información que resultó probada es la pensión de vejez en su cuantía, cuya naturaleza jurídica va ligada al derecho social fundamental de la Seguridad Social, amén de ser un derecho de tracto sucesivo, vitalicio y transferible a los beneficiarios al momento de la muerte, por lo tanto, la reparación debe darse en los mismos términos característicos del derecho afectado.

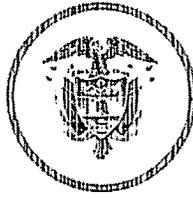
En conclusión, como la AFP no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal, por tratarse de una pensionada debe concurrir a la reparación de perjuicios. En este caso, dado la naturaleza social e irrenunciable al derecho a la seguridad social, la reparación se concreta en el pago de la diferencia de la pensión de forma vitalicia y trasmisible a los herederos de configurarse el derecho a la pensión de sobrevivientes como acertadamente concluyó el *a quo*.

En estos términos dejó sentado el salvamento de voto.


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



12



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CILIA ISABEL MAHECHA RAMÍREZ

DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN

RADICADO: 11001 31 05 011 2017 00243 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato laboral desde el 6 de febrero de 1990 al 5 de junio de 2015 y como consecuencia de lo anterior, se condene a la accionada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, salarios, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización del art. 65 del C.S.T. y costas del proceso. (fl.28 carpeta 001).

Sustentó las pretensiones en que se encontraba vinculada a la Fundación mediante contrato a término indefinido desde el 6 de febrero de 1990 hasta el 5 de junio de 2015, fecha en la que se dio por terminado el contrato de trabajo.

Mediante comunicación de 19 de mayo de 2015, se le comunica que el contrato se da por terminado por justa causa, el último salario devengado ascendió a \$800.000.

Como causal de justificación la accionada aduce el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.

La **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que entre las partes si bien existió vínculo contractual, se le cancelaron las prestaciones y vacaciones a que tenía derecho.

Propuso excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido, prescripción y compensación. (fl.57 carpeta 001)

Por auto del 15 de agosto de 2017, se vinculó al Ministerio de Educación Nacional y en providencia de 4 de noviembre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de dicho ente ministerial. (fl.31 y 165 carpeta 001)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de agosto de 2021 declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes entre el 6 de febrero de 1990 y el 5 de junio de 2015, declaró no probadas las excepciones de cobro de lo no debido y compensación. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las acreencias que se hicieron exigibles antes del 21 de abril de 2014 y condenó a la Fundación al pago de:

Salarios: \$ 6.456.229

Cesantías: \$ 19.108.139

Compensación por vacaciones \$ 819.745

Prima de servicios: 723.266

Intereses a las cesantías \$ 3.234.042

Por indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. \$16.903.440 más los intereses moratorios causados a partir del 6 de junio de 2017 y hasta que se realice el pago de salarios y prestaciones adeudadas a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Por sanción por el no pago de intereses a las cesantías \$2.246.788.

Negó las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDADA: i) solicita se revoque y se absuelva a la Fundación de la sanción del artículo 65 del C.S.T., teniendo en cuenta las acciones y disposiciones que actualmente están en cabeza de ella por disposición expresa del Ministerio de Educación.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a absolver a la Fundación San Martín por concepto de indemnización moratoria.

Elementos de prueba relevantes:

Carpeta 001

- A folio 11, 12 y 81, certificación laboral expedida por la Fundación.
- A folio 13, aviso de entrada de la trabajadora al ISS.
- A folio 66 a 69, relación nómina demandante.
- A folio 71, liquidación de prestaciones sociales.
- A folio 72 a 79, constancia de pago de aportes a seguridad social.
- A folio 80, liquidación del contrato de trabajo.
- A folio 83, memorando N° 067 de 1996.
- A folio 92, resumen de semanas cotizadas por el empleador.
- A folio 100 autorización de pago parcial de cesantías de fecha 23 de abril de 2010.
- A folio 108, terminación del contrato de fecha 19 de mayo de 2015.
- A folio 114 y 115, liquidación final de prestaciones sociales.
- A folio 118, hoja de vida de la actora.

- A folio 157, resolución GNR 127315 el 12 de junio de 2013 mediante la cual Colpensiones reconoce pensión de vejez a la demandante a partir del 3 de abril de 2012.
- Interrogatorio de parte.

Caso en concreto

En el presente asunto no fue objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir del 6 de febrero de 1990 hasta el 5 de junio de 2015, así fue aceptado desde la contestación de la demanda, declarado por el juez y no fue objeto de apelación por la parte demandada Fundación San Martín.

La inconformidad de la accionada radica en que debe absolverse por concepto de indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., en la medida que se encontraba imposibilitada de realizar cualquier tipo de pago en virtud a lo dispuesto por la Resolución 1702 de 2015 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

Al efecto se tiene que en reiterada jurisprudencia ha señalado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que ni su imposición ni su exoneración es automática, dado que es necesario determinar si el empleador actuó de mala fe al resistirse a reconocerle al trabajador los derechos laborales que contempla el orden jurídico (sentencia SL3345 de 7 de julio de 2021).

La misma Corporación señaló que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador en cada caso en particular, al momento de la terminación del vínculo laboral, para determinar si existió una actuación carente de buena fe, lo que ha sido reiterado en muchas sentencias, entre otras, en la proferida en el proceso identificado con la radicación 41522 de 2012.

En sentencia de 5 de mayo de 2009 radicación 34107, reiterada en sentencia SL 16280-2014 de 26 de noviembre de 2014 radicación 45523, admitió la limitación de la mora en virtud del acaecimiento de medidas que impiden que el empleador disponga de los recursos de la empresa así:

“se limitará su reconocimiento, sólo hasta el 28 de septiembre de 2001, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reactivación empresarial y le nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la

sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias de la actora, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial regulada por la Ley 550 de 1999; ni desconocer el acuerdo suscrito por la mayoría de los acreedores, el 21 de febrero de 2003, en cuya cláusula vigésima tercera, literal A), se vinculó la obligación prestacional de la demandante, y se dispuso su pago, dentro de los dos años siguientes, conjuntamente con los intereses de mora, causados a partir de la firma (fls 52 del Cuaderno Ppal)”

En este asunto al ser el argumento principal del apelante lo dispuesto en la Resolución 1702 de febrero de 2015 expedida por el Ministerio de Educación Nacional, se consultó la misma en la página web del Ministerio de Educación, a través de la cual *“se ordena la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la vigilancia especial dispuesta en la Resolución 000841 de 2015, y en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior”*

También se consultó la Resolución No. 841 de 19 de enero de 2015 proferida por la misma Cartera Ministerial por medio de la cual *“... se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Fundación Universitaria San Martín, en ejercicio de la Función de Inspección y Vigilancia”*

En esa dirección lo primero que se debe señalar, es que a la finalización del contrato, 5 de junio de 2015, el empleador se abstuvo de realizar la liquidación definitiva del contrato de trabajo, y para dicha data ya se habían proferido los actos administrativos antes citados, resoluciones 841 y 1702 de 2015.

De tal manera que no se puede desconocer que es un hecho notorio¹ la intervención de la Fundación San Martín por parte del Ministerio de

¹ **Sentencia 25000232400020050143801, Abr. 14/16, CE Sección Primera** “un hecho notorio, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, son los hechos públicos que son conocidos tanto por los extremos procesales como por un grupo de personas de cierta cultura o que pertenecen a un determinado grupo social o gremial.

Así mismo, advirtió que la existencia de un hecho notorio exime de prueba para corroborarlo y el juez debe tenerlo por cierto. (Lea: ¿Qué son hechos notorios para efectos de intervención de la Supersociedades por captación ilegal de dineros?)

También, la providencia citó la opinión del profesor Parra Quijano, el cual asegura que para configurar este hecho es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

1. No se requiere que el conocimiento sea universal.
2. No se requiere que todos lo hayan presenciado, ya que basta que esas personas de mediana cultura lo conozcan.

Educación, máxime que al revisarse la página web del Ministerio se puede observar que dicha autoridad en ejercicio de las facultades legales efectivamente emitió las resoluciones Nos. 841 y 1702 de 19 de enero y el 10 de febrero de 2015, respectivamente, a través de la cual con la última de estas *“se ordena la aplicación de institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín, en el marco de la vigilancia especial dispuesta en la Resolución 000841 de 2015, y en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de la educación superior”*, actos administrativos que sea de paso mencionar pueden tenerse en cuenta en el presente proceso dada la aplicación del artículo 177 de CGP que indica que las reglas sobre la prueba de las normas jurídicas se aplican *“a las resoluciones, ..., sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente”* como sucede en este caso.

En la Resolución -1702 de 2015- se verifica la orden de suspensión de pagos, en la medida en que ordenó en el numeral 6° del art. 1° *“...la suspensión de pagos de las obligaciones de la Fundación Universitaria San Martín causadas hasta la fecha de esta Resolución que adopta la medida, salvo los que sean autorizados por ser necesarios para el restablecimiento del servicios educativo en condiciones de calidad, de acuerdo con la planeación que haga el Ministerio de conformidad con el artículo 14 – numeral 4 de la Ley 1740 de 2014 ...”* y el numeral 8° *“Todos los acreedores de la Fundación Universitaria San Martín, incluidos los garantizados, quedan sujetos a las medidas que se adoptan mediante esta Resolución, por lo cual, para ejercer sus derechos y hacer efectivo cualquier tipo de garantía de que dispongan frente a la mencionada Fundación, deberán hacerlo dentro de la medida y de conformidad con las disposiciones que la rigen”*.

