

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE ANIBAL RODRIGUEZ HERNANDEZ VS
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS Y PORVENIR SA Y LLAMADA EN GARANTÍA BBVA
SEGUROS DE VIDA RAD 18-2018-131-01**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PORVENIR SA contra el auto proferido por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020), en cuya virtud declaró impróspera la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario.

HECHOS

El señor ANIBAL RODRIGUEZ HERNANDEZ instauró demanda en contra de PORVENIR S.A, para que se le reconozca y pague pensión de invalidez de origen común, se ordene a esa entidad que requiera al empleador para que haga los aportes, sin perjuicio de que reconozca la pensión en virtud de la obligación de cobro coactivo que le asiste a la AFP cuando hay mora, intereses moratorios e indexación. (fls 3 al 18).

La entidad demandada PORVENIR SA contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con la sociedad INDUSTRIAS J&L DISTRIBUCIONES LTDA EN LIQUIDACIÓN. (fl 77)

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente:

*“...Etapa de resolución de excepciones previas, pasando a la siguiente etapa vemos que la demanda la AFP Porvenir SA, propone como excepción previa la falta de integración de litisconsorcio necesario y se integre a la Empresa J & L Distribuciones LTDA, hoy en liquidación identificada con el Nit 830060349 indicando a groso modo que “dado que se encuentra en una relación laboral entre el demandante y la sociedad sería la llamada a responder por la pensión de invalidez decretada “; En efecto el despacho debe señalar en este punto que las excepción previas son hechos distintos a los afirmados por la parte demandada para contradecir el nacimiento del derecho pretendido o para negar su exigibilidad o simplemente para impedir o mejorar el procedimiento, así el despacho dispone entonces en este momento señalar y resolver tal excepción de la siguiente manera. Primero señalar que el artículo 61 del código de procedimiento de trabajo y la seguridad, 61 del código general del proceso, perdón, aplicable por analogía expresa a esta jurisdicción de conformidad con el artículo 145 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social dispone “cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto a los cuales por su naturaleza legal hallan de resolverse de manera uniforme y no sea posible resolver de mérito sin la comparecencia de tales personas, de las personas perdón, que sean sujetas de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra a todas si no se hiciera el juez que admite la demanda ordenara notificar y dar traslado de esta a quienes faltaren por integrar el contradictorio en la forma y con el termino de comparecencia dispuestos por el demandado “. De lo anterior entonces **el despacho debe señalar que dicho artículo está diseñado con la finalidad de integrar a personas que al inicio de esta Litis no se hayan podido vincular y que eventualmente ante una eventual condena pueden resultar afectadas para que de esta manera el artículo 61 pueda garantizar el derecho de defensa, así aplicada esta las nociones al caso de autos este despacho debe señalar que el litigio presentado por que hoy nos ocupa va encaminado a reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, siendo el extremo pasivo la AFP PORVENIR SA, prestación que dicho sea de paso solicita la parte demandante se encuentra enmarcada en la ley 100 de 1993 en donde claramente se encuentran señalados los requisitos para acceder a dichas pensiones de la misma manera debe señalar este despacho que según las voces de la ley 100 del 93 el reconocimiento y pago de estas prestaciones sociales está a cargo por parte del sistema de prima media con prestación definida a cargo de colpensiones y por parte del régimen de ahorro individual por parte de las AFP correspondientes siendo el caso en particular la AFP PORVENIR, por lo anterior entonces el despacho considera que la solicitud presentada por la apoderada de Porvenir SA no está llamada a prosperar pues en primera medida como ya se señaló anteriormente la pensión que solicita la parte demandante no es una pensión de índole legal patronal sino una pensión del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 del 93 más exactamente frente una pensión por el riesgo de invalidez contingencia que insiste el despacho se encuentra cubierta por parte de las administradoras de fondos de pensiones, en segundo lugar debe señalar el despacho que si bien la parte demandante hace señalamientos respecto de la cotización de dicha empresa al sistema general de seguridad social y a favor del demandante lo cierto es que en este momento considera el despacho es que **ninguna de las pretensiones de la demanda van encaminadas al reconocimiento de esta pensión en contra de la empresa, pues insiste la responsabilidad que hace la parte demandante respecto de la empresa demandada es referente de los montos de cotización y eventualmente a la mora que existiría presuntamente por parte de dicha empresa, en tercer lugar debe*****

señalar al despacho que si la situación referente a la mora o referente a la cotización de pensiones la misma debe resolverse por parte de la administradora de pensiones en su momento quien es la encargada de lograr la recolección y el recaudo de dichas cotizaciones, así las cosas y teniendo en cuenta que dentro de este trámite procesal la parte demandante solicita el reconocimiento pensional de la pensión de invalidez a cargo del sistema general de seguridad social considera el despacho que dicha situación no afecta en nada la situación respecto de la empresa llamada en litisconsorcio necesario y por lo tanto el despacho deberá denegar dicha excepción.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada PORVENIR SA interpone recurso así:

*“....muchas gracias su señoría de manera respetuosa procedo a interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho en el sentido de declarar no probada la excepción propuesta por las razones que paso a exponer a continuación; afirma el señor juez y le asiste la razón en cuanto a que lo que se está pretendiendo en el presente proceso por parte del demandante es precisamente el reconocimiento de una pensión de invalidez que en principio estaría a cargo del sistema general de pensiones a través de mi representada porvenir SA, **no obstante lo que se discute en el presente proceso es que mi representada provenir SA no estaría llamada a reconocer la prestación deprecada en la medida en que el empleador que se solicita integrar la Litis incurrió en mora y mi representada no estaba facultada para iniciar esas acciones de cobro ni fue negligente porque no conocía de la existencia de dicha mora, luego en la medida en que en este caso mi representada no estaría y no podría ser condenada a asumir el pago de dicha prestación no integrar al empleador mencionado equivaldría a que el demandante no pudiera percibir pensión, es importante tener en cuenta su señoría que el sistema general de pensiones o sea si bien es cierto las obligaciones de los empleadores se subroga en el sistema general de pensiones esto sucede cuando se efectúan las cotizaciones y así mismo esas cotizaciones permiten que se paguen las primas de seguros que son las que garantizan las sumas adicionales en este caso o por el contrario cuando no existe el pago de las cotizaciones y no se pudo cubrir la prima de seguro precisamente estaríamos en una situación en que la administradora de fondo de pensiones no estaría obligada al pago de dicha prestación, en esta medida insisto en que es indispensable llamar al empleador industria J&L distribuciones ltda por ser quien estaría obligado al pago de la prestación deprecada y por ende se considera un tercero indispensable en el proceso de esta manera dejo presentado y sustentado mi recurso de apelación solicitando al honorable tribunal se revoque la decisión y se declare probada la excepción propuesta, muchas gracias.***

Juez: Muchas gracias a usted señora abogada parte demandada, aseguradora?

Aseguradora: muchas gracias señor juez, me permito muy respetuosamente coadyuvar el recurso formulado por la demandada porvenir SA por las razones que ya ha expuesto suficientemente la abogada de la parte demandada y adicionando además que es necesario precisar que en el caso que nos ocupa **lo que ha ocurrido es un fenómeno de desafiliación por parte del empleador al señor demandante por cuanto el mismo manifestó que se había dado por terminada la relación laboral no es propiamente entonces un fenómeno de mora o retardo en el pago** de unas cotizaciones porque respecto del sistema el empleador manifestó que ya no existía relación laboral y así lo comunico presentándose entonces la terminación de la relación por manifestación del propio empleador de suerte pues que no había un retardo que ha debido entonces ir a ejecutarse o a cobrarse sino que se informó que ya no habría esta afiliación cuando según manifiesta el actor en su demanda pues pareciera que esa relación habría continuado cosa que por supuesto habrá de ser demostrada entonces en este sentido presento mis argumentos para que sean considerados por el honorable

tribunal a la hora de analizar si debe o no revocar el rechazo a la excepción previa que el señor juez nos ha manifestado, muchas gracias....”

CONSIDERACIONES

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,** la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda efectivamente y como explicó en forma suficiente el Juez es simplemente UNA PENSIÓN DE INVALIDEZ y esta pretensión puede ser resuelta contrario a lo afirmado por la demandada y aseguradora; -sin que sobre agregar, dicho sea de paso que en laboral no cabe la posibilidad de apelación adhesiva- sin la comparecencia de la empresa en donde laboraba el demandante, porque contrario a lo afirmado no se debate en este proceso ni la mora ni la desafiliación aunque se haya mencionado someramente en la demanda y aunque sea argumento de la defensa pues ello será asunto que se resolverá en la sentencia, sin que se tenga que vincular a esa persona jurídica. **Todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP,** y se itera solo son argumentos de defensa para negar el derecho que la demandante reclama de la AFP; luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme. Siendo ello así; para la definición de la pretensión principal del proceso esto es PENSIÓN DE INVALIDEZ, que se afirma esta a cargo de la AFP **no es necesaria la intervención del empleador pues sin el, se puede producir una sentencia de fondo.**

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a esta persona jurídica.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo**, lo que no sucede, reiterando que la demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal, sin que el no llamar a la empresa, que se señala como necesaria impida una decisión de fondo.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

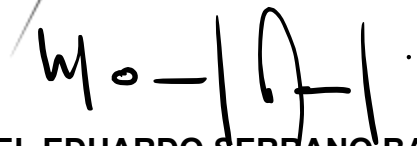
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte que recurre.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salarios mínimo legale vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE ANIBAL RODRIGUEZ HERNANDEZ VS
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS Y PORVENIR SA Y LLAMADA EN GARANTÍA BBVA
SEGUROS DE VIDA RAD 18-2018-131-01**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada PORVENIR SA contra el auto proferido por el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020), en cuya virtud declaró impróspera la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario.

HECHOS

El señor ANIBAL RODRIGUEZ HERNANDEZ instauró demanda en contra de PORVENIR S.A, para que se le reconozca y pague pensión de invalidez de origen común, se ordene a esa entidad que requiera al empleador para que haga los aportes, sin perjuicio de que reconozca la pensión en virtud de la obligación de cobro coactivo que le asiste a la AFP cuando hay mora, intereses moratorios e indexación. (fls 3 al 18).

La entidad demandada PORVENIR SA contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con la sociedad INDUSTRIAS J&L DISTRIBUCIONES LTDA EN LIQUIDACIÓN. (fl 77)

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente:

*“...Etapa de resolución de excepciones previas, pasando a la siguiente etapa vemos que la demanda la AFP Porvenir SA, propone como excepción previa la falta de integración de litisconsorcio necesario y se integre a la Empresa J & L Distribuciones LTDA, hoy en liquidación identificada con el Nit 830060349 indicando a groso modo que “dado que se encuentra en una relación laboral entre el demandante y la sociedad sería la llamada a responder por la pensión de invalidez decretada “; En efecto el despacho debe señalar en este punto que las excepción previas son hechos distintos a los afirmados por la parte demandada para contradecir el nacimiento del derecho pretendido o para negar su exigibilidad o simplemente para impedir o mejorar el procedimiento, así el despacho dispone entonces en este momento señalar y resolver tal excepción de la siguiente manera. Primero señalar que el artículo 61 del código de procedimiento de trabajo y la seguridad, 61 del código general del proceso, perdón, aplicable por analogía expresa a esta jurisdicción de conformidad con el artículo 145 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social dispone “cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto a los cuales por su naturaleza legal hallan de resolverse de manera uniforme y no sea posible resolver de mérito sin la comparecencia de tales personas, de las personas perdón, que sean sujetas de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra a todas si no se hiciera el juez que admite la demanda ordenara notificar y dar traslado de esta a quienes faltaren por integrar el contradictorio en la forma y con el termino de comparecencia dispuestos por el demandado “. De lo anterior entonces **el despacho debe señalar que dicho artículo está diseñado con la finalidad de integrar a personas que al inicio de esta Litis no se hayan podido vincular y que eventualmente ante una eventual condena pueden resultar afectadas para que de esta manera el artículo 61 pueda garantizar el derecho de defensa, así aplicada esta las nociones al caso de autos este despacho debe señalar que el litigio presentado por que hoy nos ocupa va encaminado a reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, siendo el extremo pasivo la AFP PORVENIR SA, prestación que dicho sea de paso solicita la parte demandante se encuentra enmarcada en la ley 100 de 1993 en donde claramente se encuentran señalados los requisitos para acceder a dichas pensiones de la misma manera debe señalar este despacho que según las voces de la ley 100 del 93 el reconocimiento y pago de estas prestaciones sociales está a cargo por parte del sistema de prima media con prestación definida a cargo de colpensiones y por parte del régimen de ahorro individual por parte de las AFP correspondientes siendo el caso en particular la AFP PORVENIR, por lo anterior entonces el despacho considera que la solicitud presentada por la apoderada de Porvenir SA no está llamada a prosperar pues en primera medida como ya se señaló anteriormente la pensión que solicita la parte demandante no es una pensión de índole legal patronal sino una pensión del sistema general de pensiones previsto en la ley 100 del 93 más exactamente frente una pensión por el riesgo de invalidez contingencia que insiste el despacho se encuentra cubierta por parte de las administradoras de fondos de pensiones, en segundo lugar debe señalar el despacho que si bien la parte demandante hace señalamientos respecto de la cotización de dicha empresa al sistema general de seguridad social y a favor del demandante lo cierto es que en este momento considera el despacho es que **ninguna de las pretensiones de la demanda van encaminadas al reconocimiento de esta pensión en contra de la empresa, pues insiste la responsabilidad que hace la parte demandante respecto de la empresa demandada es referente de los montos de cotización y eventualmente a la mora que existiría presuntamente por parte de dicha empresa, en tercer lugar debe*****

señalar al despacho que si la situación referente a la mora o referente a la cotización de pensiones la misma debe resolverse por parte de la administradora de pensiones en su momento quien es la encargada de lograr la recolección y el recaudo de dichas cotizaciones, así las cosas y teniendo en cuenta que dentro de este trámite procesal la parte demandante solicita el reconocimiento pensional de la pensión de invalidez a cargo del sistema general de seguridad social considera el despacho que dicha situación no afecta en nada la situación respecto de la empresa llamada en litisconsorcio necesario y por lo tanto el despacho deberá denegar dicha excepción.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada PORVENIR SA interpone recurso así:

*“....muchas gracias su señoría de manera respetuosa procedo a interponer recurso de apelación en contra de la decisión que acaba de proferir el despacho en el sentido de declarar no probada la excepción propuesta por las razones que paso a exponer a continuación; afirma el señor juez y le asiste la razón en cuanto a que lo que se está pretendiendo en el presente proceso por parte del demandante es precisamente el reconocimiento de una pensión de invalidez que en principio estaría a cargo del sistema general de pensiones a través de mi representada porvenir SA, **no obstante lo que se discute en el presente proceso es que mi representada provenir SA no estaría llamada a reconocer la prestación deprecada en la medida en que el empleador que se solicita integrar la Litis incurrió en mora y mi representada no estaba facultada para iniciar esas acciones de cobro ni fue negligente porque no conocía de la existencia de dicha mora, luego en la medida en que en este caso mi representada no estaría y no podría ser condenada a asumir el pago de dicha prestación no integrar al empleador mencionado equivaldría a que el demandante no pudiera percibir pensión, es importante tener en cuenta su señoría que el sistema general de pensiones o sea si bien es cierto las obligaciones de los empleadores se subroga en el sistema general de pensiones esto sucede cuando se efectúan las cotizaciones y así mismo esas cotizaciones permiten que se paguen las primas de seguros que son las que garantizan las sumas adicionales en este caso o por el contrario cuando no existe el pago de las cotizaciones y no se pudo cubrir la prima de seguro precisamente estaríamos en una situación en que la administradora de fondo de pensiones no estaría obligada al pago de dicha prestación, en esta medida insisto en que es indispensable llamar al empleador industria J&L distribuciones ltda por ser quien estaría obligado al pago de la prestación deprecada y por ende se considera un tercero indispensable en el proceso de esta manera dejo presentado y sustentado mi recurso de apelación solicitando al honorable tribunal se revoque la decisión y se declare probada la excepción propuesta, muchas gracias.***

Juez: Muchas gracias a usted señora abogada parte demandada, aseguradora?

Aseguradora: muchas gracias señor juez, me permito muy respetuosamente coadyuvar el recurso formulado por la demandada porvenir SA por las razones que ya ha expuesto suficientemente la abogada de la parte demandada y adicionando además que es necesario precisar que en el caso que nos ocupa **lo que ha ocurrido es un fenómeno de desafiliación por parte del empleador al señor demandante por cuanto el mismo manifestó que se había dado por terminada la relación laboral no es propiamente entonces un fenómeno de mora o retardo en el pago** de unas cotizaciones porque respecto del sistema el empleador manifestó que ya no existía relación laboral y así lo comunico presentándose entonces la terminación de la relación por manifestación del propio empleador de suerte pues que no había un retardo que ha debido entonces ir a ejecutarse o a cobrarse sino que se informó que ya no habría esta afiliación cuando según manifiesta el actor en su demanda pues pareciera que esa relación habría continuado cosa que por supuesto habrá de ser demostrada entonces en este sentido presento mis argumentos para que sean considerados por el honorable

tribunal a la hora de analizar si debe o no revocar el rechazo a la excepción previa que el señor juez nos ha manifestado, muchas gracias....”

CONSIDERACIONES

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,** la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda efectivamente y como explicó en forma suficiente el Juez es simplemente UNA PENSIÓN DE INVALIDEZ y esta pretensión puede ser resuelta contrario a lo afirmado por la demandada y aseguradora; -sin que sobre agregar, dicho sea de paso que en laboral no cabe la posibilidad de apelación adhesiva- sin la comparecencia de la empresa en donde laboraba el demandante, porque contrario a lo afirmado no se debate en este proceso ni la mora ni la desafiliación aunque se haya mencionado someramente en la demanda y aunque sea argumento de la defensa pues ello será asunto que se resolverá en la sentencia, sin que se tenga que vincular a esa persona jurídica. **Todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP,** y se itera solo son argumentos de defensa para negar el derecho que la demandante reclama de la AFP; luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme. Siendo ello así; para la definición de la pretensión principal del proceso esto es PENSIÓN DE INVALIDEZ, que se afirma esta a cargo de la AFP **no es necesaria la intervención del empleador pues sin el, se puede producir una sentencia de fondo.**

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a esta persona jurídica.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo**, lo que no sucede, reiterando que la demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal, sin que el no llamar a la empresa, que se señala como necesaria impida una decisión de fondo.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

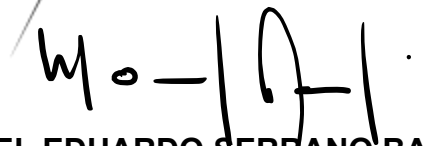
SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte que recurre.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salarios mínimo legale vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20 2019 257 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA MÓNICA GARCÍA HERREROS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Jheisson Santiago Garzón, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 6 de julio de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA MATILDE ROCHA, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Porvenir S.A el 14 de julio de 2004. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita ordenar el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y se ordene la devolución a esta entidad de los aportes pensionales y rendimientos depositados en su CAI.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 29 de noviembre de 1960, que cotizó al ISS un total de 495.85 semanas entre el 9 de marzo de 1988 y el 31 de diciembre de 2003, que en el mes de marzo de 2004, se trasladó al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., por presión de su empleador y cuando contaba con 43 años de edad sin que al momento de la vinculación le hubiesen informado sobre las consecuencias de dicha decisión ni que estaba sólo a 14 años de adquirir derecho pensional, que se resolvió en año 2018 conflicto de afiliación, el que culminó señalando que pertenecía al RAIS

Indica que de no haberse trasladado, en el RMP su mesada pensional ascendería a \$8.750.033, mientras que en el RAIS, esta ascendería a \$2.223.100, con un IBL de más de \$15.000.000. Finalmente señaló que el 06 de febrero de 2019, radicó petición ante Colpensiones, con el objetivo de obtener su retorno al régimen que administra, pero la misma fue denegada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 5, 10, 11, 13 a 18, 21, 25, 36 y 37, negó los No. 20 y 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los No. 1, 16 y 17, manifestó no constarle los No. 1 a 6, 21 y 35 a 37 y negó los demás. Propuso las excepciones que denominó Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la señora MARIA MONICA GARCÍA HERREROS RAMIREZ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizada el día 23 de abril de 2004, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad PORVENIR S.A. FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARIA MONICA GARCIA HERREROS RAMIREZ, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la AMDINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la señora MARIA MONICA GARCIA HERREROS RAMIREZ. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cuota parte.

QUINTO: Si la presente decisión es o no apelada remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en cuanto también fue condenada COLPENSIONES entidad de la cual la Nación es garante.