3. El hecho puede ser permanente o transitorio, lo importante es que las personas de mediana cultura y el juez lo conozcan

4. Debe ser alegado en materia civil, toda vez que en materia penal no se requiere, pero debe tenerse en cuenta, sobre todo, cuando favorece al procesado.

Por su parte, la sentencia recuerda que el profesor Hernán Fabio López Blanco sostenía que el hecho notorio se supone conocido por la generalidad de los asociados, independiente de su grado de cultura y conocimientos, dentro de un determinado territorio y en determinada época. (Lea: ¿Cuándo tienen valor probatorio las noticias que aparecen en medios de comunicación?)

“(...) la notoriedad puede ser a nivel mundial, continental, regional o puramente municipal y está referida a un determinado lapso, de modo que dada la índole del proceso lo que para uno podría erigirse como hecho notorio, para otro proceso no necesariamente tiene esa connotación”.

A su juicio, es una noción eminentemente relativa que debe el juez apreciar en cada caso. Por ejemplo, puede citarse como hecho notorio a nivel mundial, en su momento, el arribo del hombre a la luna o, a escala regional colombiana, la insurrección del 9 de abril de 1948 que por varios años fue un hecho notorio, así como la toma e incendio del Palacio de Justicia o la avalancha que destruyó a Armero (C.P. Guillermo Vargas Ayala).

15

Tampoco se puede desconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que a pesar que los trabajadores no tienen que sufrir el deterioro económico de las empresas, la solicitud de promoción de acuerdo o las medidas adoptadas por las autoridades que impidan la libre movilidad de los recursos de dichas empresas se constituyen en una justificación para aplazar los insolutos. (radicaciones 34107 de 2009, 45523 de 2014)

La Ley 1740 de 2014 artículo 14 numeral 4°, consagra las medidas que puede imponer el Ministerio de Educación a fin de restablecer los servicios de educación de las entidades que prestan dicho servicio público y en virtud de dicha facultad se observa en el proceso que la entidad emitió las resoluciones de intervención en las que adoptó entre otras la medida de suspensión de pagos, y el sometimiento de los acreedores al marco de dicha medida, lo cual de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se constituyó en un impedimento para quienes administraban la demandada a partir del 10 de febrero de 2015, ya que actuar de manera contraria so pretexto de cumplir con el pago de acreencias que no fueran aprobadas, los hacía incidir en las sanciones administrativas por incurrir en la falta consagrada en el numeral 3 del artículo 18 de la Ley 1740 de 2014 consistente en incumplir “...las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida el Ministerio de Educación Nacional en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia”(Sic).

En consecuencia, al existir la limitación de la destinación y aplicación de los recursos a partir del 10 de febrero de 2015, sería del caso modificar la decisión de primera instancia en el sentido de limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de intervención de la Fundación, (10 febrero 2015), no obstante, la fecha de terminación del vínculo laboral acaeció con posterioridad a dicha data, fecha para la cual la acreencia se debía someter al marco de la medida lo cual impide señalar que la conducta fue carente de buena fe y por ello se absolverá a la accionada de dicha pretensión.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. señalada en el **NUMERAL CUARTO** de la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la Fundación San Martín de dicha indemnización, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: SAUL QUINTERO SANCHEZ

DEMANDADO: UGPP Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2018 00349 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandada UGPP en contra de la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá. Además de surtir el grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que en su calidad de cónyuge de la señora Myriam Arce (q.e.p.d), le sea reanudado el pago de la pensión de sobrevivientes, para que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde agosto de 2017 hasta la reanudación del pago de la pensión de sobrevivientes y las costas del proceso. (fº. 3)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que: el 19 de enero de 1980 contrajo matrimonio con Myriam Arce quien falleció el 2 de octubre de 2013; que la extinta CAJANAL mediante resolución N º 2288 del 17 de junio de 1991 le concedió a su cónyuge una pensión de vejez; que solicitó ante UGPP el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, quien mediante Resolución RDP 010916 del 2 de abril de 2014, le reconoció dicha

prestación; agregó que en el mes de julio de 2017 la entidad demandada le suspendió el pago de la mesada pensional por existir otro reclamante; decisión que se materializó a través de la resolución RDP 01090916 del 02 de abril de 2017; indicó que procedió a radicar derecho de petición en la que solicitó la reanudación de la pensión y que el 05 de febrero de 2018 la UGPP negó dicha petición (f° 2-3)

Mediante auto calendado el 2 de agosto de 2018, el juzgado de conocimiento ordenó vincular a la Litis a la señora OLGA LUCIA ARCE DOMINGUEZ y al señor OVIDIO CAMPOS en calidad de madre y compañero permanente de la causante. (f.° 25)

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones bajo el argumento que dejó en suspenso el reconocimiento del derecho pensional causado por la señora Myriam Arce en razón a que existe conflicto de beneficiaros.

Presentó como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos prescripción e innominada o genérica. (f° 36-39)

El señor **OVIDIO CAMPOS** contestó la demanda bajo el argumento que el demandante abandonó a la causante hace más de 30 años, por lo que no puede predicar una convivencia de 33 años, ya que la pensionada convivió con él desde el año 2003 hasta el 2013, por lo que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes por haber ostentado la calidad de compañero permanente.

No propuso ninguna excepción. (f° 72-80)

Mediante auto adiado 11 de diciembre de 2018, el A-quo excluyó de la Litis a la señora OLGA LUCIA ARCE DOMINGUEZ. (f.°98)

Igualmente, en audiencia celebrada el 7 de marzo de 2019, el juez de conocimiento ordenó la acumulación del proceso que cursa en el juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá adelantado por el señor Ovidio Campos, con esta causa. (f.° 99-100)

PROCESO ACUMULADO

El señor **OVIDIO CAMPOS** presentó demanda ordinaria laboral pretendiendo en síntesis que se declare que tiene derecho al 100% de la

pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su compañera MYRIAM ARCE, a partir del 2 de octubre de 2013 y que el señor SAUL SANCHEZ cónyuge supérstite abandonó a la pensionada por lo que no tiene derecho a la prestación.

Como sustento de sus pretensiones, indicó que convivió bajo el mismo techo con la señora MYRIAM ARCE desde el 29 de abril de 2003 hasta el 2 de octubre de 2013, además dependía económicamente de aquella; señaló que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, y que la demandada mediante resolución RDP 009723 del 13 de marzo de 2017 negó la prestación económica por cuanto el señor SAUL SANCHEZ QUINTERO se presentó a reclamar la pensión; agregó que contra esa decisión se interpuso el recurso de reposición y apelación, el primero de ellos se desató con la resolución RDP 017199 del 26 de abril de 2017 que revocó la resolución inicial en el sentido de suspender el reconocimiento y pago de la pensión al señor SAUL SANCHEZ QUINTERO; finalmente, indicó que la convivencia de la pareja se extendió por más de 10 años. (f.º 2-6 y 50-60 del cuaderno acumulado)

La UGPP procedió a contestar la demanda, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra con sustento en que la justicia ordinaria debe dirimir la controversia suscitada entre los pretendidos beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó como inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el acto administrativo demandado, inexistencia de vulneración de principio constitucionales y legales, imposibilidad de condena en costas y la genérica (f.º 76-81 cuaderno acumulado)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 07 de septiembre de 2021, condenó a la UGPP a pagar a favor del SAUL SANCHEZ QUINTERO y OVIDIO CAMPOS la pensión de sobrevivientes en un porcentaje del 50% desde el 02 de octubre de 2013; ordenó a pagar las diferencias por cada 50% que se han causado desde el 02 de octubre de 2013 debidamente indexadas.

Autorizó a la UGPP a descontar del retroactivo que le corresponda al señor SAUL SANCHEZ QUINTERO el 50% que le fue cancelado sin corresponderle desde el 02 de octubre de 2013 hasta el momento en que se suspendió el pago de la obligación en el año 2017; declaró prescrito el porcentaje de la

mesada pensional correspondiente al señor Ovidio Campos con anterioridad al 26 de diciembre de 2013; sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la UGPP solicitó la revocatoria de la sentencia al considerar que ni el cónyuge, ni el compañero permanente supérstite de la pensionada acreditaron el tiempo mínimo de convivencia para que puedan acceder a la pensión de sobrevivientes.

ALEGACIONES

La apoderada de la UGPP presentó alegaciones finales.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el cónyuge y compañero permanente de la causante tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Elementos de prueba relevantes

Cuaderno juzgado 15 Laboral

- A folio 8, partida de matrimonio de la causante con el señor Saul Quintero Sánchez.
- A folios 9-12, resolución RDP 010916 por medio de la cual la demandada reconoce la pensión de sobrevivientes al señor SAUL SANCHEZ QUINTERO, en su condición de cónyuge supérstite.
- A folio 13, respuesta de derecho de petición a través del cual la UGPP señala que procede a suspender el pago de la prestación.
- A folios 17-18, respuesta del 05 de febrero de 2018 de la pensión de sobrevivientes.
- A folio 29, registro de defunción de la madre de la causante.
- A folio 40 expediente administrativo de la señora Arce.
- A folios 81, carta de fecha 10 de septiembre de 2002 suscrita por la demandante ante la Notaria Tercera del Circulo de Tuluá, mediante la cual solicita que su pensión no sea sustituida a su cónyuge.
- A folios 82-83 y 86-97 declaraciones extra juicio.
- A folio 76, registro civil de defunción de la causante que da cuenta que falleció el 2 de octubre de 2013.

- A folios 90-95, resolución RDP 017199 del 26 de abril de 2017, por medio de la cual se suspende el pago de la pensión de sobrevivientes.

Cuaderno Juzgado 23 Laboral

- A folios 14-17, historia clínica de la pensionada.
- A folios 21-25, declaraciones extra juicio.
- A folios 34- 35, resolución RDP 009723 del 13 de marzo de 2017, por medio de la cual se niega una pensión de sobrevivientes.
- A folio 43, registro fotográfico.
- A folio 94, expediente administrativo.

Caso concreto:

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado reiteradamente que en materia de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente al momento de producirse el deceso del afiliado, ejemplo de ello, es la sentencia SL 828-2013, Radicación 43446, y como en el caso bajo examen la pensionada falleció el *2 de octubre de 2013*, la disposición aplicable es la Ley 797 de 2003, artículos 12 y 13.

Igualmente, ha señalado que tanto el cónyuge supérstite como la compañera o compañero permanente deben demostrarla por un lapso no inferior a cinco años al momento del fallecimiento del causante. (SL11903 con radicación 54716 del 9 de agosto de 2017 y SL11911 con radicación 50096 del 9 de agosto de 2017).

En el presente caso no es objeto de discusión que la señora MYRIAM ARCE se encontraba pensionada mediante resolución 002288 del 17 de julio de 1991.

La apoderada de la UGPP solicita la revocatoria de la sentencia en cuanto considera que ninguno de los reclamantes acreditó los requisitos para hacerse acreedor a la pensión de sobrevivientes.

En esa medida, la controversia se circunscribe a determinar si el señor OVIDIO CAMPOS en calidad de compañero permanente tiene derecho al reconocimiento de la pensión, para seguidamente establecer si el señor SAUL SANCHEZ QUINTERO en su condición de cónyuge supérstite es merecedor del reconocimiento pensional deprecado.

Así las cosas, como pruebas relevantes se recaudaron las siguientes:

El señor *Ovidio Campos* señaló en síntesis en su interrogatorio de parte que conoció a Myriam cuando lo invitaron a una fiesta para celebrarle el cumpleaños a ella, eso fue el 29 de abril de 2003, después de eso como a los dos meses se fueron a vivir juntos en el barrio Maracaibo en Tuluá, en la casa de la mamá de ella, vivieron ahí hasta que la mamá falleció y luego se regresaron a vivir donde se conocieron, en el barrio San Antonio, en la casa de la señora Beatriz, ellos convivieron hasta el momento del deceso de Myriam quien murió por una trombosis, aclara que la familia fue quien manejó la cuestión de papeles, pero él la acompañaba en la clínica y en la casa, las exequias las costeó la familia y asistió al entierro, tiene una hija de 22 años, dijo que nunca se separó de Myriam y siempre vivieron bajo el mismo techo, tampoco conoció al señor Saúl, ella le dijo que era casada pero no le preguntó nada de eso, ella no tuvo hijos.

Se recaudó el testimonio de *Beatriz Arce Hernández* quien en síntesis indicó que es la prima de la causante, que el 29 de abril de 2003 le celebró el cumpleaños a Myriam, la hermana de Ovidio es amiga de ella y fue quien lo invitó a la fiesta, luego hicieron una amistad y después surgió un amor entre ellos, explicó que Olga Lucia y Myriam, madre e hija, vivían en el barrio Maracaibo y en junio Ovidio y su prima se fueron a vivir juntos, Ovidio le cayó bien a su tía porque ella era muy renuente con la hija porque ya habían pasado un episodio en su matrimonio y no quería que le hicieran daño, ellos vivieron con la suegra hasta el 11 de febrero de 2011 cuando aquella falleció, luego les dijo que se fueran para su casa que es en el barrio San Antonio, Ovidio era vendedor y le ayudaba a su prima con el sustento porque a Myriam no le alcanzaba con el sueldo que era el mínimo, ella tenía muchos gastos de transporte, ellos pagaban la alimentación y la habitación, la pareja compartía lecho y techo, Ovidio jamás se ausentó, él siempre le colaboró, los últimos meses fueron muy difícil para ella, agregó que Ovidio la acompañaba a ella, para llevar a su prima al médico porque era muy pesada, la pareja tuvo una convivencia permanente, finalmente, agregó que mientras su prima estuvo en la clínica la cuidaron Ovidio y ella, además, la pensionada siempre le dijo que quería dejarle la pensión a aquel porque le había tomado mucho cariño y amor.

Cabe anotar que dicho testimonio ratifica la declaración extra juicio que la deponente rindiera en el año 2017. (f.º 23 cuaderno juzgado 23 Laboral).

También se aportaron las declaraciones extra juicio que rindieron los señores Argemiro Lozano García, Viviana Valencia Andrade, Alfonso Vlez Mejía y Luz Myriam Bartolo, quienes al unísono dan cuenta de la convivencia de la pareja por espacio de 11 años, señalando además que el

señor Ovidio Campos fue la persona que acompañó y cuidó a la pensionada durante toda su enfermedad. (f.º 21-22 y 23).

De lo expuesto en precedencia, la Sala concluye que el señor OVIDIO CAMPOS en su calidad de compañero permanente demostró el requisito de convivencia establecido en literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en la medida que con la prueba testimonial y las pruebas documentales quedó acreditado la pareja convivió por lo menos desde el año 2003 y hasta la fecha del óbito de la pensionada en el año 2013, por manera que se confirmará la decisión primigenia.

Ahora bien, procede la Sala a revisar si el señor SAÚL SÁNCHEZ QUINTERO en su condición de cónyuge supérstite tiene derecho a que le sea reconocida la pensión de sobrevivientes.

Sobre el particular, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, morigeró su criterio en punto del cónyuge al sostener que mientras estén separados de hecho, a éste le correspondió demostrar que hizo vida en común con el (la) causante durante por lo menos 5 años en cualquier tiempo (sentencia 48729 del 12 de agosto de 2014).

No obstante, lo anterior, y aun cuando el cónyuge separado de hecho, puede acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, también lo es, que debe acreditar *“que para el momento de la muerte del causante existía algún tipo de vínculo afectivo, de comunicación, solidaridad y ayuda mutua con éste, que permitiera considerar que los lazos familiares siguieron vigentes”* (SL12886-2017, Radicación n.º 52758 del 23 de agosto de 2017).

Descendido al caso de autos, tenemos que la instrumental de folio 8 del cuaderno del juzgado 15 Laboral informa que el demandante contrajo nupcias con la causante el 19 de enero de 1980, sin que se haya efectuado separación de cuerpos, ni liquidación de la sociedad conyugal o se haya efectuado la cesación de los efectos matrimoniales, lo que permite colegir que la pareja mantuvo su vínculo matrimonial desde esa calenda hasta el 2 de octubre de 2013 data en la que falleció la pensionada.

Se recibió el interrogatorio al señor *Raúl Sánchez Quintero* quien en síntesis refirió que contrajo matrimonio con la señora Myriam Arce el 19 de enero de 1980 y además hizo vida con ella hasta el año 1993, narró que su esposa era hipertensa, que él tenía problemas con la mamá de ella; que en el año 1983 Myriam se enfermó, la llevaron al hospital tenía paralizado medio cuerpo, luego le hicieron una cirugía y estuvo cuidándola como un mes, la bañaba, la vestía, le daba la comida, explicó que luego que su esposa

enfermó su suegra apareció nuevamente y ellas le dijeron que podía buscar trabajo, por eso se fue para Cali y sacó la licencia y consiguió trabajo en expreso Palmira, en esa empresa por cada 30 días laborados le daban 2 días para ir a la casa, explicó que Myriam quedó viviendo con la mamá y su ida a la casa era cada mes, y cuando no podía le mandaba plata a ella, agregó que cuando la mamá volvió a la casa le sacaron la ropa y como ya no tenía espacio en esa casa, iba de entrada por salida, eso ocurrió hasta el año 2007, pero le seguía mandando plata, agregó que Miriam era una mujer muy respetuosa y muy seria, ella nunca le mencionó nada en cuanto a que podía tener un amigo, además estaba enferma tenía bordón para caminar; señaló que tiene 3 hijos con Liliana Villamizar Giraldo, la mayor nació en el año 1990 y la menor en el año 1995; informó que la señora Myriam falleció en la ciudad de Tuluá, él no se dio cuenta, nadie le avisó, el no supo que ella tuviera otra pareja porque era una mujer muy seria y muy enferma.