Fundamentó su decisión señalando en síntesis que las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo tocante al tema de la ineficacia, línea jurisprudencial que había nacido con la sentencia 31989 de 2008, señalaban los lineamientos que se debían tener en cuenta en cuanto a dicha temática, según los cuales era obligación de las AFP tenía el deber de brindar toda la información referente al traslado al afiliado, el que no se suplía con la suscripción del formulario y en estos casos, la carga de probar el suministro de dicha información, estaba en cabeza de las AFP, aunado a que dicha ineficacia, no sólo tenía cabida cuando se estaba frente al régimen de transición o se tenía un derecho adquirido.

Que conforme el artículo 167 del CGP, era deber de la parte que estaba en una situación más favorable esto es la AFP demandada allegar prueba de haber suministrado dicho deber de información ya que estaba en mejor posición para ello, información que debía ser clara, completa, suficiente y comprensible y debía comprender las reales implicaciones que tendría la decisión de traslado tomada por la demandante; que la vía idónea para resolver el problema jurídico, era la ineficacia como lo había dilucidado la Sala de Casación laboral entre otras en sentencias SL1688 y 1689 de 2019, por presentarse violación al derecho del trabajador a su libre selección de régimen en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Que para el caso bajo estudio, conforme a la inversión de la carga de la prueba, se evidenciaba que del caudal probatorio allegado, no había sido posible tener certeza de si el asesoramiento prestado a la demandante al momento de la afiliación había sido claro y completo ya que no se tiene noticia de las circunstancias de tiempo, modo y lugar donde se firmó y recibió la demandante tal asesoría, ni cuáles fueron los funcionarios que promovieron la afiliación; siendo escaso el material allegado al respecto, debiéndose concluir que la demandada Porvenir S.A., no habían probado en juicio el adecuado suministro de la información señalada y en interrogatorio de parte vertido por la demandante no se extraía ningún tipo de confesión que indicara que fue debidamente asesorada fuera de lo que consideró correspondió a las circunstancias al momento de la suscripción del formulario, hecho que apenas acreditaba el consentimiento del afiliado y no que este haya sido informado y su desempeño en el área de afiliaciones de Porvenir constituía un mero indicio de conocer las características del RAIS, más no una adecuada información respecto de las consecuencias de su traslado, razón por la cual había lugar a acceder a las pretensiones de demanda, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la demandante en el año 2004 al RAIS, teniendo como aseguradora a Colpensiones, ordenando a Protección a realizar el traslado de aportes junto con rendimientos a órdenes de Colpensiones.

Indicó que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción por cuanto en el asunto bajo estudio las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad de traslado de régimen, ostentaban un carácter declarativo en la

medida de que se encaminaban a acceder al reconocimiento final de la prestación pensional que era imprescriptible, dado su nexo de causalidad con este último.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que la demandante en su interrogatorio confesó que al momento de la afiliación al RAIS sí tuvo conocimiento de las características propias de cada régimen, ya que su cargo le imponía realizar las asesorías de traslado de régimen pensional por lo que no existió para el caso de la demandante una ausencia de consentimiento informado y la aplicación de la carga de la prueba era desproporcional, resultándole a la AFP imposible probar hechos de hace muchos años, no obstante, en el presente se había confesado el suministro de la debida asesoría a la demandante. Por otra parte solicita en caso de confirmarse la decisión de primer grado, la revocatoria de la condena en costas procesales ya que no intervino en el acto de vinculación, que efectuó la accionante al Régimen de Ahorro Individual y disponer el traslado a dicho régimen de todos los emolumentos descontados de la CAI de la demandante.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, señaló que estaba debidamente demostrado que en el caso de la demandante hubo un consentimiento, libre voluntario e informado, que se debía analizar las circunstancias propias del momento del traslado y no se podía pasar por alto las confesiones de la demandante al absolver el interrogatorio de parte que permitían concluir el consentimiento libre e informado vertido por esto, que se debía tener en cuenta que la demandante no era una afiliada incauta y sin conocimiento del sistema pensional ya que había quedado probado que se desempeñaba desde marzo de 2004 como directora comercial de Porvenir en la ciudad de Cúcuta y su afiliación se dio con posterioridad a dicha data, de lo que se determina que incurrió en contradicción ya que afirmó en interrogatorio que a su ingreso a laborar en Porvenir, había sido obligada a afiliarse a dicho fondo en Pensiones y tal afiliación se dio de manera posterior, aunado a ello había señalado que para desempeñar dicha labor, recibió capacitaciones y tenía conocimiento de las diferencias entre uno y otro régimen, las que indicó al absolver interrogatorio de parte e indicó que ella misma diligenció su formulario de afiliación, el que contienen la leyenda de conocer las

incidencias de su traslado y tuvo actos de relacionamiento durante la vigencia de su afiliación a Porvenir, por lo que su consentimiento claramente había sido informado, ya que no se trataba de cualquier afiliada, sino alguien que conocía por virtud de su cargo, las consecuencias del traslado.

Señaló que dichos actos de relacionamiento se reflejaban en su solicitud de afiliación a Porvenir, solicitó corrección de su nombre en la misma, actualizó su información, en el 2013, diligenció formulario de traslado entre alternativas de solución, realizó retiro de aportes voluntarios, realizó solicitud de cálculo actuarial y para el 2018, realizó solicitud de proyección pensional, siendo claro que no permaneció en Porvenir sin realizar ningún acto como afiliado y la única motivación para regresar al RPM, para el caso de la demandante era la cuantía de su mesada pensional, no siéndole aplicable a su caso la línea jurisprudencial en cuanto a la ineficacia de traslado pensional, ya que la misma demandante había confesado conocer todas las características del sistema pensional y tuvo un sinnúmero de actos de relacionamiento que determinan su voluntad y conocimiento de dicho sistema.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA GARCÍA HERREROS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 23 de abril de 2004, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esta AFP y por la parte demandante a folios 69 y 171 del expediente digital.

En este orden, se observa que si bien se alega la nulidad del acto de traslado, lo cierto es que se predica tal consecuencia ante la falta del deber de información de la AFP, escenario que como lo indicó el juzgador de instancia, se aborda a través de la figura de la ineficacia, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad

de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en

proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por al actora en el año de 2004, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de

la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como contrario a lo indicado por las recurrentes en el presente no se vislumbra el consentimiento informado alegado por estas, en tanto el suministro de la información en los términos antes señalados, debe ser puesta de presente a **todos** los potenciales afiliados, independientemente de su profesión u oficio ya que si bien se demostró que la demandante se desempeñaba para la época de su traslado como Gerente Comercial de la AFP Porvenir, ello no determina como lo señala esta última que conocía todas las incidencias del traslado de régimen pensional que efectuara ya que la dependencia en la que se desempeñó era el área comercial en la que principalmente se promueven las afiliaciones, más no se tiene un conocimiento amplio de las características de uno u otro régimen para tomar una decisión informada respecto del traslado, aunado a ello, su afirmación de haber recibido capacitación, no constituye confesión alguna como lo indican las recurrentes pues manifestó que fue capacitada en las características del RAIS para promover afiliaciones a dicho régimen, más no que se le hubieran puesto de presente todas las características propias de los dos regímenes,

debiéndose tener en cuenta que el deber de información se predica respecto de **cada afiliado en particular** y una capacitación de índole laboral, no puede considerarse como una asesoría para la demandante en su calidad de **afiliada**, debiéndose efectuar tal suministro atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por lo que una capacitación laboral no toca tales aspectos particulares del afiliado.

De igual manera, si bien la demandante realizó solicitudes y actuaciones en el fondo Porvenir respecto de su situación pensional, ello tampoco corrobora como lo indica esta recurrente su voluntad de permanecer en dicho régimen y de conocer las incidencias de su traslado, ya que desde su nacimiento, dicho acto se torna ineficaz por virtud de la probada omisión en el suministro de información en que incurrió esta AFP, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM en su recurso y alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del régimen que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

A este respecto, se observa en esta oportunidad que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de gastos de administración, el que es procedente contrario a lo señalado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, como ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de***

Proceso Ordinario Laboral No. 20-2019-275-01 Dte: MARÍA GARCÍA HERREROS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, se **modificará** el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que le asiste razón a esa ya que no es dable imponer a su cargo condena por este concepto al concluirse que la entidad que omitió el deber de información que conllevó a la ineficacia aquí declarada fue la AFP Porvenir, razón por la cual, se dispondrá **revocar parcialmente** el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar señalar que la condena en costas allí señalada únicamente corren a cargo de Porvenir S.A.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí ordenado, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral CUARTO de sentencia recurrida para en su lugar señalar que la condena en costas allí señalada únicamente corre a cargo de Porvenir S.A.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

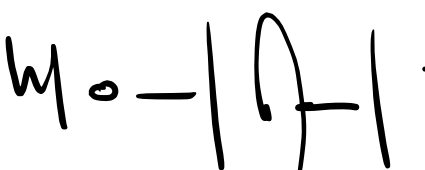
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

ACLARO VOTO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 20-2019-0564-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: ERNESTO RIVERA BECERRA

DEMANDADOS: T.V. CABLE COLOMBIA S.A.S.

LITISCONSORTE NECESARIO: TV COL LTDA

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de diciembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes.



ANTECEDENTES

El señor Ernesto Rivera Becerra por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia del contrato de trabajo con TV COL LTDA entre el 13 de septiembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, y con TV CABLE COLOMBIA S.A.S. entre el 1 de septiembre de 2014 hasta el 25 de enero de 2018; que se declare que TV COL LTDA sustituyó las obligaciones laborales a la empresa TV CABLE COLOMBIA S.A.S., para finalmente solicitar que se declare que la relación laboral tuvo vigencia entre el 13 de septiembre de 2010 hasta el 25 de enero de 2018 siendo empleador TV CABLE COLOMBIA S.A.S.; que el verdadero salario correspondía a \$3.248.204; que se declare que la indemnización (no específica) asciende a la suma de \$17.042.244; que se declaren ilegales los descuentos realizados al demandante; que TV CABLE COLOMBIA S.A.S. obró de mala fe al realizar descuentos sin autorización; que la liquidación de prestaciones sociales no se pagó en debida forma.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se condene a la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S al pago de aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud para el periodo comprendido entre octubre de 2013 y el mismo mes del año 2014 sobre el valor del salario realmente devengado, de igual manera para pensión entre diciembre de 2012 y agosto de 2014, sin embargo, al mismo tiempo solicita que se condene al reajuste de los anteriores conceptos por toda la vigencia de la relación laboral; que se condene al reintegro de los valores que considera descontados de manera ilegal en suma de \$22.700.000; que se condene al pago de la sanción moratoria del artículo



65 del CST, a la sanción de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, fue convocado por el señor Luis Alfonso Guzmán Rodríguez para ser parte de la empresa TV COL LTDA en calidad de socio de la misma e invita a revisar el certificado de Cámara de Comercio de esa sociedad; que su vinculación en calidad de socio también tenía la finalidad que el actor laborara para la empresa como ingeniero de redes, siendo vinculado como empleado desde el 13 de septiembre de 2010.

Que el contrato laboral inicial fue sustituido desde el 1 de septiembre de 2014 a la empresa TV CABLE COLOMBIA S.A.S., como simple empleado ya que refiere que su participación societaria estaba siendo “diluida” por el señor Luis Alfonso Guzmán Rodríguez, quien funge como propietario y representante legal de la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S.; que el salario obedeció a la suma de \$3.248.204; que dentro de la liquidación final que realizó la demandada se incluyó como salario la suma de \$1.360.000, más un bono de \$1.200.000, y un bono de transporte por \$600.000, que conforme lo anterior no se tiene prueba de desalarización alguna.

Que el 25 de enero de 2017 al acto fue comunicada la decisión de dar por terminada la relación laboral fundamentada en una reorganización interna administrativa, siendo reconocida a su vez en la liquidación final la indemnización por despido sin justa causa, la cual ascendió a \$16.583.680 frente a lo cual considera que el valor correcto debe ser de \$17.042.244.



Que la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. no realizó cotizaciones al Sistema de Seguridad Social entre el mes de diciembre de 2012 y agosto de 2014, agrega que el ingreso base de cotización fue inferior al salario que percibía como ingeniero de redes; que no existió pacto de exclusión salarial; que solicitó préstamo a Bancolombia, del que solicitó al empleador en algunas ocasiones que descontará el valor de la cuota para que fuese pagada a la entidad crediticia, pero confusamente, a renglón seguido manifiesta que el empleador realizó descuentos no autorizados con destino al pago de la cuota de un “supuesto” préstamo.

Que el 24 de mayo de 2018 elevó petición a TV CABLE COLOMBIA S.A.S. para solicitar información sobre la autorización del demandante por descuentos realizados en la liquidación por concepto del crédito y copia de los comprobantes de pago de cesantías y primas correspondiente a toda la relación laboral. Que obtuvo respuesta en el sentido que esa empresa no podía responder por actos relacionados con la empresa sustituida, y ante lo que consideró negación de la respuesta, interpuso acción de tutela, por lo que el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Soacha ordenó expedir la copia de la certificación o autorización de los descuentos de la liquidación por concepto del préstamo del vehículo; que para dar respuesta la convocada con fecha 16 de noviembre de 2018 manifestó al actor que no contaban con la documentación requerida, que reflejara los préstamos de dinero realizados por el demandante.

Que el día 22 de enero de 2019 el demandante solicita a la demandada la revisión de la liquidación, copia de los desprendibles de pago de nómina con los respectivos bonos pagados entre el año 2013 a 2018, y que la empresa responde diciendo que esos documentos ya le habían sido enviados y que la



carpeta con la información laboral del actor había sido saqueada, y por ello es que no le fue entregada copia de los comprobantes de pago de cesantías e intereses a las cesantías desde el 13 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014. Finalmente, adujo que la audiencia de conciliación convocada ante el Ministerio de Trabajo fue fallida ante la falta de ánimo conciliatorio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto del 8 de octubre del 2019. Respecto de la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. se tuvo por no contestada la demandada.

Por su parte, la convocada como litisconsorte necesario TV COL LTDA contestó la demanda oponiéndose de manera parcial a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó únicamente la calidad de socio del actor, respecto de esa empresa. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inepta demanda por indebida integración del litisconsorcio, y en consecuencia, el no agotamiento de los requisitos de procedibilidad; inexistencia del deber de pago y prescripción de las prestaciones reclamadas; inexistencia de la sustitución patronal; e, inexistencia del fenómeno del despido injusto para el periodo transcurrido del 13 de septiembre de 2010 al 31 de agosto de 2014;

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)



RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante ERNESTO RIVERA BECERRA y la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S., existió una sola vinculación laboral durante el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2010 al 25 de enero de 2018, con una asignación salarial mensual final de \$3.248.204, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. a pagar a favor del demandante la suma de \$440.564 por concepto de reajuste de la indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, dispuesta en el art. 64 del CST, conforme lo anterior expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. a consignar a la administración de fondo de pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante o al que elija, el valor correspondiente a los aportes a pensión del periodo comprendido de diciembre de 2012 hasta agosto de 2014, sobre un ingreso base de cotización equivalente a \$3.248.204. Igualmente, se deben reajustar o reliquidar todos los aportes de la vida laboral, cuando prestó los servicios a TV COL LTDA y a TV CABLE COLOMBIA S.A.S., es decir, durante el periodo del 13 de septiembre de 2010 al 25 de enero de 2018, con el salario que realmente correspondía, conforme lo expuesto.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas TV CABLE COLOMBIA S.A.S. y TV COL LTDA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. Inclúyase en la liquidación la suma de 2 smlmv como agencias en derecho.

SEXTO: CONDENAR a la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S. a reintegrar o devolver al demandante la suma de \$22.700.000, deducida de la liquidación de prestaciones sociales, conforme lo expuesto.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Para resolver el problema jurídico debe precisarse previamente si TV CABLE sustituyó patronalmente las obligaciones que tenía con la empresa TV COL LTDA; el cual se concentra en determinar si entre el actor y tv cable existió un solo contrato de trabajo entre el 13 de septiembre de 2010 el 25 de enero de 2018, establecer el verdadero salario si lo fue la suma de \$3.248.204, verificar el monto de la indemnización por terminación del contrato de trabajo y si hay lugar al reajuste de aportes en salud y pensiones, pagar los aportes pensionales no reconocidos y el reembolso de los descuentos no autorizados en la liquidación, si hay lugar al pago de la indemnización moratoria, si tv cable Colombia s.a.s. sustituyó las obligaciones laborales que tenía la empresa tv col ltda.

Como pruebas relevantes tuvo el reporte de semanas cotizadas al fondo de pensiones y aportes en salud, carta de terminación del contrato de trabajo, copia de las liquidaciones de 25 de enero de 2018, reporte de cesantías, certificación laboral, copia de extracto bancario de sufi Bancolombia por crédito de vehículo, copia de recibos de pago de caja menor soportando pago de prestaciones sociales, copia de acta de socios de tv col ltda, petición del 24 de mayo de 2018, respuesta a la acción de tutela, petición del 22 de enero de 2019 y respuesta, y copia de la audiencia de conciliación en el ministerio del trabajo, documentos del 19 a 107.

El representante legal del tv cable Colombia Luis Alfonso Guzmán, indicó conocer al dte desde 1992, que la vinculación del dte con esa empresa tiene mucha historia, que para completar el cupo decidió hacerlo socio de tv col, y que también prestó sus servicios, que después llegó a tv cable porque tenía allí más futuro que en tv col, que la participación societaria en tv cable es de 6 socios, cada uno con 564 millones, que en tv col son cinco socios cada uno le pertenece un 1% y el resto es de él que es el socio mayoritario que él firma muchos documentos, y que si aparece en estos su firma tuvo que haberlo reconocido como el documento del 15 de enero de 2018 y carta de terminación.

El dte manifestó ser técnico de telecomunicaciones que empezó con tv col en el año 2009 cuando lo llamó para ser socio de la empresa, su relación empezó desde que iniciaron operaciones en el barrio 20 de julio, que después pasó a col cable en el 2012, sin que hubiera presentado renuncia para pasarse de una empresa a otra que las funciones eran las de manejo del área técnica y colaborarle a don Alfonso, que la empresa tv col de la cual es socio existe jurídicamente pero no sabe si desarrolla alguna actividad, que tv col y col cable tienen la misma estructura para prestar los servicios. Los testigos Ángel Martínez y Paola Beltrán fueron coincidentes en afirmar que conocieron al dte en tv col cuando prestaba los servicios allí como jefe de bodega, que presentó renuncia para pasar a col cable donde le cambiaron las condiciones pues la empresa era más grande, que era una persona de manejo y confianza del gerente de col cable, que tenía llaves de la empresa, abría y cerraba la empresa y desconocen el por qué dejó de trabajar para col cable.

El testigo Ángel refiere que él era la persona encargada de tesorería, primero en tv col y luego pasó a col cable, es decir a tv cable Colombia s.a.s. y era el que pagaba las nóminas, que casi siempre le pagaba en efectivo, que su sueldo era de \$1.350.000 más transporte, más bono por manejar el área técnica más subsidio por quedarse hasta tarde, que le canceló las prestaciones al dte por fuera de nómina y en efectivo, que le consta porque el mismo se las pagó al dte, que se le hizo un préstamo para vehículo y que le descontaban un millón de pesos mensuales, que la carpeta del dte se extravió o



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0564 – 01 DTE: ERNESTO RIVERA BECERRA DDO: T.V.
CABLE COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

la saquearon o extrajeron documentos y aparece en otra oficina, que se le hizo una sola liquidación el 17 de febrero de 2018 que dio como resultado 4 millones y posteriormente el saldo, más los 14 millones del préstamo del carro dio como 8 o 10 millones, que para el testigo las dos empresas tv col y col cable son diferentes aunque tienen los mismos socios.

Que, por lo anterior, si se encuentra demostrada la relación laboral y la sustitución patronal procederá al estudio de las demás pretensiones, como es el reajuste a la indemnización por despido con el salario realmente devengado, reajuste a aportes en pensión y salud, reembolso de descuentos no autorizados en la liquidación y la indemnización moratoria.

Sobre la relación laboral se pretende la declaración de un único contrato que inició el 13 de enero de 2010 y terminó en enero de 2018, por haberse configurado la sustitución patronal entre tv col y tv cable Colombia sas, para que exista sustitución patronal la Corte ,ha dicho que es necesario que se presente cambio de empleador a otro, que continúe la entidad, y que los trabajadores sigan prestando su servicio sin variación alguna SL859 de 2018; que en la carta de terminación de 25 de enero de 2018 folio 41 se indicó que teniendo en cuenta que tuvo contrato de trabajo con la empresa tv col ltda desde el 13 de septiembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014 y que posteriormente por sustitución patronal que después fue vinculado a la empresa tv cable Colombia sas desde el 1 de septiembre de 2014, hasta la fecha tv cable Colombia sas ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo a partir de la presente comunicación”, ese documento fue aceptado por el representante legal en el interrogatorio de parte, además ninguno de los documentos aportados fue desconocido o tachados por lo que dan cuenta de la existencia de una sola relación laboral sucesiva pactada a término indefinido que fue terminada por decisión de la demandada y fue liquidada con un salario de \$3.248.204 como se advierte del doc a folio 43 y 44.