La señora *Beatriz Arce Hernández* sobre el particular indicó que Myriam se casó con el señor Saúl, no fue al matrimonio, en ese entonces ellos residían en el barrio Salesiano donde una señora Viole, ella trabajaba en el corregimiento Santa Isabel, ahí tuvo un embarazo complicado y perdió a su bebe, luego tuvo otro embarazo que tampoco llegó a término porque tenía una presión muy alta, para ese entonces el señor Saúl trabajaba en los buses de Trastovar, esa convivencia no duró 5 años porque su tía siempre trató de cuidar a Miryam porque era su única hija, su tía le contó que Saúl tenía otra pareja, a ella le consta que Myriam se casó enamorada de él, también el consta que ella sufrió mucho por el abandono de su esposo, ellos perdieron 3 bebes, informó que cuando Miryam estaba en una caseta le dio una trombosis, tendría como 40 años y las amigas de su prima llamaron a Saúl y él llegó con la funeraria, eso le dolió mucho a Myriam, luego de eso a ella la tuvieron en la Rey David, estuvo muy mal, Saúl estuvo lidiándola como un mes, se turnaba con su tía, luego sacó unas cosas de la casa y solo se supo de él cuando ya estaba mejor, que fue cuando la visitó y le llevó un hijo de 4 años, eso fue como al año de la trombosis, Saúl ya tenía otra pareja, luego su prima tuvo que ser internada en el hospital psiquiátrico y su tía le pidió ayuda a la familia de él, pero Saúl solo fue a ofrecerse para los gastos funerarios, pero en ningún momento se apersonó de ella, no le hizo ni una sola llamada, eso fue más o menos como en el año 1995; agregó que Ovidio fue el que le ayudó a hacer todo lo de las exequias de su prima, a Saúl no lo vio por allá, sabe que después de que ellos se separaron Saúl no le volvió a ayudar a ella, pasaron por situaciones precarias; agregó que mientras su prima estuvo en la clínica la cuidaron Ovidio y ella, además, su prima siempre le dijo que quería dejarle la pensión a aquel porque le había tomado mucho cariño y amor.

También se cuenta con la declaración extra juicio que realizara la deponente en el año 2017, en la que precisó que la pareja convivió por espacio de 4 años, que el señor Saúl Sánchez abandonó a su esposa en la Clínica Rey David de Cali cuando esta sufrió una trombosis, luego de lo cual no quiso volver a saber nada de ella, al punto que no asistió a sus exequias.

En este punto cobra relevancia la declaración que la pensionada hiciera en el año 2002 ante Cajanal en la que señaló: (...) *me permito solicitarles en forma muy comedida que al momento en que se tenga que definir sobre la SUSTITUCION DE MI PENSION se haga a mi señora madre OLGA LUCIA ARCE DOMINGUEZ identificada con la Cédula de ciudadanía No. 29.862.968 expedida ya que es la persona quien me ha cuidado desde que el día cuatro de marzo de 1985 sufrí una TROMBOSIS y quedé totalmente limitada.*

Tal claridad la hago porque soy casada con el señor SAUL SANCHEZ QUINTERO, pero SEPARADA DE HECHO porque dicho señor en el momento en que vió (sic) enferma me abandonó, no tuvimos hijos por lo tanto no lo considero persona digna de sustituir mi pensión. (...)

Adicionalmente, queda en evidencia que el señor Saúl Sánchez Quintero faltó a la verdad cuando solicitó ante el UGPP el reconocimiento de la pensión de vejez en tanto aseguró que *“Que fue casado por los ritos católicos con régimen ganancial desde el 19 de enero de 1980 fueron 33 de convivencia permanente viviendo bajo el mismo techo y lecho, hasta la fecha del fallecimiento que fue el día de octubre de 2013”*, tal y como se observa en la resolución RDP 010916 del 2 de abril de 2014, en tanto que en este proceso el demandante en su interrogatorio de parte confesó que su convivencia se extendió hasta el año 1993.

Así las cosas y de lo relacionado en precedencia se puede establecer que el demandante si bien acreditó la calidad de cónyuge supérstite de la señora MYRIAM ARCE no se tiene certeza sobre la convivencia por los cinco años en cualquier tiempo que señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que se considera que la misma transcurrió entre el 19 de enero de 1980 hasta el año 1983 en que el actor en el interrogatorio señala que a la cónyuge tuvo una parálisis en ese año y vivió un mes con ella, lo que se corrobora con el testimonio rendido por la señora *Beatriz Arce Hernández*; aunado a lo anterior no logró demostrar en el curso del proceso las obligaciones generadas por el vínculo jurídico del matrimonio; en los términos del artículo 176 del Código Civil, esto es, el cumplimiento de las obligaciones a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida entre la cónyuge y el causante, tal y como dispone la jurisprudencia citada en esta sentencia.

Ello es así, en cuanto quedó acreditado que una vez la pensionada inició con sus quebrantos de salud, los lazos familiares, así como el vínculo afectivo desaparecieron de manera definitiva, al punto que el demandante no estuvo presente durante el proceso de la enfermedad de su cónyuge, ni en los momentos en que Myriam Arce más lo necesitó, así como tampoco tuvo noticia de su deceso, a tal punto que la pensionada dejó sentado que “ no lo considero *persona digna de sustituir mi pensión*”.

Con todo, vale la pena aclarar, que la pensión tiene como objeto suplir las necesidades del núcleo familiar, sin que en este caso se logre advertir como el deceso de la señora Arce hubiese afectado las condiciones socio económicas del actor.

En ese orden de ideas, se considera que la decisión de primera instancia debe revocarse, en razón a que el señor Saúl Sánchez Quintero no se acreditó los requisitos exigidos por la jurisprudencia para acceder a la pensión de sobrevivientes y así se dispondrá en la parte resolutive de esta decisión.

De lo anterior, se concluye que la decisión de primera instancia deberá ser modificada en la medida que conforme al artículo 48 de la Ley 100 de 1993, el monto mensual de la pensión de sobrevivientes por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquél disfrutaba, por lo que se condenará a la UGPP a pagar al señor OVIDIO CAMPOS el 100% del valor que venía siendo reconocido como pensión a la señora MYRIAM ARCE.

En otro giro, respecto del *fenómeno prescriptivo* se acredita lo siguiente: i) la señora Arce falleció el 2 de octubre de 2013; ii) según da cuenta la resolución RDP 009723 del 13 de marzo de 2017, el señor Ovidio se presentó a reclamar la pensión el 26 de diciembre de 2016, dicho acto administrativo le negó la prestación, iii) contra esa decisión el promotor presentó los recursos pertinentes, iv) el de reposición se resolvió con la resolución RDP 017199 del 26 de abril de 2017, mediante el cual se dejó en suspenso el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de la señora ARCE MYRIAM, al señor OVIDIO CAMPOS, en su calidad de compañero permanente, ordenando además la suspensión inmediata de la nómina de pensionados de la Resolución No. RDP 010916 del 02 de abril de 2014, mediante la cual se le reconoció una pensión de sobrevivientes al señor SAUL SANCHEZ QUINTERO y, finalmente, v) la demanda se radicó el 8 de junio de 2017.

Así las cosas, se determina que el fenómeno prescriptivo se configuró parcialmente en el caso de marras, respecto de las mesadas pensionales

causadas entre el 2 de octubre de 2013 y el 26 de diciembre 2013, como lo coligió el A-Quo.

En esa medida, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto a que el señor OVIDIO CAMPOS tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y se revocará la misma respecto al señor SAUL SANCHEZ QUINTERO, quien no acreditó los requisitos para hacerse merecedor de la prestación, se modificará respecto del monto de la pensión y se confirmará la orden a cargo del demandante de la devolución de lo recibido.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá el cual quedará así: **PRIMERO: CONDENAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL** a pagar a favor del señor **OVIDIO CAMPOS**, la pensión de sobreviviente que dejó causada la señora **MYRIAM ARCE** en un porcentaje del 100%. Este porcentaje se reconocerá desde el 2 de octubre del año 2013 y **ABSOLVER** a la demandada de las súplicas elevadas por el señor **SAUL SANCHEZ QUINTERO**, por las razones expuestas:

SEGUNDO: CONFIRMAR parcialmente el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, respecto a la orden de devolución al demandante del dinero recibido desde el 2 de octubre de 2013 hasta el momento en que se suspendió el pago, por las razones expuestas.

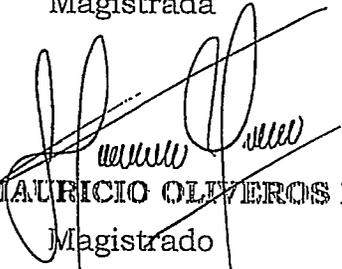
TERCERO MODIFICAR parcialmente el numeral **SEGUNDO** respecto de la autorización a la UGPP, el cual quedará así: **SEGUNDO: AUTORIZAR** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL** para que inicie las acciones pertinentes con miras a obtener el reintegro de las mesadas reconocidas y pagadas al señor **SAUL SANCHEZ QUINTERO**, por no tener derecho a la prestación de sobrevivientes, por las razones expuestas.

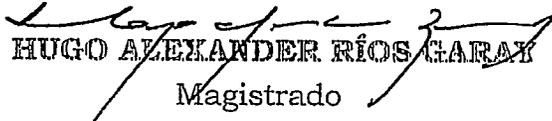
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en la presente instancia

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

00745 13DEC'21 PM 3:33

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ANA CECILIA LOPEZ FONSECA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00384 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS contra la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, por el Juzgado diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad hacia COLFONDOS al no haberle proporcionado una información completa y comprensiva acerca de su traslado, omitiendo información sobre los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de vincularse a COLFONDOS incumpliendo con su deber de buen consejo, que debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrada por COLPENSIONES, en consecuencia, se condene a COLFONDOS al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES y a esta entidad a recibir dichos aportes y a registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad desde el 1 de febrero de 1996, se condene al pago de costas y agencias en derecho.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque la demandante no prueba vicios del consentimiento, no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para retornar al régimen de ahorro individual.

Presentó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada e innominada o genérica. (fl. 57-65)

COLFONDOS: presentó escrito de allanamiento a las pretensiones. (fl. 71)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 10 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS realizado el 10 de enero de 2002, declaró válidamente vinculada a la demandante al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES desde el 1 de febrero de 1996 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, absolvió de las demás pretensiones, y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACION

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente:

COLFONDOS: de manera parcial respecto de la condena sobre devolución de los gastos de administración porque esos descuentos se realizaron por obligación legal, se genera un enriquecimiento ilícito a favor de la demandante y COLPENSIONES.

Colpensiones no procede la ineficacia porque para la fecha de traslado la voluntad se expresaba con el formulario y el mismo se allegó prueba al expediente. La entidad no intervino en el proceso de traslado y, en consecuencia, la decisión no debería afectar a COLPENSIONES porque se debe tener en cuenta el principio de relatividad jurídica. La demandante ha

permanecido en el RAIS por más de 19 años y retornar al régimen de prima media afecta el principio de sostenibilidad financiera porque se encuentra incurso en la prohibición consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. En caso de confirmar la decisión se debe mantener la condena a la AFP de devolver los aportes y demás y la orden de actualización de semanas se debe realizar después de la entrega de los dineros.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, si se debe ordenar el traslado al régimen de prima media. Aunado a ello si procede la condena por concepto de gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 13, copia de la cédula de ciudadanía, nació el 17 de noviembre de 1951.
- A folio 14-20, resumen de semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- A folio 21-24, reporte estado de cuenta COLFONDOS.
- A folio 66, expediente administrativo.
- A folios 108-112, respuesta a derechos de petición y formulario de afiliación.
- Interrogatorios de parte expuestos por el representante legal de COLFONDOS y la demandante.

Caso Concreto

En este asunto los apoderados de COLPENSIONES y COLFONDOS presentaron recurso de apelación, COLPENSIONES indicando que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual es válido, la decisión afecta la sostenibilidad financiera, se debe aplicar el principio de la relatividad jurídica y COLFONDOS que no procede la devolución por los gastos de administración.

Aunado a ello, en el presente caso, la Sala surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en lo relacionado a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante a la edad de 50 años se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual cuando contaba con 442 semanas cotizadas al sistema tal como se deduce de la certificación de tiempo de servicios expedida por el empleador, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez a la entrada en vigencia del sistema pensional.

Conforme a lo anterior, se podría concluir que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que COLFONDOS rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, no obstante, si se puede señalar que cuando el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 establecía unas edades mínimas para permitir el traslado entre los regímenes de pensiones tenía como objetivo preservar para los afiliados las condiciones que tenían en ese momento porque se encontraban próximos a adquirir el derecho a la pensión, situación que se observa en el presente caso en que la demandante, que si bien no contaba con 50 años al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, si contaba con dicha edad al momento de traslado de régimen pensional.

Igualmente, se observa en el escrito introductorio que la nulidad del traslado se solicita con sustento en que la actora en el momento de la afiliación no se le brindó información suficiente respecto del régimen, circunstancia que no desvirtuó COLFONDOS al punto que presentó escrito de allanamiento a las pretensiones con la aceptación de los hechos de la demanda.

En el presente caso, argumenta el apoderado de COLPENSIONES en el recurso de apelación que la decisión vulnera los principios de sostenibilidad financiera y de relatividad jurídica.

Pues bien para resolver sobre dichos argumentos se encuentra que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el traslado de régimen ad portas del cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, como lo indica en la sentencia C-1024 de 2004 cuando analizó la exequibilidad del artículo 2º. de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993: *“el derecho a la libre elección entre los distintos regímenes pensionales previstos en la ley, no constituye un derecho absoluto, por el contrario, admite el señalamiento de algunas excepciones...”*, En la

Sentencia C-401/16, cuando consideró que: “... los sistemas pensionales de RAIS y de RPM no son asimilables”, y Y en la sentencia C-083/19, cuando señaló que “el Estado optó por dos técnicas excluyentes la de reparto y la de capitalización”, por lo que esos argumentos serían suficientes para revocar la sentencia de primera instancia,.

No obstante lo anterior, en el presente caso no se puede desconocer que los aportes consignados por el empleador relacionados con las cotizaciones, se encuentran a disposición de COLPENSIONES desde el año 2009, primero por la devolución realizada por COLFONDOS por el traslado realizado por la demandante a COLPENSIONES en el año 2008, segundo por las devoluciones por considerar que eran cotizaciones erróneas, y tercero porque el empleador a partir del año 2012 ha consignado dichos aportes a favor de COLPENSIONES, lo cual se deduce del resumen de semanas expedido por COLPENSIONES (pag. 379 exp. Activo) y de la certificación expedida por el empleador sobre las entidades a las que efectuó las cotizaciones.

En ese orden de ideas, no se podría ver afectado el principio de sostenibilidad financiera por cuanto los aportes han sido administrados por la entidad desde esa data, al punto que cuando la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión, la misma se negó con sustento en que no cumplía el número mínimo de semanas exigidas por la norma y no porque la entidad no fuera la competente para el reconocimiento de la pensión.

En relación con la afectación del principio de la relatividad jurídica porque los actos jurídicos afectan a las partes y no a terceros, indicando que COLPENSIONES sería un tercero, es de anotar que en el presente caso no se puede desconocer que los aportes de la actora fueron consignados al ISS por el empleador a partir del 1 de enero de 1995 (pag. 51 exp. Activo), posteriormente, por el traslado realizado por la actora a COLPENSIONES en el año 2009, recibió los aportes no solo a partir de esa anualidad sino los recibidos por COLFONDOS desde el año 2002, de tal manera que la actuación de COLPENSIONES no ha sido ajena a la relación legal que se discute en el presente caso, en la medida en que no ejecutó las acciones correspondientes para la devolución de los aportes al fondo de pensiones al que consideraba competente para administrar los recursos pensionales de la demandante de conformidad con el artículo 5 del decreto 3995 de 2008.

En ese orden de ideas, los argumentos del recurso no están llamados a prosperar, aunado a que el único periodo en que la demandante cotizó a COLFONDOS fue el comprendido entre enero de 2002 a marzo de 2012, con la aclaración que los aportes consignados a partir de julio de 2009 fueron

devueltos porque se consideraron erróneos y fueron recibidos por COLPENSIONES.

En relación con los argumentos del recurso de apelación de COLFONDOS a fin de que se revoque la condena por los gastos de administración, es de anotar que en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

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

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

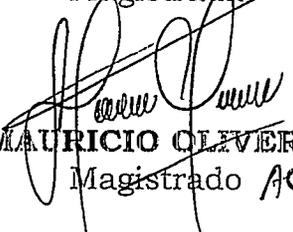
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

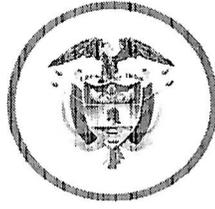
SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado **ACLARO VOTO**


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO



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

TSB SECRET S.LABORAL
00746 13DEC'21 PM 3:33

146
147
E O

ACLARACIÓN DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

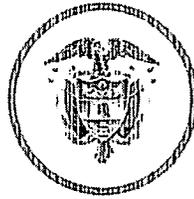
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2019 00384 01
DEMANDANTE: ANA CECILIA LÓPEZ FONSECA.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito aclarar el voto para señalar que este caso debía abordarse el estudio de la falta del deber de información en el cambio de régimen pensional, que es lo que discute en este proceso. En tal virtud, debió aplicarse las reglas vertidas por la jurisprudencia sobre la ineficacia del traslado el cual he acogido en su integridad conforme a las decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020, entre otras.

En estos términos aclaro el voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO VARGAS CAMPOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00093 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se condene a COLPENSIONES a re liquidar la pensión de vejez a partir del 11 de septiembre de 1998, calculando correctamente el ingreso base de liquidación y aplicando la tasa de reemplazo que corresponde a la densidad de semanas cotizadas; al pago del retroactivo adeudado, el incremento pensional por cónyuge a cargo, los intereses moratorios, la indexación, las costas y agencias en derecho y lo ultra y extra petita. (f.º 6-4 archivo 001).