Que respecto de la demandada tv cable Colombia pesa una presunción en contra al no haber contestado la demanda, que aunque los testigos Ángel y Paola dijeron que las empresas tv col y tv cable Colombia eran distintas pero tenían los mismos socios, es decir que hay identidad de establecimientos pues como quedó demostrado el señor Alfonso Guzmán funge como socio y principal autoridad de ambas sociedades, además la realidad sobre las formalidades extraídas en este juicio indican que todos los empelados de tv col pasaron en el año 2014 incluido el dte a tv cable Colombia sas a prestar el mismo servicio y que los testimonios indican que tv col actualmente no tiene empleados, que en relación a la sustitución patronal el despacho infiere que entre el dte y tv cable Colombia existió una sola vinculación durante el periodo entre el 13 de septiembre de 2010 al 25 de enero de 2018, teniendo como último salario de \$3.248.204 que fue el que observa en la liquidación final de prestaciones vista a folio 43 y 44.

Procede el estudio de los reajustes solicitados por el dte; sobre la indemnización por despido sin justa causa, que conforme la carta de terminación del contrato a folio 41, procede a revisar si la indemnización pagada se encuentra ajustada a derecho, que conforme el valor del salario antes referido le corresponde una indemnización de \$17.024.344 y al haberle cancelado la suma de \$16.583.680, le corresponde un saldo de \$440.564, valor sobre el cual se condena a la demandada.

Aportes a la seguridad social. Teniendo en cuenta las pretensiones y que no se logró demostrar en el proceso que por el hecho de no haber afiliado al dte al sistema de seguridad social en salud en algún periodo se hubiese ocasionado un daño o perjuicio, el juzgado se limitará al estudio de los aportes a pensión; se reclaman los periodos d dic de 2012 hasta agosto de 2014 los cuales no se demostraron haber cancelado por la demandada se impone condena respecto de dichos aportes sobre un ibc de



\$3.248.204; se condenará a reliquidar los aportes a seguridad social en pensiones por todo el tiempo laborado teniendo como íbc el mismo salario anterior, que fue probado en juicio y que contrastado con el reporte de semanas el íbc fue inferior.

Sobre el reintegro de las sumas descontadas, que en la liquidación final de prestaciones sociales folios 43 y 44, aparecen descuentos, menos cuota de vehículo \$14.400.000, menos saldo de préstamo \$2.900.000 y menos anticipo de 10-02-2018 por \$4.000.000 para un total de \$22.700.000, descuentos que no debió haber realizado el empleador toda vez que no contaba con autorización expresa del dte o al menos no lo probó en juicio muy a pesar que los testigos Ángel y Paola refieren que la carpeta u hoja de vida del dte fue saqueada no existe documento donde se pruebe este hecho ni fue denunciado ante la autoridad competente, igualmente refiere el señor Ángel que hacían pagos en efectivo al dte no tiene pruebas que ratifiquen su dicho, que ante tal evento y que a la demandada incumbía la carga de la prueba no demostró la legalidad de dichos descuentos, se ordenará cancelar al dte la suma de \$22.700.000 deducida de la liquidación de prestaciones sociales.

Indemnización moratoria, para lo cual analizó la conducta del empleador a fin de determinar la procedencia de dicha indemnización, que para el caso la demandada no actuó de mala fe, pues a pesar que efectuó descuentos no autorizados del salario del dte, esta en forma indirecta los consintió firmando en señal de recibo, además se infiere que le había efectuado un préstamo para adquirir un vehículo solo que las autorizaciones para descontar de sus salarios no fueron aportadas al proceso y por lo tanto, la demandada se vio abocada a reintegrar dichas sumas o dichos descuentos, además en atención a que la demandada no adeuda otra prestación o salarios al trabajador no es procedente la aplicación de la sanción moratoria.

Excepciones. Se tendrán pro no probadas las excepciones por tv col además de no haber sido condenada y respecto a tv cable Colombia sas se tuvo por no contestada la demanda. Costas a cargo de la demandada, agencias en derecho la suma de 2 smlmv.

APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

“Interpone recurso de apelación; manifiesta no compartir la totalidad de la decisión ya que absolvió de la indemnización moratoria diciendo que no se logra probar la mala fe por la demandada; que es claro que si tuvo que interponer una tutela para probar que la documentación sencillamente no existía porque fue un tema que se inventó la demandada al momento de realizar la liquidación efectivamente había una mala fe.

Si ellos intentaron hacer quedar como un ladrón al demandante diciendo que la documentación fue saqueada, no más con su palabra, pero sin ningún hecho que lo probara como usted mismo decía sin que lo hayan denunciado y sin ningún documento contable que demostrara que a él si le habían pagado, si eso no es mala fe, este defensor se pregunta qué es mala fe.

Usted dice que ellos le habían prestado para el vehículo, falso, los que le prestaron para el vehículo fue la entidad SUFI y de vez en cuando el demandante le pedía a la entidad que directamente le pagara \$800.000 a la entidad SUFI y hasta ahí llega el tema de lo que tenía que ver la demandada con el préstamo. Que, como se puede evidenciar en el hecho 15 de la demanda en la liquidación se evidencia que le fueron



**Proceso Ordinario Laboral 20 – 2019 – 0564 – 01 DTE: ERNESTO RIVERA BECERRA DDO: T.V.
CABLE COLOMBIA S.A.S. Y OTRO**

descontados pagos en referencia de ese supuesto préstamo por cuota de vehículo que tenía personalmente el demandante con la entidad SUFI y dichos descuentos no fueron pactados ni autorizados por el actor, eso fue aceptado dentro de la contestación, es decir, hay confesión, como también la hay en una tutela que es un documento judicial que dice que efectivamente ellos dicen que no tienen autorización de descuento. Que el recurso se interpone toda vez que a su parecer si existe absolutamente probada la mala fe de una entidad que sencillamente le ha vulnerado los derechos al demandante.”

DEMANDADA TV CABLE COLOMBIA S.A.S.

“Interpone recurso de apelación. Manifiesta que conforme los certificados de constitución y representación de las distintas empresas se establecen que muy distintos son los socios de TV COL respecto de los socios de TV CABLE, por lo que se determina que son personas jurídicas completamente diversas. Que de los mismos documentos se establece que si bien la empresa TV COL mermó sus actividades paulatinamente su objeto social es de manejo de redes en tanto que la empresa COLCABLE es una empresa que se dedica a la distribución de televisión cerrada por cable e internet lo que demuestra que son empresas jurídica y materialmente diversas. De otro lado, debe tenerse en cuenta que si bien alguno de los empleados de TV COL pasaron a COL CABLE no fue la totalidad de ellos, porque la empresa COL CABLE es una empresa posterior a TV COL que surgió con un objeto social distinto, y para que los empelados de TV COL pudieran pasar a ella debían presentar su renuncia como lo señalan los testigos.

De otro, por ser el elemento de sustitución patronal el elemento base generador de las prestaciones que son reconocidas en la sentencia, al demostrarse que son personas jurídicas, económica y funcionalmente diversas no surge a cargo de COL CABLE el pago de cualquier situación prestacional que provenga a favor del demandante respecto de la empresa TV COL.

Que los testigos señalan que al finalizar la relación laboral con la empresa TV COL se le pagó la totalidad de su liquidación, que es claro que el actor era un funcionario de dirección y confianza tanto en la empresa TV COL como posteriormente en la empresa COL CABLE, que si el empleador no se le hubiera pagado teniendo él la facultad de despedir a los empelados como constantemente lo hacía, es lógico que es un hecho claramente demostrativo que si recibió su liquidación.

Que la documentación que no se pudo aportar al proceso es producto de la desaparición de la misma, y mal hace el abogado del demandante en señalar que esta defensa está afirmando que el demandante se la hurtó, lo que si se demostró es que él tenía todos estos documentos y que casualmente estos documentos desaparecen de la carpeta laboral precisamente cuando se produce la desvinculación del demandante, pero esto no prueba ninguna mala fe por parte de la demandada lo que prueba es que ocurrieron unos hechos, por lo demás al demandante se le olvida afirmar tener en cuenta que desde la acción de tutela se señaló la pérdida de esos documentos, no es un hecho sobreviniente es un hecho que se señaló desde la tutela, y fue el juez de tutela el que le negó las pretensiones al demandante, lo cual demuestra que no hubo mala fe.

Que, si bien la empresa SUFI financió el vehículo, quien le prestó el dinero para pagar las cuotas y que no las pagaba de su salario, sino que fue un préstamo que él pidió y



que se demostró que se le hicieron las erogaciones fue precisamente la empresa TV CABLE COLOMBIA S.A.S.

Que al no existir el elemento generador de la sustitución patronal cual es la unidad de empresa y la unidad de relación laboral, el resto de las prestaciones reconocidas al actor pierden su esencia jurídica y por ende la sentencia debe ser revocada sobre esos temas, al igual que lo relativo a los préstamos realizados al actor, quien no solo recibió su liquidación hasta el año 2014 como lo precisan los testimonios, sino que recibió los préstamos y se benefició de esos dineros.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandante y de la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S., de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece por la parte actora: a la no condena por la indemnización moratoria del artículo 65 del CST al insistir que la demandada actuó de mala fe al realizar descuentos no autorizados; y por parte de la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S., se opone a la declaración de sustitución del empleador, al considerar que ello conllevó a las condenas de la demanda por concepto de prestaciones, al demostrarse que las demandadas son personas jurídicas, económica y funcionalmente diversas, y que por tanto, no surge a cargo de COL CABLE el pago de cualquier situación prestacional a favor del demandante respecto de la empresa TV COL, y se opone en lo relativo a la obligación de reintegrar las sumas descontadas de la liquidación final.

Sea lo primero considerar que, por razones estrictamente metodológicas la Sala abordará el estudio en primer lugar del recurso de apelación formulado por la demandada TV CABLE COLOMBIA S.A.S., o conforme su sigla, y en lo sucesivo, COLCABLE TV S.A.S.



Así las cosas, sobre la sustitución de empleadores el artículo 67 del CST define esta figura de la siguiente manera: *“Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.*

Así mismo, de antaño la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha expresado sobre la configuración de la sustitución de empleadores, lo siguiente:

“Esta figura se presenta en la relación entre el trabajador cuando confluyen tres requisitos esenciales, el cambio de un empleador por otro, por cualquier causa; la continuidad en la prestación personal del servicio por parte del trabajador, y que exista continuidad en la empresa, es decir, que se conserve lo esencial de las actividades que venía desarrollando. Sentencia con radicación 11445 del 27 de mayo de 1999. M.P. Fernando Vásquez Botero

Y más recientemente este criterio ha sido reiterado, mediante la sentencia SL2237-2021, del 26 de mayo de 2021, radicación 72054, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al expresar como requisitos para la configuración de la sustitución de empleadores, *se requiere cambio de empleador, continuidad de la empresa o identidad del establecimiento y continuidad de servicios de los trabajadores.*

Descendiendo en el caso bajo estudio, desde ya considera la Sala que, contrario a la conclusión a la que arribó el a quo sobre la configuración de la sustitución de empleadores, en el presente asunto no es posible acceder a la aplicación de esta figura, comoquiera que, no se encuentran reunidos los presupuestos legales y jurisprudenciales antes mencionados.



Y ello es así, en tanto que, tampoco es posible declarar la existencia de una sola relación de trabajo, toda vez que, de la valoración probatoria en conjunto que realizó el Tribunal, de la comunicación de terminación del contrato de trabajo (fl.41), de la contestación de la demanda por parte de la vinculada TV COL LTDA, (fls.181 a 190), y lo dicho por los testigos Ángel Martínez y Paola Beltrán, es válido concluir la existencia de un primer contrato de trabajo con la TV COL LTDA entre el 13 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014, y posteriormente un segundo contrato con COLCABLE TV S.A.S., entre el 1 de septiembre de 2014 hasta el 25 de enero de 2018, y en tal sentido se MODIFICARÁ el numeral PRIMERO de la sentencia.

Aunado a lo anterior, nótese que, si la decisión a la que arribó el juez fue precisamente a que se había configurado la sustitución de empleadores, la condena también debió modularse en el sentido de aplicar la responsabilidad solidaria de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles al antiguo empleador, advirtiendo que, si el nuevo empleador las satisface, puede repetir contra el antiguo, y en general, bajo las previsiones del artículo 69 del CST.

Sin perder de vista lo anterior, es claro que en este caso no subsistió la identidad de las empresas empleadoras, tal como lo hace ver el apoderado de la parte demandada en el recurso, y la demandada TV COL LTDA en la contestación de la demanda, aspecto que el a quo pasó inadvertido, y ni que decir, sobre el desconocimiento de las reglas establecidas en el precedente jurisprudencial al respecto, en punto a que no hubo continuidad de empresa o identidad del establecimiento comercial, conforme se logra probar con los diferentes certificados de existencia y representación legal de cada una de las demandadas TV COL LTDA y COLCABLE TV S.A.S., que obran en el proceso,



donde se aprecian como dos sociedades totalmente distintas, excepto sobre la participación del señor Luis Alfonso Guzmán Rodríguez en cada una de ellas en calidad de socio, accionista o representante legal.

Por consiguiente, entiende la Sala que el juez confundió la continuidad o identidad de empresa, con el hecho que el señor Luis Alfonso Guzmán Rodríguez tuviera participación en cada una de las dos sociedades para las cuales el actor prestó sus servicios, en todo caso, son establecimientos distintos, por lo que no es posible asegurar que de igual manera hubo continuidad en los servicios de los trabajadores, que, dicho sea de paso los testigos Ángel Martínez y Paola Beltrán coincidieron en afirmar que la terminación del vínculo laboral del actor con TV COL LTDA lo fue por renuncia de este, para así empezar a laborar al servicio de COLCABLE TV S.A.S.

Con todo, no era posible en el presente caso pregonar una sustitución de empleadores por las razones antes advertidas, a las que se suma lo manifestado en uno de los apartes de la comunicación de terminación del contrato de trabajo dirigida al demandante y suscrita por quien funge como gerente general de COLCABLE, en los siguientes términos:

(...)

“Teniendo en cuenta que usted tuvo un contrato de trabajo con la empresa TV COL LTDA desde el 13 de septiembre de 2010 hasta el 31 de agosto de 2014, y posteriormente por sustitución patronal que después fue vinculado a la empresa TV COLOMBIA S.A.S. NIT900551084-7 desde el 1 de septiembre de 2014 hasta la presente fecha, la empresa TV CABLE COLOMBIA S.A.S., ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo, de forma unilateral a partir de la fecha de la presente comunicación.”

(...)



Luego, de lo así citado es posible concluir varias situaciones, primero, que para la sociedad COLCABLE para la fecha en que decidió dar por terminado el vínculo laboral con el actor, era claro que, con esta sociedad el demandante había iniciado el vínculo laboral a partir del 1 de septiembre de 2014, independientemente si la misma estaba suscrita por quien también funge como socio de TV COL LTDA, y segundo, que no por el hecho que al interior de la misiva el empleador considerara en su entender que se encontraba frente a una sustitución de empleadores, por ello, el operador judicial deba ir en la misma dirección interpretativa, pues el juez es quien está llamado a conocer el derecho – *iuria novit curia*-.

En virtud de todo lo considerado, al modificarse la decisión en el sentido que existieron dos contratos de trabajo independientes entre sí, entre el actor y cada una de las demandadas, aunado al hecho que no logró determinar la sustitución de empleadores, lo anterior, conlleva consecuentemente a la necesidad que se modifique el numeral TERCERO de la sentencia, en el sentido de condenar a TV COL LTDA a consignar a la administradora de fondo de pensiones a la que se encuentre afiliado el demandante o al que elija, el valor correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2012 hasta agosto de 2014, en las mismas condiciones en que fue ordenado inicialmente a TV CABLE COLOMBIA S.A.S.

Y como último aspecto a analizar respecto del recurso formulado por el apoderado de la demandada COLCABLE TV S.A.S., es lo relativo a la orden de reintegrar los valores descontados de la liquidación final de prestaciones por concepto de préstamos – cuota de vehículo, frente a lo cual, el recurso no está llamado a prosperar en tal sentido, conforme el numeral 1° del



artículo 59 del CST, norma que prohíbe a los empleadores lo siguiente: *“deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de estos para cada caso, o sin mandamiento judicial...”* con excepción de los supuestos fácticos que allí se enlistan, y que no aplican en este caso, por consiguiente, en el presente trámite brilla por su ausencia la mentada autorización que exige la norma para que el empleador haya deducido los valores referidos en la liquidación final de prestaciones sociales.

Por otro lado, frente al recurso de apelación de la parte demandante, sobre la inconformidad ante la no condena por la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, nótese que el apelante en la sustentación para justificar la procedencia de ese concepto, tiene en cuenta los descuentos que se realizaron al trabajador sin autorización y que ahora son objeto de condena, además de aducir situaciones internas y confusas relativas al extravío de documentos, manifestaciones que no revisten fundamento alguno, y que por demás no interesan al proceso, olvidando que, conforme el criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral, la imposición de dicha sanción no es de carácter automática, sino que, en cada caso debe atenderse las situaciones particulares en pro de analizar la conducta del empleador en la omisión de salarios y prestaciones sociales al término de la relación laboral.

Así las cosas, en el presente caso, y contrario a lo considerado por el apoderado del demandante, no se observan actos guiados por la mala fe, o que tuvieran la intención de afectar al trabajador al vulnerar derechos laborales de este, y contrario a ello, conforme la libre formación del



convencimiento de acuerdo al artículo 61 del CPT y de la SS, lo que se precisa es que, el empleador consideró que la liquidación se ajustaba a la realidad prestacional producto de la relación de trabajo, aunado al hecho que, no se puede olvidar que las partes intentaron ventilar situaciones personales que solo estas conocen, que no hicieron parte del debate probatorio y que no interesaron en procura de dar solución al problema jurídico planteado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la sentencia, en el sentido de **DECLARAR** que entre el demandante ERNESTO RIVERA BECERRA y la demandada TV COL LTDA existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 13 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2014, y que entre el demandante ERNESTO RIVERA BECERRA y la demandada TV COLOMBIA S.A.S. LTDA existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 hasta el 25 de enero de 2018, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el numeral **TERCERO** de la sentencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada TV COL LTDA a consignar a la administradora de fondo de pensiones a la que se encuentre



afiliado el demandante o al que elija, el valor correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para el periodo comprendido entre el mes de diciembre de 2012 hasta agosto de 2014, en las mismas condiciones en que fue ordenado inicialmente a TV CABLE COLOMBIA S.A.S., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

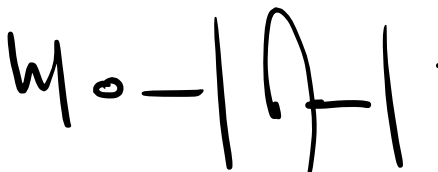
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 21-2018-0641-01

ASUNTO: CONSULTA

DEMANDANTE: ARNULFO MANUEL ARCON MONTERO

DEMANDADOS: SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO
AGROPECUARIO como administradora del PATRIMONIO
AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS
SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – PARISS EN LIQUIDACIÓN

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En Grado Jurisdiccional de Consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el día 8 de abril de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta.

ANTECEDENTES

El señor Arnulfo Manuel Arcón Montero por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia del contrato de trabajo con el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS entre el 29 de abril de 1994 hasta el día 31 de marzo de 2015; como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al pago de cesantías, que estima en suma de \$43.733.344,51, calculada con un salario promedio de \$2.090.282; a reliquidar la indemnización por terminación de la relación laboral que estima en \$80.156.508,36; al mismo tiempo solicita el pago de la diferencia que resulte entre la indemnización por terminación de la relación laboral pagada, y la que en derecho corresponda; indexación y costas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, inició a laborar para el extinto ISS a partir del 29 de abril de 1994 para prestar servicios como auxiliar de servicios administrativos hasta el 28 de abril de 1995, a través de nombramiento provisional; que a pesar que subsistieron interrupciones al interior de la vinculación provisional, señala que prestó los servicios de manera permanente y sin solución de continuidad hasta el 27 de abril de 1997; que el 2 de mayo de 1997 suscribió contrato de trabajo a término



indefinido con el ISS para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios administrativos; que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo en su condición de trabajador oficial; que el 27 de diciembre de 2001 se suscribió entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridadsocial la convención colectiva para la vigencia 2001-2004, en la que se dispuso congelar “*la retroactividad de las cesantías convencionales*” por el término de 10 años, y que fue por ello que, a partir del 2002 se dispuso el pago anualizado de esa prestación.

Que, con ocasión del proceso de liquidación del ISS se dispuso el ofrecimiento de un plan de retiro consensuado para los trabajadores de la entidad; que Fiduprevisora S.A. presentó al actor proyecto de oferta de retiro el 23 de octubre de 2012, en el que se liquidaban las cesantías por valor de \$36.020.671 teniendo como inicio de la relación laboral el 29 de abril de 1994, propuesta que manifiesta rechazó.