Como sustento de sus pretensiones, señaló que nació el 4 de noviembre de 1937, por lo que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición; agregó que el 10 de febrero de 1999 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que le fue reconocida por medio de la resolución n.º 008274 del

28 de abril de 1999 a partir del 11 de septiembre de 1998, en cuantía inicial del \$203.826, que para su liquidación la encartada tuvo en cuenta 1008 semanas y un ingreso base de \$245.300; señaló que el 20 de marzo de 1965 contrajo matrimonio con la señora Justa Myriam Morales León con quien vive desde esa fecha y quien depende económicamente de él; informó que el 19 de noviembre de 2018 presentó revocatoria directa, misma que fue desatada con la resolución n.º 324482 del 17 de diciembre de 2018, a través de la cual se re liquida la pensión de manera deficitaria y niega el incremento pensional. (fº 7-8 archivo 001)

La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones - se opuso a las pretensiones al considerar que al demandante no le asiste derecho a lo pretendido teniendo en cuenta que ya se reconoció la re liquidación pretendida a través de la resolución n.º 32448 del 17 de diciembre de 2018, aplicando el fenómeno prescriptivo.

Tampoco le asiste derecho al reconocimiento del incremento del 14% por encontrarse inmerso en el fenómeno prescriptivo.

Propuso como excepciones de fondo: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fº 47-50 archivo 001).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2º) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 23 de agosto de 2021, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En la medida que la decisión de primer grado fue adversa al demandante sin haberse presentado apelación, esta Sala de decisión desatará el grado jurisdiccional de consulta conforme a lo estatuido en el artículo 69 del CPTYSS, modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 14.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar a reconocer la reliquidación de la prestación, al igual que el incremento pensional por cónyuge a cargo.

Elementos de prueba relevantes

Archivo 001

- A folio 18, copia de la cédula de ciudadanía del actor que da cuenta que nació el 4 de noviembre de 1937.
- A folio 20, registro civil de matrimonio.
- A folio 22, resolución n.º 008274 del 28 de abril de 1999.
- A folio 25-23, resolución SUB 324482 del 17 de diciembre de 2018.
- A folio 34-35, certificación expedida por la Eps Sanitas.

Archivo 006

- Historia laboral que informa que el actor cotizó un total de 1.006.14 semanas.

Testimonio de Omaira Carvajal Niño y Claudia Castro Gamba.

Caso concreto:

Al aplicar los artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la postura que aquí se acoge, es aquella que enseña que el régimen de transición garantiza a quienes se benefician de él, lo concerniente a la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas para acceder al derecho, y el monto de la prestación en lo que toca con la tasa de reemplazo; pero no lo referente al Ingreso Base de Liquidación que se rige por lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, respecto de las personas a quienes les faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, o el contemplado en el artículo 36 *Ibidem* cuando faltaren menos de 10 años.

En el presente caso no existe discusión en cuanto a que el demandante es pensionado, beneficiario del régimen de transición, a quien se le reconoció la pensión con sustento en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, teniendo en cuenta 1.008 semanas y un IBL de \$245.300, lo que arrojó una primera mesada para septiembre de 1998 de \$203.826. (f.º 18 archivo 001).

Dicha prestación fue re liquidada mediante resolución SUB 324482 del 17 de diciembre de 2018, a partir del 19 de noviembre de 2015, en cuantía de \$1.225.805. (f.º 25-31 archivo 001).

En esa dirección y teniendo en cuenta que al demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, le faltaban menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado, (f.º 18 archivo 001) el cálculo del ingreso base de liquidación es el previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral entre otras en las sentencias 44.238, 53037 y 54519.

La norma en mención prevé la posibilidad de establecer el ingreso base de liquidación sobre los ingresos devengados en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior. (radicación 41016 del 9 de septiembre de 2015).

Es de anotar, que al demandante le hacían menos de diez años para adquirir el derecho, entonces el IBL bien pudo calcularse con base en el promedio de lo devengado o de las cotizaciones efectuadas en el tiempo que le hacía falta, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los lineamientos jurisprudenciales ya señalados.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se encuentra que la decisión adoptada por el A-quo deberá ser confirmada, en primer lugar, porque al demandante no les más beneficioso que su pensión sea liquidada con el promedio de lo que le faltaba, sino con todo lo devengado en toda su vida, y en segundo lugar porque calculada la prestación bajo esta posibilidad, tampoco se encuentra una diferencia sustancial entre lo determinado por Colpensiones y la obtenida por esta Corporación, de manera que se confirmará la decisión de instancia.

En otro giro, respecto de los *incrementos pensionales* por cónyuge a cargo, tenemos que en el presente caso no hay discusión sobre la calidad de pensionada del demandante y la aplicación del régimen de transición regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el conflicto se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento del incremento pensional consagrado en los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Respecto de los incrementos pensionales, la Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019 señaló que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993,

e, igualmente, que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez. Tesis que ha sido aceptada y aplicada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias STL 11922-2020, STL 1187-2021, STL 6196-2021 y SL 2061-2021, radicación 84054.

Es de recordar que la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que en principio, tiene carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República y desde ese punto de vista se acoge, el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

En ese orden de ideas, al considerarse *primero*, que los incrementos pensionales fueron derogados conforme a lo ya expuesto, *segundo*, que el derecho pensional se causó con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, conforme se desprende del contenido de la Resolución 8274 de 1999 y *tercero* que la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 lo fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, porque el demandante cumplió los requisitos en vigencia de la Ley 100 de 1993, es dable concluir que al demandante no le asiste el derecho invocado y, por esa razón, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

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

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

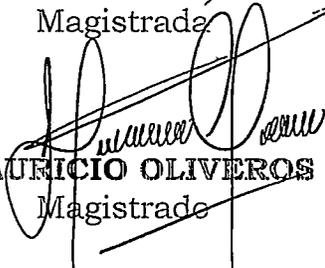
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

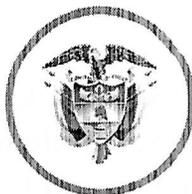
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



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

TSB SECRET S. LABORAL
00739 13DEC*21 PM 3:30 (C)

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: LINA SALAMANCA ROSAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS.

RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2020 00123 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes, y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad Colfondos, se efectúe el traslado de la totalidad de los aportes del fondo privado Colfondos a COLPENSIONES, se efectúe la afiliación al régimen de prima media Colpensiones, se reconozca la pensión de vejez y retroactivo pensional, se ordene el pago de las costas y agencias en derecho, se ordene el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y se indexen los valores reconocidos.

COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones porque se proyecta la acción con el fin de tener beneficios económicos, porque el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es un deber del afiliado estar pendiente de su estatus pensional, y existe prohibición legal para efectuar traslado entre regímenes cuando al afiliado le faltare diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Presentó las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe.

Mediante auto de 5 de mayo de 2021, se dio por no contestada la demanda por COLFONDOS.

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de 18 de agosto de 2021, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTÍAS con efectividad a partir del 1 de enero de 1995. Declaró válidamente vinculada la demandante a COLPENSIONES. Condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora, esto es, de 1 de enero de 1995 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los gastos de administración deben ser cubiertos debidamente indexados y con recursos propios del patrimonio de la administradora. Ordenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualizar la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. Condeno en costas a COLFONDOS y fijó agencias en derecho, en cuantía de \$3.488.000=.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Dado que se emitió sentencia contra COLPENSIONES se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta, en virtud del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- Resumen semanas cotizadas a COLPENSIONES.
- Resumen historia laboral COLFONDOS.
- Copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nació el 30 de noviembre de 1964.
- Solicitud revocatoria directa a COLFONDOS y COLPENSIONES
- Expediente administrativo.

Caso Concreto

En este asunto se surtirá el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada COLPENSIONES en virtud del artículo 69 del CPTySS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, en lo relacionado a la declaratoria de ineficacia del traslado.

Para definir la instancia, lo primero que se evidencia es que la demandante afirma que se trasladó de régimen de pensiones con efectividad a partir del 1 de enero de 1995, fecha para la cual contaba con la edad de 30 años cuando contaba con 98,86 semanas cotizadas al sistema tal como se deduce del resumen de semanas expedida por COLPENSIONES, no se encontraba incurso en alguna causal de prohibición para realizar el traslado de régimen de pensiones contemplada en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 ya que no contaba con 50 años de edad ni acredita que gozara de una pensión de invalidez.

Conforme a lo anterior, se podría concluir que el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual cumplió con los presupuestos legales que regulaban el tema en la fecha en que ocurrió y no existía razón alguna que diera lugar para que COLFONDOS rechazara la vinculación a dicho régimen de conformidad con los artículos 112 de la Ley 100 de 1993 y 5 del Decreto 692 de 1994, de no ser porque en el presente caso ni siquiera se demuestra el formulario de afiliación, documento con el que se demuestra la vinculación del afiliado a la respectiva administradora de fondo de pensiones.

Ahora si bien se observa en el presente caso que por la demandante se realizaron aportes a COLFONDOS a partir del 1 de enero de 1995, es de anotar que al estudiarse los reportes de semanas de COLPENSIONES e historia laboral de COLFONDOS, que por la demandante los empleadores realizaron aportes a COLPENSIONES los cuales fueron devueltos a COLFONDOS por la vinculación a esta entidad; no obstante, dado que desde 2003 se encuentra que esa situación fue recurrente, esto es, la consignación de los aportes al Instituto Seguros Sociales hoy Colpensiones y el traslado de los mismos a COLFONDOS sin que se advierta la aplicación de los decretos 3800 de 2003 y 3995 de 2008 que se refieren a esas situaciones de vinculación y cotizaciones a diversas administradoras de fondos de pensiones, por parte del Instituto de Seguros Sociales y COLFONDOS en los momentos de expedición

de los decretos, aunado a que cuando se realizaron las consignaciones de los aportes a COLPENSIONES a partir del año 2003 ya se habían superado los términos de permanencia mínima en cada régimen lo que le permitía a la actora trasladarse de régimen pensional.