Que el 26 de noviembre de 2014 Fiduprevisora S.A le remitió otra oferta de plan de retiro consensuado, del que manifiesta que no se reconoció el valor de las cesantías, y que se tuvo como inicio de la relación laboral el 2 de mayo de 1997, propuesta que también desestimó.

Que la relación laboral tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 2015, fecha límite de liquidación del ISS, conforme el Decreto 2714 de 2014 y Decreto 2013 de 2012; que a través de la Resolución 7621 del 11 de febrero de 2015 se dispuso el pago de prestaciones sociales e indemnización por terminación de la relación laboral a favor del actor, en suma de \$78.672.682, sin que se tuviera en cuenta el pago de cesantías, además que se vario la fecha de inicio



del vínculo laboral del 29 de abril de 1994 al 2 de mayo de 1997, por lo que considera que el valor de la indemnización disminuyó.

Que el ISS siempre reconoció que la fecha de inicio del vínculo laboral fue el 29 de abril de 1994, tal como se plasmó en la constancia expedida por el jefe de Recursos Humanos de la Seccional Atlántico del ISS en liquidación.

Que el 31 de marzo de 2015 se suscribió acta de liquidación del Instituto de Seguros Sociales, pero que antes se había suscrito el contrato de fiducia mercantil N°015 de 2015 con Fiduagraria S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Fiduagraria S.A. contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda, y en cuanto a los hechos manifestó no constarle ninguno de ellos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de las obligaciones demandadas; cobro de lo no debido; prescripción; incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa; cosa juzgada; retroactividad de la norma laboral; retroactividad de la norma laboral; buena fe del ISS y del patrimonio autónomo de remanentes PAR ISS; falta de interés, falta de legitimidad en la causa; carencia de la acción; y, falta de demostrar la cuantía del daño.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:



(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor ARNULFO MANUEL ARCON MONTERO y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES existió un contrato de trabajo vigente entre el 29 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2015, en calidad de trabajador oficial, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de cosa juzgada y probada la de prescripción, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda presentadas por el demandante en contra de la demandada.

CUARTO: SIN COSTAS DE ESTA INSTANCIA por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión en virtud del artículo 69 del CPT y SS.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico consiste en determinar si existió un contrato de trabajo entre el actor y el ISS entre el 29 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2015, y de ser así, determinar si hay lugar al pago de las cesantías retroactivas de todo el tiempo de duración de la relación laboral, si existen diferencias a su favor por indemnización convencional por terminación de la relación laboral conforme el art 5 de la convención colectiva de 2004, e indemnización moratoria del artículo 1 del decreto 797 de 1949 y en subsidio indexación.

Que conforme con el decreto 2148 de 1992 el ISS era una empresa industrial y comercial del Estado centralizada en la rama ejecutiva del orden nacional vinculada al Ministerio del Trabajo razón por la cual sus funcionarios son trabajadores oficiales por regla general como lo establece el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968; que la Corte en sentencia 26446 de 23 de marzo de 1996 donde indicó que conforme los criterios



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2018 – 0641 – 01 DTE: ARNULFO MANUEL ARCON MONTERO
DDO: FIDUAGRARIA**

orgánicos y funcionales del Estado tanto del orden central como territorial relacionados el primero con la naturaleza jurídica de la entidad a la que se prestó el servicio y el funcional es la actividad que prestó el servidor, y la regla general es que son empleados públicos las personas que laboran en el gobierno central y los entes territoriales en tanto que solo son trabajadores oficiales los que laboran en construcción y sostenimiento de obras públicas, o bien en las empresas industriales y comerciales en los diferentes niveles.

Que en caso de salir adelante las pretensiones de la demanda se equipararía a trabajador oficial; que el art 2 del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requieren tres elementos la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación y un salario como retribución; el art 3 establece que una vez reunidos los anteriores elementos el contrato de trabajo no deja de serlo por la denominación que se le dé, o por la forma como se ejecute; que corresponde al despacho precisar si hay pruebas demostrativas de los elementos del contrato para los extremos como se solicitan en la demanda.

A folio 52 CD carpeta administrativa del dte, se encuentra la resolución del nombramiento provisional, acta de posesión del actor para el cargo de ayudante servicios generales clase 2 grado 9, a partir del 29 de abril de 1994 al 28 de abril de 1995, resolución de nombramiento provisional 1739 de 1995 y acta de posesión del 2 de mayo de 1995 para el cargo de ayudante servicios generales clase 2 grado 9, a partir del 2 de mayo de 1995 y hasta el 1 de mayo de 1996, y así para el año 1996; resolución de nombramiento provisional 5748 de 1996, acta de posesión del 30 de octubre de 1996 para el cargo de ayudante de servicios generales clase 2, grado 9, del 96 al 97; contrato de trabajo a término indefinido del 7 de abril de 1997 con vigencia a partir del 7 de mayo de ese año para el mismo cargo; modificación al contrato de trabajo en el que se reubica al trabajador; y resolución 7621 de 2015 se dispone el retiro del trabajador a partir del 31 de mayo de 2015, teniendo como extremos el 2 de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2015.

Que para el juzgado es claro que el actor estuvo vinculado con el ISS a partir del 29 de abril de 1994 al 31 de marzo de 2015; se dice que entre algunos nombramientos hubo solución de continuidad; que del 24 de abril de 1994 al 28 de abril de 1995, del 2 de mayo de 1995 al 1 de mayo de 1996, del 24 de julio de 1996 al 23 de octubre de 1996, del 30 de octubre de 1996 al 21 de abril de 1997, del 2 de mayo de 1997 al 31 de marzo de 2015 través de contrato a término indefinido; que frente a las interrupciones la Corte en sentencia SL981 radicación 64064 del 20 de febrero de 2019 precisó que frente a la unidad del contrato de trabajo, cuando median interrupciones inferiores a un mes estas deben ser consideradas como aparentes o formales sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención de continuar el vínculo laboral como en el presente caso, SL4816 de 2015.

Se advierten interrupciones de 4 o 5 días los cuales no permiten declarar diferentes relaciones laborales; que para el periodo comprendido entre el 1 de mayo 1996 al 24 de junio de 1996 que si bien no existe vinculación provisional, en el proceso existen diferentes certificaciones que dan cuenta de la continuidad del dte a favor del ISS folio 492 en el cual el día 13 de noviembre de 2012 la jefe de recursos humanos de la seccional consignó que el dte prestaba sus servicios al Instituto desde el 21 de abril de 1994 y que ocupaba el cargo de auxiliar de servicios administrativos documento que no fue desconocido ni tachado, que para el año 2013 se expide nueva certificación pero con fecha distinta de inicio, esto es, del 2 de mayo de 1997 folios 246 y 248 del CD folios 52.

Que los testigos dieron fe de las actividades personales que prestó el dte a favor del ISS y continuidad de sus labores Omar de Jesús Bolaños compañero de trabajo quien



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2018 – 0641 – 01 DTE: ARNULFO MANUEL ARCON MONTERO
DDO: FIDUAGRARIA**

laboró en tesorería señaló haber conocido al dte desde 1994 cuando inició a laborar en provisionalidad para la entidad, que el actor perteneció primero al área de compras, y luego a suministros, posteriormente a archivo desde el año 1996 a tesorería última dependencia donde pasó la mayor parte de tiempo, y que antes que el actor pasara a esa área sabía que sus labores, que los pagos que le hacían pasaban por tesorería, frente a la continuidad de las labores del dte indicó que le constaba que este siempre había laborado al servicio de la entidad sin interrupción, que lo veía a diario e incluso cuando se vencían los nombramientos continuaba trabajando a favor de la entidad y que le constaba porque tenía mucha relación con tesorería.

La testigo Jenifer Hernández manifestó que ella laboró desde 1992 y que fue compañera de trabajo del dte desde 1994, que tuvo conocimiento que el dte tuvo varios nombramientos provisionales, hasta que le hicieron contrato definitivo e ingresó a planta, señaló que no creía que el dte hubiera dejado de laborar ciertos periodos, afirmó que lo sabía porque lo veía todos los días.

Que conforme el principio de la primacía de la realidad sobre las formas del art 53 de la CP, art 1 a 3 del decreto 2127 1945, que al igual que los contratos de particulares, también hay una presunción legal al prestarse servicios a favor de una entidad oficial y quien se beneficia del mismo le corresponde derribar la presunción, que la prestación personal del actor quedó acreditada con los testimonios, y la continuidad de las labores pese a las interrupciones que existieron, testimonios analizados en conjunto con las certificaciones.

Folios 117, 119, 146 y 147, 172 certificaciones que dan cuenta entre el periodo comprendido del 29 de abril de 1994 al 30 de dic de 2001 sin que se mencione algún intervalo específico, todo lo anterior le lleva a concluir que entre el ISS y el dte existió un contrato de trabajo entre el 29 de abril de 1994 al 31 de marzo de 2015 ostentando la calidad de trabajador oficial y así se declarará.

Que dada la calidad de trabajador oficial le es aplicable la convención colectiva 2001-2004 folios 64 a 63, que si bien no se acreditó que el dte haya estado afiliado a la organización tampoco obra prueba que indique renunció expresamente a los beneficios de la convención por lo que tendría derecho a su aplicación y sería beneficiario de la misma.

Sobre el reconocimiento y pago de las cesantías retroactivas el art 62 de la convención colectiva dispuso que a partir del 1 de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por 10 años, el instituto procederá a liquidar a 31 de dic de 2001 en forma retroactiva las cesantías de la totalidad de los trabajadores y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía de 12% anual correspondiente al año 2001 los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002. Que a 31 de dic de 2002 y por los años subsiguientes las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del 12% anual por el respectivo año objeto de liquidación los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

De esta manera es dable afirmar que la intención de las partes fue la de crear una regla temporal que reguló el régimen para calcular las cesantías en la cual el auxilio que fuera causado hasta el 31 de dic de 2001 se liquidaban y pagaban de manera retroactiva con interés anual del 12% mientras las que se causaban el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de dic de 2011 debían calcularse anualmente en virtud del congelamiento del régimen de retroactividad durante ese lapso por 10 años. De modo que una vez finalizado este plazo la prestación social volvía a liquidarse con base en el régimen de retroactividad como lo interpretó la sala laboral de la Corte en sentencia SL3823 rad 83874 del 30 de sept de 2020; que conforme lo dicho por la Corte la regla convencional analizada no es contraria a los derechos fundamentales de los trabajadores pues fue producto de lo acordado por el sindicato y la empresa, lo que



**Proceso Ordinario Laboral 21 – 2018 – 0641 – 01 DTE: ARNULFO MANUEL ARCON MONTERO
DDO: FIDUAGRARIA**

significa que las partes avalaron permitir al ISS amoldarse a las circunstancias económicas de ese momento.

Que una vez verificada la liquidación de prestaciones sociales visible a folio 331 se encuentra que el ISS liquidó esta prestación conforme el art 62 de la convención colectiva tomando el ultimo salario devengado por el actor y demás factores salariales de la disposición salarial, no obstante, al tomar el extremo inicial desde el 2 de mayo de 1997, omitió el tiempo desde el 24 de 1994 y el 1 de mayo de 1997 tiempo en el cual el trabajador prestó activamente sus servicios.

Sin embargo, la parte demandada interpuso la excepción de prescripción, debe recordarse que conforme el art 41 del decreto 3135 de 1968 se tienen que los derechos laborales prescriben transcurridos tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, el simple reclamo escrito interrumpe la prescripción sin que ocurra lo mismo frente al auxilio de cesantías y se recuerda que esta no prescribe durante la ejecución del contrato sentencia 34393 del 2010.

Así las cosas, se advierte que el extremo final del contrato data del 31 de marzo de 2015 sin que con posterioridad la parte accionante hubiese demostrado la elevación de la reclamación administrativa ante la demandada por concepto de cesantías antes del término trienal y conforme el folio 138 la demanda se presentó solo hasta el 25 de octubre de 2018 al haber transcurrido más de los tres años desde la finalización del contrato.

Que si bien a folios 333 a 365 se encuentra la resolución 7621 del 2015 por medio de la cual se liquida y ordena entre otros el auxilio definitivo de cesantías al dte, esa situación tuvo lugar antes de la finalización del contrato por lo que no interrumpiría el fenómeno prescriptivo e incluso es de una data anterior; folio 499 del pdf o en la parte final de la resolución 9365 del 17 de mayo de 2015 a través de la cual se confirman en todas sus partes la resolución 7621 del 11 de febrero de 2015, siendo notificado el 25 de mayo de 2015 folio 500, tiempo desde el cual también han transcurrido más de tres años, por lo que esta prestación se encontraba prescrita al momento de la presentación de la demanda y así se declarará probada la excepción de prescripción.

Sobre la indemnización por despido sin justa causa, conforme el art 5 de la convención, estabilidad laboral de trabajadores oficiales del ISS, que no podrían terminarse los contratos de trabajo tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobada, art 7 del decreto ley 2351 de 1965 o previo cumplimiento del art 1 del mismo decreto, lo establecido en el inciso 16 del art 108 de la convención estableciendo que cuando el instituto termina el contrato de trabajo sin justa causa y de manera unilateral deberá pagar al trabajador una indemnización que está ahí tarifada. Que en el presente caso la terminación del contrato del actor se debió a la liquidación del ISS como se señaló en la resolución 7621 del 2015 folio 45 a 46, lo que comporta una terminación sin justa causa, sentencia 687730 del 2019 no obstante debe realizarse la misma intelección frente a la excepción de prescripción realizada frente a las cesantías por haber sido reconocida de manera conjunta en la resolución 7621 de 2015, se encontraba prescrita a la fecha de presentación de la demanda.

Que la misma suerte corre la indemnización moratoria deprecada por cuanto el fenómeno prescriptivo también operaría y dos al no haber condenas por los otros conceptos pues no tendría su origen.

Que frente a la excepción de cosa juzgada la misma se fundamenta con la documental visible a folio 274 y 520 del pdf por la cual Fiduagraria otorga al dte la suma de \$11.728.688 como pago único por concepto de indemnización y seis meses de salario con ocasión al acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes aprobado en audiencia del 25 de octubre de 2016 ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Barranquilla, que conforme la sentencia SL798 de 2019 que para que se configure esta excepción de



haber identidad de personas o sujetos, que se trate de los mismos dte y demandados, objeto, y cosa pedida e intereses jurídicos que se reclaman y causa para pedir que se refiera al fundamento factico que sirve de fundamento del derecho reclamado. Que con las pruebas obrantes del plenario no podría realizarse un estudio de fondo, ya que ese proceso era una acción de fuero y lo que se concilia es una indemnización para no dar el reintegro del aforado, y en tal sentido no podría declararse probada esa excepción. Se negará las demás pretensiones, no probada la de cosa juzgada y probada la de prescripción. No condena en costas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor del demandante, se tiene que lo pretendido en la demanda corresponde a la declaración de un contrato de trabajo con el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS, para la vigencia comprendida entre el día 29 de abril de 1994 hasta el 31 de marzo de 2015, y que como consecuencia de ello, se condene al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales – PAR ISS- en liquidación, administrado por la sociedad fiduciaria de desarrollo agropecuario Fiduagraria S.A., al pago por concepto de cesantías retroactivas correspondientes a toda la relación de trabajo en suma de \$43.733.344,51, junto con el valor que resulte de la liquidación de la indemnización convencional por terminación del vínculo laboral conforme el artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo del periodo 2001 a 2004, por toda la vigencia del contrato de trabajo, y que estima en la suma de \$80.156.508,36, y la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949.

Téngase en cuenta que, la demandada al contestar la demanda manifestó frente a los hechos no constarle ninguno de ellos, no obstante, se opuso a la prosperidad de las pretensiones simplemente con la afirmación que estarse a lo existente en las pruebas arrimadas al proceso, e invita a la revisión de la normatividad aplicable en cada caso; de igual manera, formuló



las excepciones de mérito denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, incongruencia de las pretensiones frente a la aparente reclamación administrativa, cosa juzgada, retroactividad de la norma laboral, buena fe del ISS y del Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR ISS, falta de interés, falta de legitimidad en la causa, carencia de la acción y falta de demostrar la cuantía de daño.

En el presente asunto no hay duda sobre calidad de trabajador oficial del demandante mientras que estuvo al servicio del extinto ISS, tal como dan cuenta de las diferentes certificaciones y/o constancias visible a folios 31 a 40 del plenario, y la Resolución 7621 del 11 de febrero de 2015 (fls.42 y 43) mediante la cual al promotor le fueron reconocidas sumas correspondientes al pago de prestaciones sociales, cesantías e indemnizaciones, con ocasión al retiro del servicio activo del trabajador quien venía desempeñándose como Auxiliar de Servicios Administrativos, lo que ocurrió por medio del oficio N°10 000 – 07633 del 5 de febrero de 2015, expedido por el Apoderado General de la Fiduciaria la Previsora S.A., en calidad de liquidador del Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, descendiendo en el análisis de la naturaleza jurídica de los servidores del extinto ISS, el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, establece que: *“las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos*, por ende, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4866-2021 del 20 de octubre de 2021, radicación 82444, Magistrados Ponentes Gerardo Botero Zuluaga y Fernando Castilla



Cadena, por regla general, los servidores del Instituto de Seguros Sociales eran trabajadores oficiales, y, excepcionalmente según sus estatutos, serían empleados públicos cuando ejercieran funciones de dirección y confianza, ampliando la Corte la explicación, en los siguientes términos:

(...)

En ese sentido, también como lo advirtió el Tribunal, conforme a los criterios orgánico y funcional previstos en la normatividad antes citada, se tiene que en el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, la clasificación de los servidores de ISS, se estableció de la siguiente manera:

Artículo 1º. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

- 1. Presidente del Instituto.*
- 2. Secretario General y Seccional.*
- 3. Vicepresidente.*
- 4. Gerente.*
- 5. Director.*
- 6. Asesor.*
- 7. Jefe de Departamento.*
- 8. Jefe de Unidad.*
- 9. Subgerente.*
- 10. Coordinador Clase I, II, III, IV y V.*
- 11. Jefe de Sección.*
- 12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
- 13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.**

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos. (Subrayado fuera del texto).



(...).

Ahora, no debe olvidarse que el Acuerdo 76 de diciembre de 1994, aprobado por el Decreto 337 de 1995, varió la referida clasificación, adoptando otra nueva a nivel nacional, seccional, zonal y local, que en lo que concierne al tema en estudio, consagró:

Artículo 3°. El artículo 5° del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:

Estructura específica de los niveles. La estructura específica de las distintas dependencias y unidades organizacionales del Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional, Zonal y Local, se determina con base en las siguientes reglas:

En la estructura interna del Nivel Nacional, **las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Presidencia, Secretaría General, Vicepresidencias y Gerencias.** Las de Asesoría se denominan Direcciones y Unidades. Las ejecutivas son Departamentos, Coordinaciones y Secciones.

[...]

Vicepresidencias. Funcionan a Nivel Nacional en número de seis (6) y corresponden a las cuatro (4) áreas de servicio a los afiliados del Instituto, Promotora de Salud, Prestadora de Servicios de Salud, Pensiones, Protección de Riesgos Laborales y a las dos áreas de apoyo, Administrativa y Financiera.