En ese orden de ideas, se considera que dada la situación particular de la actora en la que no se acredita el formulario de vinculación a COLFONDOS (artículo 11 del Decreto 692 de 1994), que los aportes a partir del año 2003 fueron consignados a ordenes del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES por parte de sus empleadores sin que existiera la limitación temporal para su traslado al régimen de prima media que administra esta entidad y las entidades involucradas no acreditan que le hubieren informado tal situación antes del año 2014, (artículos 2 del Decreto 3800 de 2003 y 5 del decreto 3995 de 2008) para que la actora definiera la selección de la administradora, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS: No se impondrán en esta instancia porque se surtió el grado jurisdiccional de consulta.

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

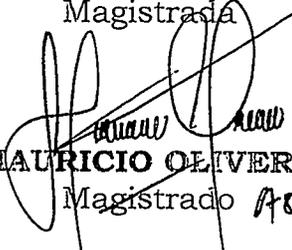
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en la presente instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
ACLARO VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO



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

00740 13DEC*21 PM 3:31

00740 13DEC*21 PM 3:31

83
166

ACLARACIÓN DE VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Ponente

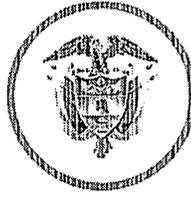
REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2020 00123 01
DEMANDANTE: LINA SALAMANCA ROSAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y CONFONDOS S.A.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito aclarar el voto para señalar que este caso debía abordarse el estudio de la falta del deber de información en el cambio de régimen pensional, que es lo que discute en este proceso. En tal virtud, debió aplicarse las reglas vertidas por la jurisprudencia sobre la ineficacia del traslado el cual he acogido en su integridad conforme a las decisiones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sintetizan en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL1452-2019; SL1421-2019; STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020, entre otras.

En estos términos aclaro el voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado





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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO AVELLA MENDOZA Y JAIRO HUBERTO NAVARRETE RODRÍGUEZ.

DEMANDADO: JOSÉ EULISES BEJARANO BEJARANO

RADICADO: 11001 31 05 036 2018 00294 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020 emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a decidir el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandado contra la sentencia proferida el 15 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El abogado Jairo Humberto Navarrete Rodríguez actuando en nombre propio y en representación del señor Manuel Antonio Avella Mendoza, instaura demanda ordinaria laboral solicitando se declare que entre ellos y el señor José Eulises Bejarano Bejarano existió un contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día 11 de febrero de 2011. Asimismo, solicita se declare que existió incumplimiento del contrato por parte del accionado, al no cancelar los honorarios pactados en la modalidad de cuota litis, correspondientes al 20% del valor de la hijuela asignada estipulada en el contrato y, en consecuencia, se condene al pago de \$198.950.000 por concepto de obligación pactada, ejecutada y no pagada, intereses moratorios, costas y agencias del proceso. (FL. 4)

Como sustento de sus pretensiones, señaló que las partes suscribieron un contrato de servicios profesionales el 11 de febrero de 2011, en el que el señor Manuel Antonio Avella Mendoza sería el abogado principal y Jairo Humberto Navarrete Rodríguez el sustituto, para adelantar dos acciones judiciales, la primera de ellas dirigida a declarar la existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes y la segunda para liquidar la sociedad patrimonial de dicha unión, momento en el cual el demandado abonó la suma de \$5.000.000 como anticipo. Señala que los mencionados procesos fueron adelantando ante el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá, despacho que declaró la existencia de la unión marital de hecho el 11 de abril de 2013 y que el 30 de mayo de 2017 aprobó el trabajo de partición y adjudicación de la sociedad patrimonial entre el encartado y la señora Isabel Rojas Melo. Menciona que el servicio se prestó de forma diligente, permanente y cuidadosa, al punto que las dos sentencias fueron favorables para su cliente, recibiendo una hijuela valorada por el juez de conocimiento en la suma de \$1.019.750.000. Sin embargo, el accionado incumplió con lo pactado al no cancelar la cuota litis pactada del 20% de la hijuela asignada en la liquidación de la sociedad patrimonial. (Fl. 3 y 4)

JOSÉ EULISES BEJARANO BEJARANO, a través de apoderado judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el contrato celebrado con el abogado Jairo Humberto Navarrete Rodríguez fue verbal y rigió a partir del 13 de febrero de 2013, momento en el que le otorgó poder para iniciar el proceso liquidatorio y en el que no se pactaron honorarios del 20%, pues aunque acepta haber suscrito el contrato del 11 de febrero de 2011, señala que este nunca se ejecutó, porque no existían las condiciones jurídicas para la iniciación del proceso de las características que daba cuenta tal contrato, ya que convivió con su excompañera permanente hasta el 16 de febrero de 2012. Menciona, además, que en el acuerdo verbal se fijó la suma de \$5.000.000 en un solo abono inicial, dinero que efectivamente fue pagado.

Presentó las excepciones de fondo que denominó: “Inexistencia de la obligación del pago de honorarios derivado del contrato de fecha 11 de febrero de 2011” e “Incumplimiento en los deberes profesionales y desproporción en la solicitud de honorarios por parte del abogado”. (FL.413-415)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de julio de 2021, declaró la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales de abogado entre las partes; condenó al demandado a pagar la suma de \$198.950.000 por concepto de honorarios

profesionales, así como al pago de intereses moratorios equivalentes al 6% anual sobre la suma indicada, desde el 06 de junio de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación y costas por valor de \$10.000.000. (Archivo 03 interno de la carpeta 05 del expediente digital)

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente la parte demandada, indicando que el contrato celebrado entre las partes el 11 de febrero de 2011 resultaba inocuo y no podía ejecutarse, dado que el señor José Eulises Bejarano y su excompañera permanente Isabel Rojas convivieron del 25 de febrero del 95 hasta el 16 de febrero de 2012. Señaló que dentro de las pruebas arrojadas al proceso se encuentra un correo electrónico que recibió el demandado el 17 de marzo de 2015, mismo que contaba con unos anexos como son un poder y contrato de prestación de servicios profesionales, enviado desde el correo electrónico jairona@gmail.com perteneciente al demandante y que no fue desconocido o tachado de falso por este. Menciona que en este nuevo contrato los honorarios pactados correspondían al 10% sobre la hijuela asignada y no al 20% como hoy se reconoce.

Aduce además, que conceder honorarios por más de doscientos millones de pesos es desproporcionado, pues la gestión en línea de tiempo real es de 3 años y no de 6 como se ha mencionado, además, que se desconocen las tarifas máximas establecidas por el Colegio Nacional de Abogados, máxime cuando fue aportado dentro del expediente el dictamen pericial del perito Salomón Blanco, donde se tasó la tarifa por concepto de los dos procesos tramitados por el profesional del derecho en una suma igual a \$41.836.812. Indica que la intención del señor Bejarano Bejarano no ha sido la de desconocer los honorarios, pero sí de alegar la desproporción de los mismos, especialmente, cuando la gestión no culminó, pues la inscripción de las cuotas partes de la sociedad Transportes JEB requirió la contratación de otro profesional del derecho para corregir errores del proceso de partición.

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios reclamados.

CONSIDERACIONES.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 07, contrato de prestación de servicios profesionales

- A folio 08, poder de representación judicial.
- A folios 10 a 397, actuación judicial surtida ante el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá.
- A folios 418 a 420, correo electrónico del 17 de marzo de 2015.
- A folios 465 a 475, dictamen tasación de honorarios.

Caso Concreto

En este asunto pretenden los demandantes que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales con el demandado José Eulises Bejarano Bejarano; señalan que el objeto del contrato era la presentación de dos demandas ante la jurisdicción de familia: a) declaración de la unión marital de hecho y b) liquidación de la sociedad patrimonial de dicha unión; contrato que se firmó el 11 de febrero de 2011 y culminó el 30 de mayo de 2017 con la aprobación de la partición realizada por el Juzgado Séptimo de Familia de Bogotá. Sin embargo, el accionado no canceló la obligación acordada por honorarios en la modalidad cuota litis correspondiente al 20% sobre la hijuela que le fue asignada en el proceso liquidatorio.

El artículo 2 numeral 6° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorga la competencia a la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social para asumir el conocimiento de “Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.”

Por su parte, el artículo 61 de la misma codificación, le permite al operador judicial apreciar y formar su libre convencimiento respecto de los medios de prueba. En ese sentido, el art. 164 del C.G.P. indica que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y el art. 167 ibidem prescribe que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”

Al respecto, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuso:

“(…) Sabido es que en materia probatoria es principio universal el de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla. La vieja máxima: onus probandi incumbit actori, a través de todas las legislaciones de todos los lugares y de todas las épocas ha sido tenida como conforme con la razón y con los más elementales dictados de la justicia siendo la prueba el medio legal que sirve para demostrar la

verdad de los hechos que se alegan ante las autoridades judiciales, es preciso que la prueba se produzca para que la autoridad pueda calificarla.