Artículo 4°. El artículo 7° del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:

Estructura Interna. El Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional y Zonal, tendrá la siguiente estructura interna:

NIVEL NACIONAL

6. Vicepresidencia de Pensiones

6.1 Gerencia Nacional de Atención al Pensionado

6.2 Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados

6.3 Gerencia Nacional de Mercadeo de Pensiones.



Frente al alcance de las normas antes transcritas resulta oportuno traer a colación la providencia CSJ SL SL4345-2020, en la que al respecto se indicó:

*Entonces, de acuerdo con la clasificación de los empleos del ISS prevista en el Decreto 416 de 1997, en armonía con la estructura de la entidad consagrada en el Decreto 337 de 1995, para que los servidores **profesionales o secretarías ejecutivas** a que se refiere el numeral 13 del primero de los citados puedan considerarse como empleados públicos, **es indispensable que el cargo que desempeñen se encuentre adscrito a los despachos de presidente, secretario general o seccional, vicepresidente, gerente y director; que presten sus servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos, y que sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968.**(subrayado fuero del texto)*

Conforme a lo anterior, las funciones de abogada que ejecutaba la demandante, no pueden considerarse como parte de las «actividades de dirección o confianza» que deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos, tal y como se advierte en el cargo, y como erradamente lo estableció el Tribunal, pues como lo puso de presente la parte recurrente, las labores ejecutadas por aquella « no son orgánicas, coordinativas ni dinámicas, pues no persiguen esencialmente el éxito de la empresa, sino que se limitan a la simple ejecución concreta de proyectar escritos dentro de una programación establecida de antemano por el impulso directivo», esto conforme a los contratos de prestación de servicios, visibles a folios 148-150, donde se observa que las mismas consistieron en:

1. ASESORAR JURÍDICAMENTE AL SEGURO SOCIAL - VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A RECONOCER A LOS ASEGURADOS Y/O BENEFICIARIOS DE LAS MISMAS, PROYECTAR LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE SEGÚN EL ASUNTO A ASESORAR, EN LA DECISIÓN DE PRESTACIONES DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS DE REPOSICIÓN. 2. COADYUVAR Y BRINDAR LA INFORMACIÓN REQUERIDA Y NECESARIA A LA VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES DEL SEGURO SOCIAL PARA DAR PRONTA Y CUMPLIDA RESPUESTA, A LOS REQUERIMIENTOS IMPETRADOS POR PETICIONARIOS Ó ENTIDADES PÚBLICAS. 3. COLABORAR EN LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS PARA ADELANTAR Y CULMINAR LA DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. 4. RESPUESTA DERECHOS DE PETICIÓN, ENTES DE CONTROL, DESPACHOS JUDICIALES, RESPUESTA



ACCIONES DE TUTELAS Y TRÁMITE DE LAS MISMAS. 5. FOLIAR EL EXPEDIENTE CUANDO HAYA LUGAR A ELLO. 6. CUANDO DIERA LUGAR MANTENER ACTUALIZADO EL SISTEMA. 7. COLABORAR EN MATERIA DE CAPACITACIÓN AL SEGURO SOCIAL - VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES CUANDO LE SEA REQUERIDO. 8. MANTENER LA DEBIDA RESERVA Y DISCRECIÓN DE LOS ASUNTOS QUE CONOZCA EN RAZÓN DE SUS ACTIVIDADES. 9. CEDER AL INSTITUTO LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR DESARROLLADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, REALIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CONTRATO. 10. ASISTIR A TODAS LAS REUNIONES PROGRAMADAS POR EL SEGURO SOCIAL - VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES PARA DEBATIR TEMAS ESPECÍFICOS RELACIONADOS CON EL ESTUDIO Y DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE TIENDAN A FIJAR LINEAMIENTOS. 11. CUMPLIR CON LOS DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS POR LA VICEPRESIDENCIA A LAS DIFERENTES SECCIONALES DEL PAÍS CUANDO EL NEGOCIO DE PENSIONES LO REQUIERA SIEMPRE Y CUANDO SE RELACIONE CON LAS OBLIGACIONES OBJETO DEL CONTRATO. 12. CUMPLIR OPORTUNAMENTE CON LOS INFORMES DE ACTIVIDADES ANTE EL INTERVENTOR DEL CONTRATO. 13. RESPONSABILIZARSE DE LOS ELEMENTOS DEVOLUTIVOS QUE LE ASIGNE EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE SUS OBLIGACIONES CONFORME A LA RELACIÓN DE LOS MISMOS QUE SE HAGA EN EL MOMENTO DEL INICIO DE SUS ACTIVIDADES, HACER BUEN USO DE ELLOS Y DEVOLVERLOS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO. 10. (SIC) CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DESCRITAS EN LOS NUMERALES ANTERIORES, DE CONFORMIDAD CON LA PROGRAMACIÓN ESTABLECIDA POR EL SEGURO SOCIAL-VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES. LAS DEMÁS ACTIVIDADES QUE LE SEAN ASIGNADAS EN EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL POR NECESIDAD DEL SERVICIO.; responsabilizarse de los elementos devolutivos que le asigne EL INSTITUTO para el desarrollo de sus obligaciones conforme a la relación de los mismos que se haga en el momento del inicio de las actividades, hacer buen uso de ellos y devolverlos a la terminación del contrato; mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades; mantener la reserva profesional sobre la información que le sea suministrada para el desarrollo del objeto del contrato; ceder al Instituto de Seguros Sociales los derechos patrimoniales de los programas de computador desarrollados para el cumplimiento del objeto contractual, realizados durante la vigencia de este contrato, cumplir oportunamente con los informes de actividades ante el interventor del contrato; cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida



por EL INSTITUTO-DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN AL PENSIONADO SECCIONAL Y LAS METAS A CUMPLIR SERÁN (...)

Bajo el anterior contexto, resulta palmario que aunque dentro de las funciones desempeñadas por la demandante se encontraban las de asesorar jurídicamente y brindar el apoyo necesario al Seguro Social - Vicepresidencia de Pensiones, sus servicios no se prestaban en forma directa al titular de tal dependencia, como tampoco se circunscribían a actividades relacionadas con aquellas de dirección, confianza y manejo, ya que de los oficios desempeñados por la demandante, no resulta viable concluir que su cargo «reuniera con claridad las características que identifican a los cargos de dirección, confianza y manejo que exigen, honradez, rectitud y lealtad especiales, lo que indica que el empleador deposita en el trabajador un grado especial de confianza, distinto al exigido a cualquier otro trabajador, en tanto aquellas labores comprometen de manera importante los intereses económicos de la empresa».(CSJ SL 19 jul.2006, rad.24428), puesto que los mismos tienen «más relación con las condiciones en que se desempeña la labor por el especial grado de compromiso, confianza y vinculación con los intereses del empleador y el manejo de la empresa» (CSJ SL 19 jul.2011, rad.38783).

En consecuencia, conforme a lo antes expuesto, el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley denunciada al determinar, conforme al inciso 2º del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en armonía con el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el Decreto 416 de ese mismo año, que la relación laboral que la demandante sostuvo con la entidad convocada al proceso entre el 2 de marzo y el 30 de noviembre de 2012, se desarrolló bajo la condición de empleada pública, puesto que como quedó visto, según los contratos de prestación de servicios que suscribieron las partes, las funciones por ella desempeñadas no corresponden a aquellas catalogadas como de dirección confianza y manejo, así como tampoco, que en el cargo por ella ocupado, fueran para prestar sus servicios de manera directa al titular de la vicepresidencia de pensiones. En consecuencia, las acusaciones prosperan, por lo que no hay lugar a imponer costas por el recurso extraordinario.

Ahora bien, téngase en cuenta que la calidad del demandante como trabajador oficial, no fue desconocida por la entidad, por lo menos desde el 2 de mayo de 1997, fecha hasta la cual el actor venía prestando sus servicios al extinto Instituto sin que le fuera reconocida la misma desde el 29 de abril



de 1994, a pesar de que, sus funciones no correspondían a las de los servidores catalogados como dirección, confianza y manejo, siendo importante recordar el precedente jurisprudencial en cuanto que, los criterios para determinar la calidad público o de trabajador oficial son el orgánico y el funcional, quedando demostrado que por ese lapso anterior al 2 de mayo de 1997 el actor fungió como ayudante de servicios generales, Clase II, Grado 9, Dedicación Completa. Dirección de Servicios Administrativos UPI, tal como dan cuenta las certificaciones expedidas en la seccional Atlántico del extinto ISS.

Conforme lo anterior, la primera instancia encontró probado el contrato de trabajo con anterioridad al 2 de mayo de 1997 y desde el día 29 de abril de 1994 y hasta el 31 de marzo de 2015, teniendo en cuenta el acervo probatorio en su conjunto incluidas las declaraciones testimoniales recaudadas de los señores Omar de Jesús Bolaños y Jenifer Hernández, y de conformidad con lo establecido en el Decreto 2127 de 1945, decisión que será confirmada.

Por otro lado, frente a la aplicación de la Convención Colectiva con vigencia 2001- 2004, respecto de la cual se pretenden sus efectos con la demanda, tal como lo manifestó la juez de instancia, no hay prueba alguna que acredite la afiliación del actor a la organización sindical SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo cual no es óbice para que el promotor sea beneficiario de las prebendas sindicales allí establecidas, comoquiera que, en el proceso tampoco obra prueba que el trabajador haya renunciado expresamente a ella, conforme se reiteró en la sentencia CSJ SL2736-2020:



(...)

*Al efecto cabe destacar que el artículo 1º del mencionado convenio colectivo señala que Sintraseguridadsocial «actúa como **SINDICATO MAYORITARIO** de conformidad con el artículo 357 C.S.T.». Y el 3º establece que «serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37, 38 y subsiguientes del Decreto Ley 2351 de 1965 (Código Sustantivo del Trabajo). Para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente artículo el ISS reconoce su **representación mayoritaria**» (negrillas fuera de texto).*

Así las cosas, no pudo equivocarse el Tribunal al extender a la actora los beneficios de la citada convención suscrita por Sintraseguridadsocial y el ISS, pues, como se anotó en precedencia, la aludida organización sindical actuaba como sindicato mayoritario y por tal razón, conforme a lo previsto en el artículo 471 del CST (Mod. Decr. 2351 de 1965, art. 38), «las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma (empresa), sean o no sindicalizados». De tal manera que no puede la recurrente pretender negar los derechos convencionales de la actora bajo el supuesto de no aportar la cuota sindical por beneficio convencional, cuando se le tenía como contratista independiente y no como trabajadora subordinada (ver sentencia del 15 de mayo de 2012, rad. 35954).

(...)

Con todo, le asiste razón a la primera instancia en considerar la procedencia del derecho del demandante al pago por concepto de cesantías entre el 29 de abril de 1994 hasta el 1 de mayo de 1997, liquidadas anualmente, puesto que, recuérdese que la retroactividad de esta prestación a partir del 1 de enero de 2002 por el término de 10 años, de modo que, con posterioridad al



31 de diciembre de 2011, se continuarían liquidando y pagando en la forma solicitada en la demandada.

Dicho lo anterior, sería posible condenar a la demandada a la reliquidación de dicha prestación, comoquiera, que tras su convencimiento que el promotor solo ostentó la calidad de trabajador oficial desde el 2 de mayo de 1997, y en tal sentido procedió en la liquidación de prestaciones sociales (fl.331) y bajo las premisas del artículo 62 convencional, por lo que, con anterioridad a esta última data estarían insoluto su pago, sin embargo, en virtud de la excepción de prescripción formulada en la contestación de la demanda conforme el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, sobre el mismo operó el fenómeno extintivo, pese a que, sabido es que las cesantías no prescriben en vigencia de la relación de trabajo, y el termino prescriptivo sobre estas empieza a contabilizarse una vez finalizado el vínculo laboral, que para el caso, si bien se tiene como el 31 de marzo de 2015 el extremo final, día de suscripción de acta de liquidación del ISS, lo cierto es que solo hasta el 25 de octubre de 2018 (fl.93 acta de reparto) fue presentada la demanda, transcurriendo más de tres años y sin que se probara reclamación previa que interrumpiera la prescripción.

Por otro lado, sobre la indemnización por despido sin justa causa, no cabe duda que en efecto así lo fue, puesto que, ante la inminente liquidación del ISS consecuentemente ello sobrellevaba la terminación del contrato de trabajo en el caso del actor, es decir, que aunque es legal no deja ser injusto, y en tal medida sería del caso imponer condena por la indemnización correspondiente, no obstante, la misma corrió la misma suerte prescriptiva de las cesantías, como también en el caso de una eventual condena por indemnización moratoria.



Por último, el juzgado de instancia hizo énfasis en despachar desfavorablemente la excepción de cosa juzgada, en razón al desconocimiento del alcance y los términos del acuerdo conciliatorio suscrito entre el demandante y Fiduagraria S.A. ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Barranquilla de fecha 25 de octubre de 2016, pues si bien, hay constancia de dicho acto en este proceso, lo cierto es, que tal como lo advirtió la juez de instancia, tales circunstancias tuvieron lugar al interior de una acción de especial de fuero sindical de reintegro.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-0276-02

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA

DEMANDADOS: VIGINORTE LTDA Y CONCRETOS ARGOS
S.A.S

LLAMADO EN GARANTÍA: SEGUROS GENERALES
SURAMERICANA S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la demandada VIGINORTE LTDA, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de abril de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandada VIGINORTE LTDA presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la misma.

ANTECEDENTES

El señor Juan Carlos Gualteros Meza por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE que el valor del salario para el año 2016 ascendía a la suma de \$5.148.510, al mismo tiempo que solicita se declare que dicho salario se disminuyó por la demandada; que el despido lo es sin justa causa; que para el momento de la terminación del contrato de trabajo Viginorte LTDA no pagó al actor lo correspondiente a cesantías, intereses a las cesantías, prima legal y extra legal del primer semestre del año 2016, vacaciones y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales antes referidas, vacaciones e indemnizaciones y costas del proceso, previa declaración de la responsabilidad solidaria de la empresa Concretos Argos S.A.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, la demandada Viginorte LTDA es una empresa que se dedica a la prestación de servicios de vigilancia y



seguridad privada fija y móvil, para la protección de bienes muebles e inmuebles de personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, entre otras, y que, la actividad principal de Concretos Argos S.A. consiste en la fabricación de artículos de hormigón, cemento y yeso, y secundariamente al comercio por mayor de materiales de construcción, artículos de ferretería, pinturas, productos de vidrio, equipo y material de fontanería y calefacción.

Que el actor fue contratado por Viginorte LTDA para desempeñar el cargo de Administrador Regional de Contrato en la Zona Centro; que el contrato de trabajo inició el 21 de enero de 2015 y terminó el 2 de junio de 2016; que si bien en el mentado contrato fue acordada la suma de \$1.426.275, de manera verbal también se pactó entre las partes que en realidad el salario sería de \$4.811.696; que la demandada Viginorte cumplió con el pago del salario real, y que éste estaba discriminado en salario básico, horas extras, auxilio extralegal de transporte, otros devengos y refrigerios.

Que, aunque en los desprendibles de pago se consignaba la anterior información, afirma que, lo cierto es que el actor pocas veces adelantó labores en jornada adicional o extraordinaria. Que prestaba sus servicios para la empresa Concretos Argos S.A., relacionados con actividades de seguridad y vigilancia; que, en síntesis, desarrollaba labores integrales, de calidad, SST y ambiente y BASC, en la ciudad de Bogotá.

Que percibía prima extralegal que no se relacionaba en los desprendibles de nómina, pero que aparece en la cuenta de ahorros del actor, concepto del que afirma que, para el 18 de diciembre de 2015 ascendió a la suma de \$2.196.648, para el 7 de junio de 2016 a \$2.233.870, y agrega que, para el año 2016 el salario fue reajustado en la suma de \$5.148.510.



Que disfrutó de vacaciones a partir del día 1 de abril de 2016, y que para los días 18 a 22 de igual mes y año solicitó licencia no remunerada, que una vez terminada la misma no se le permitió reintegrarse a sus labores; que solo hasta el 28 de abril se le informó del cambio de cargo de manera verbal, con la advertencia por parte de la demandada Viginorte, que el salario del trabajador no se vería afectado, pero que de maneras, para los días en que no laboró por causas atribuibles a la convocada, esto es, entre el 23 al 28 de abril no le reconocieron salarios; que para el cambio de funciones le indicaron que le asignarían celular y computador, lo cual ocurrió hasta el 2 de mayo de 2016.

Que el día 13 de mayo de 2016 le notificaron que a partir de esa fecha el nuevo cargo sería de Coordinador Comercial, y que aunque no le impartieron capacitación para ejercer las nuevas funciones, si le exigieron resultados; que la demandada Viginorte argumentó que el valor del salario pagado al trabajador para el día 16 de mayo de 2016 obedeció al cambio de cargo, y que debido a esto el demandante se vio obligado a presentar renuncia el día 2 de junio de 2016, siendo liquidado el contrato de trabajo con base en el salario último recibido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada VIGINORTE LTDA contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos no aceptó los relacionados con el incremento referido por el demandante para el año 2016, sobre la omisión de capacitar al trabajador para el nuevo cargo, negó la ocurrencia de disminución del salario del trabajador, mala fe y la base salarial para liquidar el contrato de trabajo, que en su lugar afirma correspondió a



\$4.304.480. Aceptó los demás hechos. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación; inexistencia de derechos a favor de los demandantes; prescripción de las acciones; falta de título y causa; y, buena fe.

Por su parte, Concretos Argos S.A. se opuso parcialmente a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó lo relacionado con el objeto social de la empresa y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de obligación laboral de responsabilidad solidaria a cargo de mi representada de pagar salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones laborales, intereses moratorios, agencias y costas en derecho, así como de cualquier otra clase de indemnización laboral con motivo de la terminación del contrato de trabajo del demandante con la empresa de vigilancia privada Viginorte LTDA; buena fe; cobro de lo no debido; pago; y, compensación.

La llamada en garantía por Concretos Argos S.A., esto es, Seguros Generales Suramericana S.A., procedió a contestar la demanda y el llamamiento en garantía; en ambos casos manifestó oponerse a las pretensiones; frente a los hechos aceptó parcialmente el primero del llamamiento en garantía, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de la demanda formuló las que denominó ausencia de responsabilidad de Concretos Argos S.A. por cuanto no se encuentran probados los requisitos exigidos por el artículo 34 del CST para que opere la solidaridad; ausencia de responsabilidad respecto a la eventual indemnización por falta de pago derivada del artículo 65 del CST; cobro de lo no debido; y, prescripción. Frente al llamado en garantía propuso excepciones de mérito que denominó limitación del amparo y de la cobertura; incumplimiento de la carga de demostrar la cuantía de la pérdida; la



responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma máxima asegurada; ausencia de solidaridad de la aseguradora en la pretensión alegada; compensación; y, prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR para todos los efectos legales que el salario devengado por el señor JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA para el año 2015 corresponde a la suma de \$4.700.830 y para el año 2016 \$5.148.510.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante tiene derecho a que se le reliquide las prestaciones sociales causadas en virtud de la relación laboral que sostuvo con la demandada VIGINORTE LTDA entre el 21 de enero de 2015 y el 2 de junio de 2016.

TERCERO: CONDENAR a la demandada VIGINORTE LTDA a pagar en favor del demandante las diferencias calculadas respecto de la liquidación de acreencias laborales en los siguientes valores y conceptos:

- Cesantías: \$4.809.099
- Intereses a las cesantías: \$524.182
- Prima de servicios: \$4.809.099

CUARTO: CONDENAR a la demandada VIGINORTE LTDA a pagar en favor del demandante por concepto de indemnización consagrada en el artículo 64 del CST la suma de \$6.407.034.

QUINTO: CONDENAR a la demandada VIGINORTE LTDA a pagar en favor del demandante por concepto de indemnización por no pago de acreencias laborales



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO

contenida en el artículo 65 del CST, la suma de \$123.564.240 en razón a un día de salario (\$171.617), desde el día siguiente a la terminación del contrato, esto es, 3 de junio de 2016 hasta el 2 de junio de 2018, fecha a partir de la cual deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, y hasta cuando el pago atrás señalado de prestaciones sociales objeto de condena se verifique.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada VIGINORTE LTDA de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: ABSOLVER a la demandada CONCRETOS ARGOS S.A. y llamada en garantía SURAMERICANA DE SEGUROS S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo.

OCTAVO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por la demandada VIGINORTE LTDA y probados los propuestos por Concretos Argos S.A. y SURAMERICANA DE SEGUROS.

NOVENO: CONDENAR en costas a la demandada VIGINORTE LTDA, Fíjense como agencias en derecho la suma de \$200.000.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico consiste determinar: 1. Si resulta procedente declarar que el salario percibido por el dte para el año 2016 correspondió a la suma de \$5.148.510 y en consecuencia, 2. Si deben ser reliquidadas sus acreencias laborales derivadas de la relación de trabajo que sostuvo con la demandada viginorte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, así como la indemnización por despido injusto, indemnización por el no pago de las acreencias laborales del art 65 de CST. 3. Determinar si resulta responsables solidariamente la demandada cementos argos de las condenas que se puedan imponer y si la aseguradora esta llamada a responder en garantía de la relación que unió a viginorte y cementos argos.

Sobre la existencia de la relación laboral, los extremos, cargo y salario. No hay controversia sobre la existencia del contrato de trabajo que inició el 21 de enero de 2015 y termino el 2 de junio de 2016, desempeñando el cargo de administrador regional zona centro también denominado administrador del contrato; que obra



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

certificación laboral expedida por la demandada del 11 de abril de 2016; existe discrepancia sobre el salario devengado por el actor.

En los interrogatorios de parte, el dte aseguró que su empleador le hizo firmar el contrato con un salario inferior al verbalmente pactado argumentando que era una política de la empresa suscribir los contratos por una suma básica sobre la cual se calcularían devengos adicionales que computarían la suma realmente pactada de manera verbal; que el actor aceptó esta situación porque desde el primer pago no tuvo inconveniente con el valor pactado que fue pagado y soportado con rubros diferentes como horas extras, recargos nocturnos, subsidio de alimentación y de transporte extralegal, y que si bien debía estar disponible para la empresa las 24 horas, el tiempo suplementario rara vez se causaban y que muy pocas veces se presentó un asunto que requiriera su servicio fuera del horario establecido.

El representante legal del empleador viginorte indicó que lo acordado con el dte era el pago de salario básico que se encuentra en el contrato de trabajo y que los valores cancelados como adicionales a esa base corresponde a la disponibilidad que debía mantener el dte para atender los asuntos de la empresa las 24 horas del día, los 7 días de la semana, por lo que se le hacía un cálculo promedio de las horas extras y los recargos nocturnos que se podían generar durante el mes y que ese era el valor que se le cancelaba; que entre las partes se suscribió un documento en el que se acordó que los auxilios extralegales cancelados por concepto de transporte y rodamiento y alimento, no constituía salario y que podrían ser revocados o disminuidos en cualquier momento.

En las pruebas aparece certificación laboral a nombre del dte del 11 de abril de 2016 en la que se indica que el salario percibido para ese año era de \$5.148.510, del que se reputan como ciertos los hechos en el expresados y tiene plena validez para el despacho conforme la sentencia 36748 del 23 de septiembre de 2019 para referirse sobre las constancias que expide el empleador. Que de los desprendibles de nómina de enero a diciembre de 2015 registra un promedio de salario devengado para ese año de \$4.700.830 valor que se corrobora con el comprobante de liquidación de las vacaciones en el que viginorte toma esa suma como salario base percibido en el año 2015.

Que en los comprobantes de nómina de enero a abril de 2016 se encuentra que el salario era de \$5.148.510, que lo dicho por el representante legal de la demandada al asegurar que el salario base pactado en el contrato de trabajo correspondió a la suma de \$1.426.275 para el año 2015 y \$1.526.115 para el 2016 y que los demás emolumentos a los que se arriba a la sumas reales corresponden al pago de horas extras y demás prestaciones que no constituyen salario, es decir, \$3.274.555 para 2015 y para el 2016 \$3.622.395 son pagos no constitutivos de salario; que conforme el art 127 y 128 del CST señalan los factores que constituyen o no salario, que para el caso afirma la demandada que las sumas adicionales al salario básico que percibió el dte corresponden a los conceptos del art 127 y que además se retribuía la disponibilidad del trabajador, la Corte en sentencia SL5184 del 2017 estableció que la disponibilidad laboral le concede al trabajador el pago de este tiempo y de horas extras, recargos y compensaciones; que existen dos tipos de disponibilidad, la primera es cuando el trabajador se ve restringido en su libertad, ni puede desplazarse a donde desee porque debe estar en un sitio exacto, y otra, donde se le permite emplear su tiempo donde desee como dormir, tomar café, visitar a sus amigos, sin exigencia que debe permanecer en el sitio de trabajo, esta última no es considerada como remunerada pues no se hace presente la subordinación que es un elemento esencial para que la disponibilidad constituya remuneración, que el art 127 al definir el salario lo hace en los términos de la contraprestación directa del servicio por tanto supone el pago en razón del servicio que se preste, mientras que las normas relacionadas con el



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

reconocimiento de horas extras como art 168 del CST tratan sobre el trabajo suplementario y siempre hace referencia al trabajo; que el mismo dte señaló que eran ocasionales las veces en que debía atender asuntos laborales fuera de jornada habitual, por lo que se pudo constatar que el dinero adicional al pactado era una retribución directa del servicio que prestaba el actor, que ingresaba directamente al patrimonio, como lo devengado en contraprestación a sus servicios y que excede lo establecido en el artículo 30 en la Ley 1393 del 2010 que establece que el salario mensual para calcular los aportes a seguridad social será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el CST, para cuyos efectos los pagos laborales no constitutivos de salario no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

Que por lo anterior, al evidenciar que la suma pretende refrendar el como pagos adicionales al salario pactado excede excesivamente lo permitido por la legislación, entiende el despacho que lo que busca el empleador es desdibujar el salario que verdaderamente devengaba el dte para sustraerse como efectivamente lo hizo, de efectuar la liquidación de prestaciones sociales sobre el verídico ingreso percibido por el dte que para el asunto es muy superior al pactado en el contrato de trabajo y que además fue cancelado de manera periódica por la demandada, tal como se acreditó en los desprendibles de nómina y la certificación laboral sobre el cual se realizó el pago de aportes al sistema de seguridad social como se comprueba con la documental que obra a folios del 51 a 53 certificados de aportes en línea.

Que no existe duda que el verdadero salario para el 2015 correspondió a la suma de \$4.700.830 y para el año 2016 \$5.148.510 y así se declarará, por lo que al dte le asiste derecho a que se le paguen las diferencias de las acreencias laborales derivadas de la relación de trabajo que sostuvo con la demandada viginorte entre el 21 de enero de 2015 al 2 de junio de 2016, como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y las vacaciones.

Que lo debido por cesantías es \$6.626.546, intereses a las cesantías \$616.166, prima de servicios \$6.626.546, y vacaciones \$3.313.272, comoquiera que se le canceló al actor por concepto de liquidación, por cesantías \$1.817.447, intereses a las cesantías \$92.084, prima de servicios \$1.017.447, y vacaciones \$774.922 y que adicional el 1 de enero de 2016 se liquidó las vacaciones causadas por el primer año de servicios en suma de \$2.820.498, es decir, que por concepto de vacaciones se le pagó en total \$3.595.420, por lo que se ordenará pagar al dte las siguientes sumas a su favor: cesantías \$4.809.099, intereses a las cesantías \$524.182, primas de servicios \$4.809.099, frente a las vacaciones no se generó diferencia a su favor ya que el valor pagado por dicho concepto superó al que le correspondía legalmente y al no haberse propuesto la excepción de compensación no hay lugar a descontar esta diferencia.

Sobre la prima extralegal, si bien en los extractos bancarios allegados se evidencia un pago adicional para el mes de diciembre del año 2015 no se acreditó otros medios que dicha suma corresponda a una prima extralegal pactada, por lo anterior, se absolverá por ese concepto a la demandada.

Sobre la indemnización por despido injusto, renuncia del trabajador por causa imputable al trabajador en el que aduce el actor que luego de haber disfrutado del periodo de vacaciones regresó a la empresa después de 4 días de licencia no remunerada, encontrando que había sido asignado al cargo de coordinador comercial en el que aparentemente se le iban a mantener las condiciones económicas acordadas en el contrato inicial, sin embargo del primer pago evidenció que se le estaba pagando solo lo acordado en el contrato escrito sin tener en cuenta el acuerdo verbal respecto de salario y que hasta la fecha se le había mantenido, viéndose disminuidos los ingresos del actor, este afirmó que se le habían impuesto metas que no iba a cumplir, por lo que no pudo generar ninguna comisión y que el cargo era inferior al inicialmente



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

contratado, que a nivel jerárquico quedó por debajo del administrador de contrato que era el que venía desempeñando y al que debía rendirle cuentas.

Sobre el cambio de cargo el representante legal de la demandada aseguró que se hizo por necesidad de la empresa de ampliar el servicio de vigilancia y para ello necesitaba contar con las capacidades del dte y que por ello lo nombraron como coordinador comercial, cargo del mismo rango que venía desempeñando, el *ius variandi* ha sido definido como una de las manifestaciones del poder subordinante que ejerce el empleador sobre sus trabajadores y se concreta cuando el empleador modifica la prestación personal del servicio, lugar, tiempo o modo de trabajo, que dentro de su ejercicio el empleador podrá ordenar trasladar en cuanto al reparto funcional de competencias, factor funcional, o bien teniendo en cuenta la sede o el lugar del trabajo, factor territorial, pero siempre con el respeto de las directrices limitantes o la facultad del trabajador de modificar las condiciones en una relación laboral no es absoluta porque puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos lo que puede constituirse como una forma de acoso laboral que ocasionen incomodidad en la prestación del servicio lo que puede llevarlo a presentar su renuncia ante la carencia de las garantías mínimas, que aunque el empleador contaba con la facultad de realizar modificaciones unilaterales del contrato de trabajo en virtud del *ius variandi* esta no podía ser utilizada de manera arbitraria, atentando contra la dignidad del trabajador y su mínimo vital al habersele reducido el salario que actualmente percibió en más del 70%, lo que constituye una falta a las obligaciones del empleador del art 57 del CST y que fueron invocadas por el trabajador en la carta de renuncia a folio 107, en la que señaló que su decisión se fundaba en las causales 1, 6 y 8 del literal b del artículo 62 del CST que establece como justas causas de la terminación del contrato por el trabajador, haber sufrido engaño respecto del patrono de las condiciones del trabajo, el incumplimiento sistemático y son razones válidas por parte del patrono de sus obligaciones, y cualquier incumplimiento grave de las obligaciones que incumben al empleador de acuerdo con el art 57 de la misma norma, que la jurisprudencia ha dicho que cuando el trabajador termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas tiene la carga de demostrar además de la decisión de la renuncia motivada comunicada al empleador al momento de su retiro los hechos en los cuales edificó su decisión, que en este caso se encuentran acreditados esos requisitos ya que tal como se comprobó en el plenario el dte presentó renuncia motivada en la que expuso las razones que lo llevaron a tal determinación, carta de renuncia del 2 de junio de 2016 a folio 107 y que las razones fueron el incumplimiento de las obligaciones del empleador como quedó demostrado en el proceso; que la terminación del contrato que tuvo lugar por el desmejoramiento al que se vio sometido con el cambio de cargo funciones y salario que le impuso su empleador le asiste derecho en el reconocimiento y pago de la indemnización del art 64 del CST en la suma de \$6.107.034, que corresponde a 30 días de salario por el primer año de servicio entre el 21 de enero de 2015 y el 20 de enero de 2016 en suma de \$5.148.510. y proporcional sobre 20 días por el tiempo restante entre el 21 de enero de 2016 y el 2 de junio de 2016 en suma de \$1.158.524.

Sobre la indemnización por el no pago de acreencias laborales del art 65 del CST no es aplicación automática e inexorable y para su aplicación se debe analizar la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, sentencia SL109 de 2018, que la intención de la demandada era la de eludir el pago de las prestaciones sociales con base en el salario realmente devengado por el actor y no expuso justificación o motivo plausible y contentivos de buena fe se condenará al demandado a pagar por este concepto la suma de



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

\$123.564.240 en razón a un día de salario de \$171.617, desde el día siguiente a la fecha de la terminación del contrato el 3 de junio de 2016 y hasta el 2 de junio de 2018, a partir de la cual la demandada deberá pagar intereses de mora fijados a la tasa máxima de créditos de libre inversión certificados por la superintendencia financiera y hasta que se verifique el pago de prestaciones sociales.

Sobre la prescripción, la relación laboral terminó el 2 de junio de 2016 y haberse interpuesto la demanda el 11 de mayo de 2018 no operó el fenómeno prescriptivo contenido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT.

Sobre la responsabilidad solidaria de Concretos Argos y la obligación de la aseguradora llamada en garantía; en sentencia SL4400 de 2014 reiteró la SL40541 del 20 de marzo de 2013 la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente por una necesidad propia del del beneficiario y cuando constituye una función directamente vinculada con la explotación de su objeto social; que la demandada viginorte se dedica a la prestación de servicios de vigilancia y seguridad mientras que Concretos Argos a la comercialización y venta de arena, cemento y gravas entre otros, por lo que no se evidencia ninguna relación entre la una y la otra y no procede la solidaridad establecida en el art 34 del CST, ya que no se trata de la relación de la relación entre un contratista y un contratante, pues el vínculo que unió a las demandadas lo fue un acuerdo para la prestación del servicio de vigilancia que nada tiene que ver con el giro normal del objeto social de la contratante. No procede la responsabilidad solidaria respecto de las condenas en relación con Concretos Argos como tampoco el llamamiento en garantía de suramericana.

Excepciones se declararán no probados las formuladas por viginorte y probadas las formuladas por Argos. Frente a las facultades ultra y extra petita no se dan presupuestos del art 50 del CPT no hay lugar a su aplicación. Costas a cargo de la parte vencida viginorte, agencias en derecho la suma de \$2.000.000 y a favor de la parte actora.

APELACIÓN

DEMANDADA VIGINORTE LTDA

“Interpone recurso de apelación; manifiesta que basa la sustentación teniendo en cuenta los argumentos de la sentencia.

Sobre la indemnización moratoria por falta de pago no estoy de acuerdo teniendo en cuenta que la base salarial con la que se liquidó al empleado fue de \$4.304.480, que no es cierto que la empresa haya actuado de mala fe y que no haya tenido la proporción del 40, 60 con respecto a la retribución del salario para lo que puede ser prestacional, que de hecho todos los devengos que recibió el demandante, a excepción de lo que teníamos otro si o subsidio de alimentación, todo fue de carácter prestacional durante toda la relación laboral, y que así se muestra en la liquidación que la base salarial fue de \$4.304.000, todas las prestaciones, cesantías, auxilio de cesantía, vacaciones, primas, fueron pagas teniendo en cuenta toda la base salarial y eso significa recargos, horas extras y lo que se le pagaba como suplementario.

Que por parte de la empresa no hay nada oculto, ni hubo ningún beneficio como se quiere hacer ver en la sentencia al decir que la empresa actuó de mala fe y que por ello debe pagar una indemnización moratoria, no estoy de acuerdo.



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2018 – 0276 – 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**

Respecto a la certificación laboral que hay dentro de los anexos de la demanda, hay que hacer claridad que hay una gran diferencia entre salario y sueldo, el sueldo del señor, el que fue pactado en el contrato de trabajo para el año 2016 año en el que termina el contrato era de la suma de \$1.526.115, el salario recordemos que es todo, no solo el sueldo, sino todo lo que devenga la persona conforme a sus horas extras, recargos, a su disponibilidad, por eso la certificación laboral dice que él tiene un salario obviamente superior al pactado dentro del contrato, porque el pactado allí es el sueldo, entonces ahí hay una diferencia en temas de conceptos que hace errar a la señora juez en sus argumentos.

Que respecto al pago de prestaciones sociales, siempre la empresa tuvo en cuenta todo lo devengado por el demandante, que por eso los pagos de prestaciones sociales están con el salario completo que él devengaba teniendo en cuenta su disponibilidad, y que así fueron pagadas también las cesantías del primer año de trabajo que fueron en su momento consignadas al fondo de acuerdo como lo dice la normatividad, y aquí en la sentencia también nos están diciendo paguen nuevamente esas cesantías, que conforme a esto señora juez haré llegar el escrito de apelación sustentando todo esto, dentro de los términos dados por el artículo 65 del CPT.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada VIGINORTE LTDA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, resaltado que la empresa no actuó de mala fe, al no exceder la proporción legal de los valores que constituían salario y los que correspondían a prestaciones sociales; que respecto de la certificación laboral expedida por la demandada y que le permitió al juzgado fundar la decisión, hay que distinguir entre salario y sueldo, y en cuanto al pago de prestaciones sociales difiere en la condena por el pago de cesantías, ya que, considera que se le esta ordenado de nuevo proceder a ello, siendo que para la liquidación de aquellas se tuvo en cuenta todo los conceptos percibidos por el demandante.

En primer lugar, sobre el reproche en cuanto a la condena por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, valga recordar



que la misma se impuso como consecuencia de encontrar probado que, el pago de las prestaciones sociales liquidadas al actor se hicieron de manera parcial o deficitaria, es decir, en desconocimiento del salario realmente devengado por este, sin que por la demandada se hubiere desvirtuado tal conclusión.

Lo anterior, comoquiera que, conforme los comprobantes o desprendibles de nómina que obra a folio 17 (CD), dan cuenta que el salario recibido por el demandante para el año 2015 ascendió a la suma de \$4.700.830 y para el año 2016 a \$5.148.510, las que contrastadas con lo que se observa en los documentos y lo aceptado por el representante legal, en cuanto que, para el primer año el salario era de \$1.426.275, y que para el segundo año correspondió a \$1.526.115, intentando justificar la diferencia en que el excedente obedeció a pagos por concepto de horas extras y demás prestaciones, lo cierto es, que conforme el artículo 127 del CST, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario, o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”*.

Y es que llama poderosamente la atención, que si el argumento con el que se intenta exculpar sobre la no incidencia salarial respecto de la diferencia del valor del salario que se impuso en el contrato escrito de trabajo, inicialmente en \$1.426.275, de todas maneras, al revisar el acervo probatorio en su conjunto no se logra concretar que entre las partes haya



sido acordado puntualmente los beneficios o auxilios extralegales que no tuvieran incidencia salarial, siendo que tales convenciones deben ser expresas, claras, precisas y detalladas sobre los rubros que cobija ese pacto de desalarización, el cual, por demás, brilla por su ausencia en este caso, y es por ello que, no es plausible que los pagos adicionales al salario fijo mensual que se hicieron al actor se dejen a la suerte de las presunciones, ahora, que la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo; que las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es, lo anterior, no resulta caprichoso en tanto que la Sala de Casación Laboral ha dispuesto las anteriores reglas al interior de la discusión al tratarse de pagos que no constituyen salario y la procedencia de los acuerdos sobre conceptos que no constituyen salario, suscritos entre empleador y trabajador.

Así mismo, en la sentencia SL986-2021 del 24 de febrero de 2021, radicación 70473, al respecto también se expresó sobre el particular que, que el criterio inclusivo o de cierre de si un pago es o no salario consiste en determinar si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo, es decir, que el salario se define por su destinación, que, para el caso, la demandada no logró probar que los pagos adicionales no correspondían a la retribución del servicio prestado por el actor.

En consonancia con lo anterior, continua la Corte indicando que, el empleador tiene la carga de probar que la destinación del pago realizado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y por tanto, carácter no remunerativo; que las partes no son enteramente libres y autónomas para desregularizar o excluir como factor salarial



cualquier suma que sea entregada, comoquiera que, si el pago tiene como propósito retribuir el servicio, las partes no pueden restar incidencia salarial, simplemente, en virtud del aspecto negocial que les asiste, y menos en el caso bajo estudio, en donde es notable la desproporción entre lo que se alega como salario y lo que realmente percibía el empleado, por consiguiente, la conclusión a la que arribó la juez de instancia sobre la procedencia del derecho del actor al pago de las diferencias por concepto prestaciones sociales y vacaciones debe ser confirmada, y de paso, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, sin que ello corresponda a la condena a sufragar dos veces las mismas acreencia como lo pregonaba de manera desacertada la recurrente, pues no lo es, y se recuerda y reitera, que lo ordenado obedece a la sumas por diferencias respecto del valor del salario realmente devengado por el demandante.

Así las cosas, la Sala de Casación Laboral, en casos como el que ocupa la atención del Tribunal, ha considera la procedencia de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por falta de depósito de las cesantías eventos en los que se resta el carácter salarial a pagos que sí retribuían el servicio del trabajador y no se tuvieron en cuenta al liquidar esa prestación, como tampoco al momento de consignarla, bien sea de manera deficitaria o parcial, tal como se puede verificar, entre otras, en la sentencia SL5146-2020 del 07 de octubre de 2020, radicado N°69731.

Por último, y concordancia con lo antes considerado, frente al punto de apelación relacionado con la certificación laboral que tuvo en cuenta el juzgado de fecha 11 de abril de 2016, la recurrente funda su inconformidad al referir la necesidad de hacer distinción entre los conceptos de “salario” y



“sueldo”, al decir que el primero obedece a todo lo que devenga el trabajador, incluido el segundo, es decir, el sueldo.

Desde ya considera la Sala como desacertado el argumento formulado al respecto, puesto que, por un lado, los conceptos de salario y sueldo son sinónimos, y por otro, no por cuestiones de semántica puede confundirse el carácter retributivo de la prestación personal del servicio, además, que de la lectura de la certificación laboral de fecha 11 de abril de 2016 (CD fl.17), no es posible arribar a una conclusión distinta a considerar que la suma devengada como salario mensual para esa anualidad lo fue por valor de \$5.148.510, la cual no es excluyente de cifras o conceptos, y contrario a ello, lo certificado por VIGINORTE LTDA al interior de ese documento es que el salario correspondía a ese valor, sin que se precisara excepciones o incidencias no salariales.

Con todo, sobre el valor probatorio de las certificaciones que expide el empleador, valga recordar que este tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido (SL14426-2014; SL6621-2021), sin embargo, en el presente caso ello no ocurrió, y por tal razón es que la prueba documental de la certificación fue valorada en conjunto con los demás medios probatorios, situación que dio vigor y respaldo factico al contenido de aquella.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.



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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

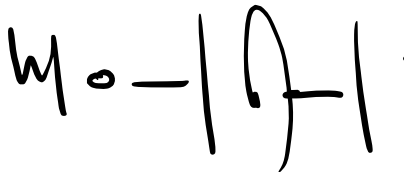
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



**Proceso Ordinario Laboral 28 - 2018 - 0276 - 02 DTE: JUAN CARLOS GUALTEROS MEZA
DDO: CONCRETOS ARGOS S.A. Y OTRO**


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-0077-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO

DEMANDADOS: HOSPITAL DE SUBA II NIVE E.S.E., hoy
SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de febrero de 2021.