La obligación de probar, dice Lessona, no está determinada por la cualidad del hecho que se ha de probar, sino por la condición jurídica que tiene en el juicio aquel que lo invoca. “No importa que la prueba pueda ser fácil para el demandado y difícil para el actor; si el hecho que se ha de probar constituye extremo de la acción debe probarlos el actor y no el demandado”.

El tratadista colombiano Álzate Noreña se expresa así: “El objeto de la prueba no son los derechos sino los hechos, a las partes le corresponde suministrar los datos de los hechos, y el Juez aplicará el derecho que resulte de conformidad con la norma jurídica. En consecuencia, al que pretende un derecho le basta que alegue y pruebe los hechos que lo producen, y como en la lucha jurídica toda acción, por lo general, produce una reacción si la parte demandada alega hechos que, en lugar a principios para la acción contraria, debe probarlos”. Es este evento el que da lugar a la máxima: “Reus excipiendo fit actor” (Sent. H.C.S. Cas. Mayo 31/47) (...).”

Descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que a folio 07 del plenario reposa el contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre los abogados demandantes y el demandado el 11 de febrero de 2011 y autenticado por el accionado el 04 de octubre del mismo año y del cual se puede extraer lo siguiente:

En la cláusula Primera se establece el objeto del contrato así: “(...) a) para que inicie y lleve hasta su terminación el Proceso ORDINARIO DE DECLARACIÓN DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES, EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA MISMA, en contra de la señora ISABEL ROJAS MELO (...)”. Asimismo, en la cláusula la segunda, denominada Honorarios se lee: “Los honorarios se pactan a cuota litis por un valor igual al veinte por ciento (20%) de la hijuela que le corresponda en la liquidación al momento de la partición debidamente aprobada por el Juzgado de conocimiento (...) PARÁGRAFO: (...) para el inicio del presente proceso el CONTRATANTE suministrará la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000).”

Se tiene entonces que, indudablemente las partes celebraron un contrato civil de prestación de servicios, en el cual se estipularon obligaciones recíprocas, lo cual es aceptado por el accionado al no desconocerlo, ni

tacharlo de falso. Tampoco existe duda sobre el porcentaje pactado por honorarios, pues este consta en la cláusula segunda del contrato.

Señala el recurrente que el contrato referido no podía haber sido ejecutado, en la medida en que no se configuraban, para entonces, las condiciones fácticas y jurídicas para adelantar el proceso de disolución de la unión marital y liquidación de la sociedad patrimonial, puesto que los compañeros permanentes convivieron hasta el 16 de febrero de 2012. Al respecto, vale la pena señalar que la celebración del contrato y su ejecución son conceptos distintos, pues mientras el primer término hace referencia al acuerdo de voluntades, el segundo se refiere a la realización del objeto del contrato. En este sentido, si bien es cierto el contrato fue suscrito por las partes el 11 de febrero de 2011 y autenticado por el demandado el 04 de octubre del mismo año, su ejecución inició con la presentación de la demanda de declaración de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes en el año 2012 (folio 30), lo cual no invalida o hace improcedente el acuerdo de voluntades de las partes (art. 1495 del Código Civil) llevado a cabo un año antes, pues dentro del contrato referido se estipuló una duración indefinida en la cláusula quinta. En consecuencia, tal como lo señala el art. 1602 del Código Civil “(...) Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Ahora, respecto del correo electrónico que reseña el recurrente recibió el demandado el 17 de marzo de 2015, es necesario decir que, aunque efectivamente se encuentra a folio 420 un documento denominado “Contrato de prestación de servicios con abogado” el mismo no se encuentra suscrito por las partes, pues carece de la firma de los contratantes, situación que le resta autenticidad al documento para inferir que las partes modificaron el monto de los honorarios a pagar; aunado a que dicho documento se refiere a la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y el que fue suscrito por las partes y al que se refiere el presente proceso se relaciona con la declaración de la existencia de la unión marital de hecho, existencia de la sociedad patrimonial, disolución y liquidación de la misma; procesos ellos adelantados por el apoderado ante la jurisdicción ordinaria.

En ese orden de ideas, del anterior material probatorio, se desprende que la relación existente entre las partes se deriva del contrato de prestación de servicios entre los abogados y el cliente, el cual supone la obligación recíproca de los abogados de realizar cuantos actos sean precisos para la adecuada defensa de los intereses de su cliente y de éste la de pagar los honorarios. Se acredita el cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte de los demandantes, pues, al expediente se allegó copia auténtica de toda la actuación judicial que fue surtida ante el Juzgado Séptimo de

Familia de Bogotá (folio 10 a 397), en la cual se encuentra desde la demanda y sus anexos (folios 11 a 29), las constancias de asistencia a las audiencias (folios 49, 50, 60 y 64), la presentación de alegatos de conclusión (folios 67 y 68), el auto mediante el cual se aprobó el trabajo de partición en el que aparece la hijuela correspondiente al Señor José Eulises Bejarano que se determinó en la suma de \$1.019.750.000 (folios 329 a 348) y el auto aprobatorio del 30 de mayo de 2017 (folio 356), entre otros. A contrario sensu, las obligaciones contractuales del accionado no se encuentran satisfechas dentro del proceso, pues tan solo se evidencia un pago por la suma de \$5.000.000 del 08 de febrero de 2012 (folio 9), e incluso él mismo acepta el incumplimiento en su interrogatorio de parte, cuando frente a la pregunta ¿Canceló los honorarios pactados por el contrato? Responde: “No los he cancelado”.

Ahora, respecto de la desproporción en la remuneración o beneficios obtenidos y el desconocimiento del dictamen pericial presentado por el accionado, que señaló los honorarios de los abogados basado en las tarifas establecidas por el Colegio Nacional de Abogados, cabe decir que, “Las tarifas fijadas por los colegios de abogados son criterios auxiliares que ayudan a verificar la proporcionalidad entre lo cobrado y el trabajo desempeñado, pero no son valores fijos e inamovibles, especialmente teniendo en cuenta que lo definido en el contrato civil es ley para las partes” (Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Sentencia 11001110200020110676101, ene. 22/15, M. P. Pedro Alonso Sanabria)

En consonancia con lo anterior, los acuerdos celebrados entre un abogado y su poderdante se sujetan a las reglas del contrato de mandato (artículo 2143 del Código Civil). En tales contratos, la remuneración se determina por acuerdo entre las partes, por ley o por lo señalado por el juez. Como se ha mencionado ya, en el caso sub examine los extremos de la litis fijaron como honorarios lo correspondiente al 20% de lo que fuera asignado al señor Bejarano Bejarano en la hijuela dentro del proceso de liquidación de la sociedad patrimonial, por lo que se deba atener a lo acordado por las partes, en virtud del postulado clásico del derecho civil *pacta sunt servanda*. Así lo ha señalado también la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos, entre ellos en la sentencia T-711224 de 2003, en la que señaló:

“Al respecto vale recordar que en el incidente de regulación de honorarios el juez debe considerar, ante todo, lo pactado en el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes, si éste existe. Y tal fue lo que aconteció en el asunto bajo revisión, pues las partes previamente a la iniciación del proceso habían celebrado un contrato de mandato en el cual pactaron como honorarios la suma

equivalente “al treinta por ciento (30%) del valor total del lote vinculado a esta gestión, o sea el Lote “E” de la Urbanización Panorama, según avalúo que se realice por la entidad correspondiente o el que el respectivo despacho judicial tenga como válido dentro del proceso.”

Asimismo, según la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, los parámetros para determinar la proporcionalidad de la retribución percibida por el jurista son el trabajo efectivamente desplegado, la complejidad del asunto, la cuantía de la pretensión, la capacidad económica del cliente y la voluntad contractual de las partes.

En el presente caso, el objeto del contrato se llevó a cabo en su totalidad, pues culminó con la aprobación del trabajo de partición dentro del proceso liquidatorio de la sociedad patrimonial. Se trató de dos procesos ordinarios adelantados por los profesionales ante la jurisdicción de familia: i) la declaración de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes y ii) la posterior declaración y liquidación de la sociedad patrimonial, que conllevó más de 3 años de trabajo; en cuanto a la cuantía de la pretensión, es necesario resaltar que la actuación conllevó al resultado pretendido, al punto que el demandante fue adjudicatario de los bienes de la hijuela cercanos a los mil veinte millones de pesos (\$1.020.000.000). Por último, se acredita la voluntad contractual de las partes, con la firma del contrato el 11 de febrero de 2011 y la posterior autenticación del documento que hace el señor José Eulises Bejarano Bejarano el 04 de octubre de 2011 ante la Notaría 55 del círculo de Bogotá.

En conclusión, conforme a los principios generales del derecho probatorio, el demandado incumplió con su obligación de cancelar los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios profesionales a los demandantes y, en consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

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

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

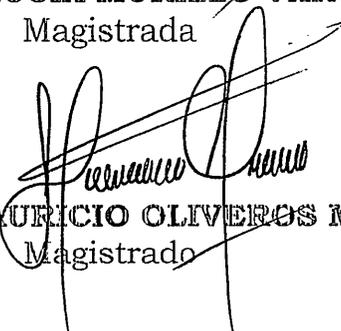
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