ANTECEDENTES

El señor Jairo Alberto Guecha Carreño por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, entre el 6 de julio



de 2012 y el 27 de mayo de 2016, como trabajador oficial desempeñando el cargo de conductor código 5155 – Grado IV, que el mismo tuvo lugar de manera ininterrumpida, sin solución de continuidad, que se declare que le asiste el derecho a percibir el salario básico mensual de un trabajador oficial vinculado a la planta de personal para ese mismo cargo, junto con el pago de primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y otros; que la terminación del contrato es ineficaz e ilegal conforme el art 3 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1995 en concordancia con la cláusula décima del contrato de trabajo.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a la demandada al pago de la diferencia salarial mensual que resulte entre el smlmv inicialmente pagado y el salario como trabajador oficial, por toda la vigencia del vínculo laboral, y en adelante a partir del 27 de mayo de 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia; así mismo, se condene a la demandada al pago de subsidio de alimentación, auxilio de transporte, quinquenios, prima de antigüedad, prima de servicios o semestral, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, subsidio familiar, elementos y ropa de trabajo – conductor, prima de riesgo, beneficio por servicios prestados, reliquidación de lo pagado por aportes pensionales conforme el salario correspondiente para los trabajadores oficiales de la planta de personal, indemnizaciones por la falta de consignación de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, ingresó a laborar al servicio de la demandada a partir del 6 de julio de 2012, en el cargo de conductor código



5155 – Grado IV, que ejerció las labores de manera continua, permanente e ininterrumpida, que debía acatar las normas disciplinarias de la entidad, que debía transportar a los pacientes con el vehículo asignado y demás funciones inherentes al cargo de conductor y mantenimiento del vehículo; que cumplía turnos de más de 10 horas de lunes a viernes, y cinco horas los días sábados, y en algunas ocasiones domingos y festivos.

Que la vinculación se hizo en calidad de trabajador oficial, teniendo como salario el mínimo legal vigente, y no equivalente respecto de la planta de personal de la demandada; que los beneficios convencionales nunca le fueron reconocidos; que los conceptos laborales que pretende no le fueron reconocidos en igualdad de condiciones; que, de parte de la demandada recibía órdenes para desempeñar sus labores.

Que para la elaboración de los contratos de trabajo se delegó a la sociedad S&A Servicios y Asesorías, para lo cual cita cuatro contratos, el primero, del 6 de julio de 2012 al 23 de noviembre de 2014; el segundo, del 1 de diciembre de 2014 al 27 de diciembre de 2015; el tercero, del 14 de enero de 2016 al 30 de marzo de 2016, y del 1 de abril de 2016 al 27 de mayo de 2016.

Que el día 27 de mayo de 2016 fue despedido de manera injusta; que las interrupciones entre y uno y otro contrato eran aparentes, agregando que, era una manera de aparentar que no hubo continuidad en la contratación, y que, a pesar de las interrupciones, laboraba de manera ininterrumpida abusando del demandante aprovechando la necesidad de este.

Que el día 30 de marzo de 2016 la demandada suscribió con el demandante el contrato N°001, contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar



el cargo de conductor en calidad de trabajador oficial, código 5155, Grado IV, esto es, la misma labor que venía desempeñando, vinculación de la que afirma, fue conforme el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, con un salario de \$1.486.626; que el día 27 de mayo de 2016 la gerente de la demandada terminó de manera unilateral sin justa causa el contrato de trabajo, bajo el argumento que trabajador se encontraba en periodo de prueba, pero seguidamente lo contratan para el mismo cargo pero como trabajador enviado en misión, por lo que afirma, que mal podría denominársele de inepto para ejercer la labor, o aplicarse la cláusula décima del contrato.

Que la relación laboral estuvo enmarcada en los artículos 23 y 24 del CST, que le asiste derecho a los beneficios convencionales compilados entre el año 1995 y 2016; que fue contratado de manera irregular por medio de la empresa S&A Servicios y Asesorías S.A.S.; que en las interrupciones entre uno y otro contrato era obligado a laborar sin remuneración; que conforme el Decreto 4369 de 2006 no es posible que tuviera la calidad de trabajador en misión, ya que el vínculo laboral perduró por 10 años y 10 meses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 30 a 33 y 39. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: el contrato es ley para las partes; inexistencia de la obligación; excepción de prescripción; y, falta de legitimación en la causa por pasiva.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que el demandante José Alberto Guecha Carreño ostentó la calidad de trabajador oficial para la demandada HOSPITAL DE SUBA III NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante José Alberto Guecha Carreño y la demandada HOSPITAL DE SUBA III NIVEL E.S.E. hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., existieron los siguientes contratos de trabajo:

- Del 6 de julio de 2012 al 23 de noviembre de 2014
- Del 1 de diciembre de 2014 al 27 de diciembre de 2015
- Del 14 de enero de 2016 al 27 de mayo de 2016

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas dentro del primer contrato de trabajo, esto es, del 6 de julio de 2012 al 23 de noviembre de 2014.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al reconocimiento y pago en favor del aquí demandante, los siguientes conceptos:

- Vacaciones \$583.105
- Prima de vacaciones \$346.338
- Prima de servicios \$1.152.044
- Prima de navidad \$967.237
- Cesantías \$1.053.886
- Auxilio de alimentación \$837.848
- Subsidio de transporte \$837.848



Total: \$3.353.471

QUINTO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de las acreencias laborales causadas por el demandante:

- Para el contrato vigente entre el 1 de diciembre de 2014 al 27 de diciembre de 2015, a partir del 11 de marzo de 2016 y hasta el momento en que se realice el pago total de las prestaciones sociales a razón de \$22.981 diarios, valor que se tomó teniendo en cuenta el valor del SMLMV.
- Por el contrato vigente entre el 14 de enero de 2016 al 27 de mayo de 2016 a partir del 22 de agosto y hasta la fecha en que sea canceladas las prestaciones en su totalidad a razón de \$49.554 diarios.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia estarán a cargo de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

OCTAVO: En caso de que no sea apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en cuanto resultó la decisión adversa a los intereses de la entidad demandada.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“El problema jurídico consiste es establecer si entre las partes existió una relación laboral sin solución de continuidad, el cual estuvo vigente entre el 6 de julio de 2012 al 27 de mayo de 2017; como consecuencia de lo anterior, se declare ineficaz el despido del trabajador y se ordene su reintegro, ordene el pago de diferencias salariales, prestaciones convencionales e indemnización moratoria.

Sobre la naturaleza jurídica de la demandada el art 194 de la ley 100 de 1993 señala que la prestación de servicios de salud por la nación o por entidades territoriales se hará a través de las empresas sociales del estado que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personaría jurídica, patrimonio propio



**Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.**

y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos según el caso.

Que la corte en sentencia SL1334 de 2018 señaló que debe entenderse sobre mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, para mantener las instalaciones en óptimo estado de funcionamiento, seguridad, aseo y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de elementos.

Sobre la calidad que ostentó el dte, obra a folios 19 a 43, donde se verifica que el actor prestó los servicios como conductor en cuanto a las funciones el testigo Duver Vanegas señaló que apoyó procesos de radicación, cargue y descargue de cajas, transporte de personas del área de facturación y transportar cualquier clase de cosas; folios 28 a 36 obra misiva del 25 de septiembre de 2018 en la cual se señala que el objeto del contrato de prestación de servicios suscrito con el actor tenía como fin el de apoyo a los procesos de la subgerencia administrativa y financiera y otros servicios; que para el juzgado es claro que las actividades se encuentran enmarcadas dentro de servicios generales al ser una labor de simple ejecución y que facilitan la operatividad de la entidad acá demandada por lo que resulta viable el estudio de las pretensiones de la demanda.

Sobre la existencia de una relación laboral, el artículo 1 del Decreto 2127 de 1949 define el contrato de trabajo, el art 2 del mismo decreto señala los elementos esenciales del contrato, el art 20 reza sobre la presunción del contrato de trabajo, correspondiendo al empleador desvirtuar tal presunción; que en este caso no existe discusión en que el actor prestó sus servicios personales en el cargo de conductor; la demandada acepta la existencia de una relación laboral durante el lapso de dos meses entre el 31 de marzo al 30 de mayo de 2016, aduciendo que para los otros periodos el actor prestó sus servicios con la empresa S&A servicios y asesorías S.A.S.; obre contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes folios 23 a 25 y 212 a 214, certificación laboral del 31 de mayo de 2016 folio 26, certificaciones laborales expedidas por la S&A de las que se colige que el actor prestó sus servicios a la entidad demandada.

El testigo José Guillermo Soto quien manifestó conocer al actor para los años 2012 a marzo de 2016 al ser compañeros de trabajo en el hospital de suba, en cuanto a la forma de vinculación adujo que se dio a través de una temporal llamada servicios y asesorías desempeñando la labor el aquí demandante de conductor directamente para el hospital como trabajador, perdón, el testigo, desempeñando la labor de conductor directamente para el hospital como trabajador de planta.

El testigo Antonio Bonilla que fue tachado por la demandada, tacha que no prospera, al no tener incidencia que también haya demandado a la misma demandada rad. 41198 del 13 de junio de 2012. Que el testigo manifestó conocer al dte desde el año 2012 cuando ingresó al hospital de suba que este fue contratado por la oficina que vincula a todas las personas llamada servicios y asesoría la cual se encuentra ubicada en el sótano del hospital y que el dte manejaba una camioneta perteneciente al área de facturación.

El testigo Duver Vanegas manifestó conocer al dte entre los años 2012 a 2016 como trabajador del hospital, que la labor desempeñada por el dte fue de conductor en el área de facturación, que dentro de las funciones tenía que apoyar procesos de radicación, carga y descarga de cajas, transporte de personas del área de facturación, que la vinculación fue a través de una temporal llamada servicios y asesorías la cual se encontraba ubicada en el sótano del hospital y la encargada del proceso de selección era jefe de facturación Dra. María Cristina era quien se encontraba vinculada directamente con el hospital ostentó la calidad de jefe inmediato del actor; agregó que cumplía un horario de trabajo.



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

De las pruebas relacionadas concluye que la demandada no desvirtuó la presunción que operó en favor del dte, ya que si bien obra certificaciones de la temporal en la que hace constar que el actor prestó sus servicios como trabajador en misión para el hospital de suba segundo nivel para los años 2012 a 2016, lo cierto es que de dichas vinculaciones se concluye que la entidad demandada ocultó una necesidad permanente en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal hecho que se verifica con la suscripción del contrato de trabajo de 30 de marzo de 2016 folios 23 a 25 en el que se vinculó al actor para ejercer las mismas funciones que venía desarrollando durante aprox 4 años en calidad de trabajador en misión para la misma entidad demandada; que la vinculación a través de terceros con el fin de satisfacer necesidades especiales de la administración desnaturalizan el objeto de la contratación estatal. Que la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2012 manifestó en síntesis que, la contratación de las empresas estatales mediante terceros solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por el personal de planta de la entidad o cuando se requiera conocimientos especializados.

Lo anterior significa, que solo es viable la contratación a través de terceros mediante contrato de prestación de servicios siempre y cuando se trate de labores ajenas al giro ordinario de las empresas sociales del Estado, hecho que no se tipifica en este caso, pues nótese que el dte desempeñó las mismas labores durante el tiempo que fue contratado por la empresa de servicios temporales y el periodo que laboró directamente para la entidad demandada por lo que se deberá declarar que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato ficto de trabajo.

Sobre los extremos temporales, si bien se solicita se declare una relación sin solución de continuidad entre el 6 de julio de 2012 y el 27 de mayo 2016, lo cierto es que tal como se desprende de la certificación visible a folio 38 y la carta a folio 27, las partes suscribieron sendos contratos de trabajo operando un lapso considerable entre la suscripción entre uno y otro, y se declara la existencia de los siguientes contratos: 1. Entre el 6 de julio de 2012 al 23 de nov de 2014, 2. Entre el 1 de diciembre de 2014 al 27 de dic de 2015. 3. Entre el 14 de enero al 27 de mayo de 2016.

Sobre el reintegro a folios 68 a 79 obra la convención colectiva de trabajo aplicable a todos los trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, hospitales nivel 1, 2 Y 3 vigente para el año 1995, capítulo 7, art 39 para indicar que no se aplicará la cláusula de reserva ni el plazo presuntivo del decreto 2127 de 1945 y el contrato será a término indefinido, mientras que subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, en consecuencia de la estabilidad laboral el presente contrato solo podrá darse por terminado por justa causa legal previamente comprobado y su inobservancia comporta el restablecimiento pleno del contrato, la anterior disposición fue modificada según el acuerdo convencional 2004-2006 folios 117 a 127, parágrafo tercero: para los trabajadores que sean vinculados a partir del 1 de enero de 2005 este artículo no tendrá aplicación, y será aplicable la cláusula de reserva y plazo presuntivo; que así las cosas, teniendo en cuenta que entre las partes se configuró una relación laboral con posterioridad al 1 de enero de 2005 se habrá de absolver a la demandada por el reintegro solicitado, al no estar cubierto por la garantía de estabilidad laboral del dte.

Sobre la prescripción se declarará probada con relación al primer contrato entre el 6 de julio de 2012 y el 23 de nov de 2014; que respecto el segundo y tercer contrato el dte interrumpió la prescripción con la reclamación del 30 de agosto de 2018 folios 152 y 153, por lo que las acreencias laborales de dichos contratos no se encuentran prescritas.



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

Sobre las diferencias salariales, el dte no demostró el salario devengado por un trabajador de planta que desempeñara las mismas funciones que el dte en vigencia del segundo contrato; para el tercer contrato el dte devengó la suma de \$1.486.626, y se condenará a pagarle la suma de \$1.992.928 por concepto de nivelación salarial de enero a marzo de 2016.

Sobre el auxilio de alimentación y auxilio de transporte, que conforme la convención colectiva del año 1995 los artículos 25 y 26 de la convención colectiva para los años 1996, 1997 y los artículos 2 y 3 de la convención 2007 a 2011, el valor a reconocer asciende a la suma de \$2.287.247; frente al quinquenio conforme el art 9 de la convención 2004-2006 se absolverá a la demandada ya que la relación laboral entre las partes surgió con posterioridad al año 2005; sobre la prima de antigüedad el art 33 de la convención 1995 señala que para acceder a dicho beneficio se requiere un mínimo de 4 años consecutivos al servicio de la secretaría distrital de salud o sus entes descentralizados lo que significa que el actor no causó tal derecho teniendo en cuenta los diferentes contratos que ya se declararon; de la prima de servicios o semestrales el art 35 de la convención para el año 1995 señala que la entidad pagará a cada trabajador oficial la primera quincena del mes de junio de cada año una prima equivalente a 40 días de salario mensual a quienes hayan laborado el primer semestre del año y proporcionalmente a quienes laboren por lo menos tres meses del semestre, en este caso el dte causó el derecho y se reconocerá a pagarle la suma de \$1.373.870. Sobre la prima de vacaciones el art 10 de la convención 2004-2006, el valor a reconocer es de \$414.353. Sobre la prima de navidad el art 35 de la convención de 1995 la suma a reconocer asciende a \$1.137.509. Cesantías el art 5 de la convención colectiva de 2003 condenará en la suma de \$1.227.153,40. Subsidio familiar conforme el art 27 de la convención 1996-1997, el dte no demostró la existencia de hijos menores de edad ni los perjuicios que le ocasionó la entidad por la no afiliación a una caja de compensación habrá de absolverse de esa pretensión. Elementos y ropa de trabajo la jurisprudencia laboral ha sostenido que no es procedente la entrega de calzado y vestido de labor a la finalización del contrato, el dte debió probar la causación de un perjuicio en virtud de la omisión en su suministro, el dte no demostró y habrá de absolverse. Prima de riesgo el art 23 de la convención 1995 el dte no configuró los requisitos exigidos ya que no se probó que su labor se encontrare enlistada en el concepto técnico o científico y adicional no contaba con los 5 años de servicio. Beneficio por servicios prestados, no se desprende reconocimiento alguno por dicho concepto a favor del dte.

Sobre la indemnización moratoria conforme el art 1 de la ley 797 de 1949 el empleador tiene un término de 90 días para liquidar el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones causados por el trabajador al término de la relación laboral vencido el cual se genera a favor del trabajador la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago, que la sentencia SL5164 del 2016, SL807 del 2013 ha impuesto la indemnización moratoria cuando los trabajadores han dejado de pagar a los trabajadores los créditos laborales independientemente de su naturaleza legal o extralegal, al señalar que el art 1 del decreto 797 de 1949 no hace distinción alguna acerca del origen de las obligaciones laborales que generan la sanción solo supedita su imposición a que se trate del no pago de los conceptos antes señalados y que la conducta de empleador este alejada de la buena fe. Que para el juzgado la demandada obró de mala fe al haber ocultado una verdadera relación laboral con el dte durante el tiempo que prestó sus servicios como trabajador en misión con el único fin de evadir sus obligaciones laborales. Se condenará al pago de la sanción moratoria equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de acreencias causadas por el dte en los siguientes términos: por el contrato entre 1 de dic de 2014 al 27 de



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

dic de 2015 a partir del 11 de marzo de 2016 y hasta el momento en que se realice el pago de las prestaciones a razón de \$22.981 diarios valor que se tomó teniendo en cuenta el smlmv. Para el contrato entre el 14 de enero de 2016 hasta el 27 de mayo de 2016 a partir del 22 de agosto de 2016 a razón de \$49.554 diarios.

Indemnización por la no consignación de las cesantías conforme la sentencia 43833 del 2013 esta pretensión resulta improcedente por cuanto dicha prerrogativa solo es para los trabajadores del sector privado.

Costas a cargo de la demandada, agencias en derecho la suma de \$1.500.000.

APELACIÓN

DEMANDADA

“Interpone recurso de apelación; manifestó que quedó establecido que ningún empleado público impartió una orden al demandante o lo sometió a una continua subordinación, el despacho en la sentencia lo presumió no quedó probado en el proceso. Téngase que el demandante suscribió con la temporal A&S servicios y asesorías S.A.S., las acreencias laborales quedaron saldadas y todas las obligaciones que de ellas se derivaron también; que el hecho de reconocerle nuevas acreencias estaría reconociendo el despacho un doble pago.

Sobre la sanción moratoria me permito establecer que la relación laboral se declaró en esta instancia y por ende la empresa demandada no tenía cómo cumplir con esas obligaciones y por ende no era su obligación, no estaba obligada a realizarla, puesto que la relación laboral se declaró desde este momento, en esos términos solicito al Tribunal revocar la sentencia de primera instancia.”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece a: la presunción del contrato de trabajo; que las condenas constituyen un doble pago, y, por último, sobre la sanción moratoria.

En primer lugar, sobre la presunción de existencia del contrato de trabajo entre el actor y la demandada, sea oportuno indicar, que la misma es legal, y no corresponde simplemente al resultado de la valoración probatoria de la juez de instancia, y para el efecto, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945



señala: *“el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, corresponde a este último destruir la presunción”*, la cual no logró desvirtuarse, y menos, si se tiene en cuenta que, además de las declaraciones testimoniales, con fecha 30 de marzo de 2016, la demandada suscribió con el actor un contrato de trabajo por el término de 2 meses (fls.23 a 25), para desempeñar el mismo cargo y funciones, básicamente de conductor, es decir, de la conducta del empleador y del criterio funcional respecto de las actividades del actor, no hay duda de la existencia del contrato de trabajo.

Por otro lado, señala la recurrente que las condenas constituyen un doble pago, lo cual no corresponde a lo decidido en primera instancia, siendo que a los que se accedió fue a la nivelación salarial, y a las diferencias causadas por ese concepto y demás beneficios convencionales, de los que no se probó que hayan sido reconocidos con anterioridad al demandante.

Por último, frente a la indemnización moratoria por el no pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, en casos de similares contornos como el que se analiza, el precedente de la Sala de Casación Laboral ha sido pacífico y reiterado en indicar, de manera general, que el trabajador al ser la parte débil de la relación y que por ello no objeta la modalidad contractual u ofrece su consentimiento para la suscripción de contratos de prestación de servicios ante la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, se descarta un comportamiento guiado por la buena fe, la cual no depende de la prueba formal o documental o de la simple afirmación del empleador de creer estar actuando conforme a derecho, consideraciones que pueden ser consultadas, entre otras sentencias, en el pronunciamiento del 8 de septiembre de 2021, SL4176-



2021, radicación 82087, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.y en tal orden de ideas, se confirmará la condena en este sentido.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



Proceso Ordinario Laboral 28 – 2019 – 0077 – 01 DTE: JAIRO ALBERTO GUECHA CARREÑO
DDO: SUBRED INTEGRADA DE SALUD NORTE E.S.E.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 28-2018-561-01

ASUNTO: APELACIÓN AUTO

**DEMANDANTE: CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO
FAMILIAR COLSUBSIDIO**

**DEMANDADO: LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y
OTROS**

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISION

Conoce la Sala la apelación interpuesta por la apoderada de **ADRES**, en contra de lo decidido en audiencia del veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021), cuando no se accedió a la integración del contradictorio. (Fls 135 y siguientes).

LA CAJA COLOMBIANA DE SUBSIDIO FAMILIAR “COLSUBSIDIO”
interpuso demanda en contra de **LA NACION MINISTERIO DE SALUD Y DE**

LA PROTECCION SOCIAL, y en contra de la **ADMNISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD “ADRES”** con el fin de obtener pago de perjuicios relacionados con el pago reintegros (fls 48 y siguientes).

La entidad demandada ADRES contestó la demanda mediante escrito visible a folios 93 a 105 **proponiendo solo dos excepciones de fondo, esto es AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO QUE SE DEMANDA REPARAR, AUSENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LA DEMANDADA; sin excepciones previas.**

El Juzgado 28 Laboral del circuito de Bogotá D.C, mediante decisión del 29 de junio de 2021, decidió negar la integración del contradictorio; **solicitada en esa audiencia por ADRES en síntesis así:** “...para evitar futuras nulidades o alguna inobservancia irregular dentro del proceso, hacer hincapié en la naturaleza del proceso de las pretensiones y la falta de integración a la misma, teniendo en cuenta su señoría que estamos en presencia de un proceso de reintegros, en ese orden su señoría y como quiera que en virtud del decreto ley 281 del 2002 artículo 3, **establece de manera clara que será la Superintendencia Nacional de Supersalud**, quien expedirá el acto administrativo que ordena el reintegro en este caso de la demandante Colsubsidio, considero necesario su señoría suspender la presente diligencia hasta tanto no se convoque a esta última entidad, teniendo en cuenta que al estar en presencia de un acto administrativo que reviste de presunción de legalidad, pues en virtud del debido proceso, deberá ella, que defender la legalidad del mismo su señoría, en ese orden queda claro que el decreto ley 281 y de la misma manera la sentencia C- 607 del 2002 de la corte constitucional esta misma estableció dos, he, digamos un procedimiento en el cual está dividido en dos partes, un primera parte que es la que desarrollan los participantes en el flujo caja, específicamente la norma que dispone que, cuando el administrador judicial o del Fosyga o cual entidad o autoridad pública en el ejercicio de sus competencias o actividades como participante o actora del flujo de caja detecte que se presentó apropiación sin justa causa de recursos del sector salud en los eventos que señale el reglamento solicitara en forma inmediata las aclaraciones respectivas o su reintegro, el cual procederá a más tardar dentro de los 20 días hábiles siguientes a la comunicación del hecho y cuando la situación no sea subsanada o aclarada en el plazo señalado se informara de manera inmediata y con las pruebas correspondientes a la Superintendencia Nacional de Salud quien su intervención ordenara el reintegro inmediato de los recursos y adelantara las acciones que considere pertinentes; en ese orden de ideas considero necesario su señoría en este estado de la diligencia convocar a la superintendencia Nacional de Salud para que pueda defender la legalidad de sus propios actos administrativos que se derivan de la finalización de la actuación administrativa de los procesos de reintegro...”

El apoderado de la parte actora se opuso a la petición y la Juez expresó:... Pues en efecto esta sala coincide con los argumentos desglosados por el

*apoderado la parte actora, el momento que solicite con el fin de revisar la contestación de demanda arrimada por el ADRES dentro de la oportunidad procesal correspondiente era para verificar si en alguna de sus apartes se hacía mención a la normatividad señalada hoy por el apoderado de la parte actora con el fin de solicitar la integración con la Superintendencia Nacional de Salud, una vez verificada la contestación que reitero reposa en folios del 93 al 104 al 105 no se hizo alusión a la misma por ello entonces considera esta juzgadora que no hay lugar a acceder a su petición teniendo en cuenta que esa era la oportunidad procesal pertinente para solicitarse la integración en debida forma del contradictorio, máxime cuando las normas en las que se basa la petición datan del año 2002 y este proceso fue radicado en el año 2018, el 23 de marzo del año 2018, tiempo más que suficiente para haberse percatado de tal situación y haber solicitado integración de contradictorio en debida forma, por ello entonces considera esta juzgadora que no hay lugar a acceder a lo solicitado por el apoderado **del adres por no resultar, no corresponder o no ser la oportunidad procesal correspondiente para emitir la decisión, para emitir, perdón para ordenar, para solicitar la integración de la Superintendencia y a juicio de esta servidora considero que efectivamente con las partes procesales que ya se encuentran inmersas en las presentes diligencias es posible adaptarse a una decisión de primera instancia...***

Inconforme con esta decisión ADRES interpone recurso así:

*"... Su señoría para esta decisión emitida por este despacho he invoco el artículo segundo, he, numeral 2 del artículo 65 respecto a la procedencia de recurso de apelación frente a la decisión proferida por su despacho **que si bien es cierto la demanda adres no presento la respectiva excepción previa no significa que no se pueda integrar en debida forma el litisconsorcio necesario de manera oficiosa si bien es cierto el despacho considera que la Superintendencia no es necesaria la convocatoria a esta diligencia** dada que las normas que invoco son del año 2002 considero necesario su señoría que la Superintendencia Nacional de Salud si sea convocado al siguiente proceso en razón a que el procedimiento especial de reintegro es un procedimiento reglado y al ser un procedimiento reglado y establecido en las normas como son el decreto ley 281 del 2002 artículo tercero y la resolución 3361 del 2013 pues integran dos etapas de un procedimiento especial uno que los lleva a través de los auditores en una primera etapa y una segunda etapa que es la que ordena mediante acto administrativo por parte de la Superintendencia Nacional de Salud el reintegro de los recursos que son apropiados sin justa causa, teniendo en cuenta que aquí lo que se discute es una de las etapas que construye el respectivo procedimiento especial de reintegro luego es necesario que la Superintendencia Nacional de Salud que es la que cierra a través de su decisión, a través de un acto administrativo la que defienda la legalidad del mismo, como quiera que inclusive a través de ella se podrá interponer los recursos de ley y las pruebas que en su momento considera necesario la parte demandante no haber sido discutida en la primera parte*

en el proceso de auditoria tienen en protección del debido proceso hacerlas valer en, ante la Superintendencia Nacional de Salud en sede de recurso de reposición sobre la misma, entonces me parecería en ese orden su señoría peligroso tratar de discutir un tema o un trámite, una etapa consolidar la discusión en una sola de las etapas cuando la otra estamos en presencia de la legalidad de un acto administrativo que no ha sido discutido en sede judicial su señoría, entonces en ese orden de ideas presento respectivo recurso a fin de que se revoque la decisión preferida por su despacho....”

El apoderado de la parte actora manifiesta que esta decisión no tiene recurso, y solicita no se conceda la Juez no accede y envía a este Tribunal el expediente para que se resuelva la apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S, advirtiéndole desde ya que este auto si es apelable, pues resuelve una excepción previa que aunque no se interpuso en la contestación de la demanda, en decir en la oportunidad procesal, correspondiente, justamente fue propuesta en audiencia, así se haya tratado de presentar como un saneamiento para evitar nulidades y en ese orden admitiendo, que lo es, también entonces es recurrible, pues así lo permite el art 65 del C P del T y la S S numerales 6 y 12.

En ese orden y de acuerdo con el recurso es la misma recurrente quien indica que efectivamente no se propuso como excepción previa, específicamente la contenida en el numeral 9 del artículo 100 de CGP, que las consagra, esto es no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios.

Basta entonces para confirmar la decisión de la juez, reiterar que es solo en la contestación de la demanda, -únicamente en ese momento procesal.; en la que pueden presentarse las excepciones previas señaladas en la norma antes citada, por tanto, por ser extemporánea debía negarse como sucedió.

Ahora aunque en la audiencia el argumento de la solicitud era evitar futuras nulidades, en el recurso lo que se dice es que el Juez puede de manera

oficiosa decretarla, olvidando que la facultad de decretar pruebas vincular a terceros de manera oficiosa, como su nombre lo indica solo surge si el Juez lo considera conducente, necesario y/ procedente y en este caso la Juez expresó que a su juicio era viable tomar una decisión de fondo con las partes vinculadas al proceso, que aunque breve es un argumento para no ejercer la facultad oficiosa que hecha de menos la recurrente.

Vale entonces la pena señalar, pues no sobra; que en varias oportunidades este Tribunal ha señalado que el litisconsorcio necesario consagrado en el artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, solo surge **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,** la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En procesos como el que acá se discute ha dicho esta corporación específicamente esta Sala que al ser lo reclamado perjuicios derivados de controversias bien de servicios NO POS ,o como en este caso de reintegros es totalmente posible decidir de fondo, toda vez que estos terceros no tienen la relación contemplada que la norma contenida en el art 61 del CGP , esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme, es decir claro resulta que no es en este proceso en el que se pueda discutir un acto administrativo de la Superintendencia de Salud como asegura la recurrente, ni surge como obstáculo para la definición de las pretensiones principales del proceso relativas a esos pagos y contrario a lo afirmado no **es necesaria la intervención de las entidades como la Superintendencia que ordena los pagos,** pues surge evidente que ese es otro momento procesal y los perjuicios derivados del incumplimiento no le competen ni menos aún podría discutirlos resaltando la Sala solo, que tampoco **resultaría afectadas con**

una posible o eventual condena; luego no se dan los requisitos en la norma para que se haga necesaria su comparecencia al proceso.

Insiste la Sala, como en otras oportunidades y solo a manera de aclaración que para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, como ya se explicó en este caso, sin que el no llamar a la Superintendencia, impida una decisión de fondo.

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR los autos apelados, por las razones expuestas.

SEGUNDO: COSTAS, a cargo de quien recurre.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legales vigentes, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 29-2019-0567-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ERNESTO GUEVARA BURGOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; Y AFP PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificado con C.C. 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes, presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso interpuesto.

ANTECEDENTES

El señor Jorge Ernesto Guevara Burgos por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP Colfondos S.A; que se deberán trasladar los aportes junto con los rendimientos que actualmente tiene la AFP Porvenir S.A., a Colpensiones; que se declare que el demandante podrá solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones conforme la Ley 797 de 2003; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes junto con rendimientos a Colpensiones, y los detalles de traslado de aportes a la AFP Colfondos; condenar a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media; a la AFP COLFONDOS S.A. a aceptar y recibir el traslado de aportes del demandante; y costas y agencias en derecho.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 21 de enero de 1957, que a la presentación de la demanda tiene 62 años; que se afilió al ISS el 19 de septiembre de 1977; que se trasladó de régimen el 26 de agosto de 1997 por medio de Colfondos S.A., que acredita mas de 1.137 semanas cotizadas; que le dijeron que trasladándose a Colfondos tendría una mejor pensión; que se podría pensionar a la edad y monto que quisiera, pero no le explicaron cómo; que podría solicitar devolución de aportes; que le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, entre otra serie de situaciones sobre el futuro del régimen de prima media; que se traslado a Porvenir el 20 de diciembre de 2001; que en varias oportunidades ha solicitado información a los fondos privados a los que ha estado afiliado; que el 5 de marzo de 2018 Porvenir le informó que la mesada pensional sería de un smlmv, y que elevo reclamación de traslado de régimen a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 2 a 5, y 31. Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia del derecho y la obligación por falta de causa y título para pedir; cobro de lo no debido; buena fe; y prescripción.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 27 y 28. Como excepciones de mérito formuló las que denominó



prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciere el señor JORGE ERNESTO GUEVARA BURGOS identificado con la CC. 19.295.342 ante la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. el día 26 de agosto de 1997 con efectividad a partir del 1 de octubre de 1997, por los motivos expuestos en esta providencia, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JORGE ERNESTO GUEVARA BURGOS por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, por lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral

CUARTO: Sin condena en costas

QUINTA: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por COLPENSIONES.

Notificados a las partes



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el caso del demandante Colfondos se allanó a las pretensiones de la demanda, que fue el fondo al cual se afilió el demandante y que no obra prueba alguna que demuestre que se cumplió con ese deber, únicamente está lo dicho por el demandante en el interrogatorio de parte y por el testigo José de San Martín, que si bien el demandante dice que conoce ciertas características, conocimiento que lo adquiere con posterioridad a la afiliación al fondo de pensiones al cual se trasladó.

Considera el Juzgado que no quedó demostrado por parte del fondo que en efecto se cumplió con ese deber de información tal como lo considera la Corte Suprema de Justicia; que si bien el demandante hizo un traslado horizontal, por sí solo no confirma la información que debió tener el demandante porque no se demuestra que al trasladarse a Porvenir se haya demostrado que se suplió ese vacío que se dio en el año de 1997, cuando no se dio información para que se pueda hablar de un consentimiento informado.

Que el juzgado aplicando la línea jurisprudencial y al o encontrar que se hubiese con el deber de información en los términos que la Corte lo ha enseñado pues deberá declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional y acceder a las pretensiones de la demanda que consiste en la devolución de saldos y rendimientos.

APELACIÓN

COLPENSIONES

“Interpone recurso de apelación respecto del numeral que ordenó la devolución de aportes, para que ordene los gastos de administración, conforme la sentencia SL 3464



**Proceso Ordinario Laboral 29 – 2019 – 0567 – 01 DTE: JORGE ERNESTO GUEVARA BURGOS
DDO: COLPENSIONES Y OTRO**

del 14 de 2019, que la ineficacia es como el negocio no celebrado, y los gastos de administración le corresponden a Colpensiones, en tal sentido solicita adicionar la sentencia”.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado por Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Jorge Guevara Burgos, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Colfondos S.A., el día 26 de agosto de 1997, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folio 60 del plenario, así como respecto de los traslados posteriores efectuados dentro de dicho régimen a Porvenir S.A.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Jorge Ernesto Guevara, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1997; por lo que se debe



dar por demostrado que tanto Colfondos S.A., como posteriormente los demás fondos privados demandados, faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna.



Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, la línea jurisprudencial a que se alude ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información al demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento alguno, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Colfondos S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala 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.



Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.



Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen pensionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Conforme lo anterior, y en alcance al recurso formulado por el apoderado de Colpensiones, se dispondrá, adicionar el numeral SEGUNDO de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones, decisión que encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 19957**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.



Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia, en el sentido de ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el valor correspondiente a gastos de administración, con destino a Colpensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.



CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 30-2019-0316-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JUAN GUILLERMO BOBADILLA ROJAS

DEMANDADOS: BAXALTA COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver el recurso de apelación interpuesto por la misma.



ANTECEDENTES

El señor Juan Guillermo Bobadilla Rojas por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la existencia de un contrato de trabajo entre las partes comprendido entre el 10 de julio de 2012 hasta el 8 de abril de 2018, así como elementos constitutivos de salario: las bonificaciones por incentivos para los años 2012 al 2017, auxilios de movilización causados desde mayo de 2013 hasta abril de 2018, *“los dineros dados al trabajador por concepto de mutuo sin intereses por parte del empleador”*, y que los incrementos salariales obedecieron a: para el año 2013 a 7.83%, año 2014 a 7.41%, 2015 a 25%, 2016 a 8%, 2017 a 19.91%, 2018 a 14.59%.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicita se condene a la demandada a la reliquidación y pago de las diferencias salariales teniendo en cuenta el incremento antes relacionado para cada anualidad, así mismo, se reliquide el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social, lo pagado por vacaciones e indemnización por despido sin justa causa; solicita el pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y costas del proceso.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, el día 10 de julio de 2012 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa SHIRE DE COLOMBIA S.A.S. hoy BAXALTA COLOMBIANA S.A.S.; que el cargo inicial fue el de médico de enlace científico, que a partir de 1 de febrero de 2015 fue promovido al cargo de Gerente de Asuntos Médicos, y que el 30 de septiembre de 2017 se realizó una descripción de este último cargo; que fue pactado como



salario integral la suma de \$7.370.000; que al interior de la cláusula sexta del contrato se pactaron beneficios extralegales; que en el anexo 1 del contrato se indicó como beneficios extralegales no salariales: vales sodexho para el pago de alimentación por \$400.000, auxilio de medicina prepagada, seguro de vida y el plan anual de incentivos; que en el numeral del citado anexo 1 se estableció que con el plan anual se pretendía que el empleado participara de los resultados globales de la organización; que el 12 de julio de 2015 al actor le fue remitida oferta laboral con los términos económicos que regirían la relación laboral, en la que se ratificó el pago de la suma del salario integral mencionado; que en la misma oferta se le expresó que el actor podría obtener un incentivo como premio del 15% de la remuneración básica por 12 meses, que los premios serían discrecionales y que podrían variar del 0% al 200%, que en lo relacionado con la atención en salud se le pagaría el 80% de la prima para él y la familia, que tendría derecho a tener un vehículo de la empresa, un seguro de vida y teléfono celular.

Manifestó que se le dio a conocer la política de vehículos Shire, para la concesión de ese beneficio, las especificaciones del vehículo y conformación del bono mensual a recibir y condonación del mismo; que los dineros recibidos por política de vehículos ingresaron directamente al patrimonio del trabajador; que para el momento de la terminación del contrato el auxilio de movilización era de \$1.900.000, el cual era discriminado a su vez en el valor del seguro, mantenimiento, impuestos anuales, beneficio de amortización, intereses y gross up; que en abril de 2013 adquirió la camioneta Dodge Journey modelo 2013 de placas HBS200 por valor de \$63.315.000; que entre el actor y la demandada se suscribió contrato de comodato gratuito el 8 de abril de 2013, del que afirma que, debía poner el vehículo a disposición de la empresa sin recibir contraprestación; que el 10 de abril de 2013 entre las partes se celebró



contrato de mutuo sin interés por la suma de \$25.000.000, y que fue girado directamente a favor del concesionario Marcali Internacional S.A.; que se acordó que la suma anterior se condonaría en un 50% si para el 18 de abril del 2014 la relación laboral continuaba vigente, el 25% si lo mismo ocurría para el 18 de abril de 2015, y un 2% para el 18 de abril de 2016. Que la camioneta fue dada por pérdida total por seguros Allianz, indemnizando al demandante en suma de \$66.515.249, y que posteriormente, el 20 de noviembre de 2013 procedió el actor a la compra de otro vehículo en el mismo concesionario.

Que el trabajador para el año 2016 conforme la política de vehículos procede a la compra de un vehículo mercedes benz E200 por valor de \$138.900.000, respecto del cual también se celebraron los correspondientes contratos de comodato y de mutuo sin interés.

Sobre el incentivo anual por participación de los resultados globales de la organización e incrementos anuales del salario integral, manifestó que, conforme el plan de beneficios, para el año 2012 el valor de la bonificación anual por participación de resultados ascendió a \$6.324.061; que para el año 2013 se incrementó el salario del actor en 7.83% y una bonificación anual de \$18.496.000; para el año 2014 en 7.41% y bonificación de \$22.000.000; 2015 en 25% y bonificación por \$33.333.300; 2016 en 8% y bonificación de \$26.186.055; 2017 en 19.91% y bonificación \$20.131.600; 2018 en 14.59%.

Que el contrato de trabajo se terminó de manera unilateral y sin justa causa con fecha efectiva a partir del 8 de abril de 2018, momento en el cual manifiesta le hicieron entrega del certificado del pago de aportes de Seguridad Social de los últimos tres meses, certificado laboral, paz y salvo herramientas



de trabajo, liquidación del contrato de trabajo y carta de exámenes médicos; que la liquidación final del contrato se realizó con base en un salario distinto al fijado para el año 2018, que se omitió incluir como salario lo pagado por incentivo de bonificaciones anuales y auxilio de movilización de los años 2012 a 2017; que también no se incluyó como parte del salario lo pagado por mutuo el 10 de abril de 2013 y el 5 de mayo de 2016, y como consecuencia de la anterior omisión, refiere que los aportes al Sistema de Seguridad Social no se realizaron en debida forma entre el año 2013 a 2017, ni el pago de la liquidación de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la demanda sin oponerse a la prosperidad de la declaración de existencia del contrato de trabajo, ni al porcentaje en que se incrementó el salario para los años 2015 a 2017, y se opuso a las demás; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 a 3, 5 a 9, 15, 18, 20 a 24, 28, 30 a 31, 33 a 34, 36 a 37, 40 a 41, 44 a 49, 52 a 56, y no aceptó los demás. Como excepción previa formuló la de prescripción, y de mérito las que denominó actuación conforme a derecho; naturaleza no salarial del bono PIA; naturaleza no salarial de pagos y beneficios concedidos bajo la política de vehículos de la compañía; actuación indebida del demandante; buena fe de la compañía; cobro de lo no debido; el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan las pretensiones; consentimiento tácito del demandante; prescripción y compensación.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARÉSE probada la excepción denominada COBRO DE LO NO DEBIDO planteada por la accionada BAXALTA COLOMBIA S.A.S., de acuerdo con lo indicado en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSUELVASE A LA PARTE DEMANDADA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDÉNESE en COSTAS a la parte demandante, con base en lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. En consecuencia, por Secretaría liquidense e inclúyase en el acto de liquidación la cantidad de \$1.500.000 por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandada.

CUARTO: CONSULTESE la presente decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por haber salido adversa la decisión a los intereses de la parte actora.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

“Que para resolver los problemas jurídicos se debe dar respuesta a los interrogantes, 1. Establecer si hay lugar a ordenar a Baxalta Colombia S.A.S., las diferencias salariales reclamadas por el tiempo comprendido entre el 10 de julio de 2012 y el 8 de abril de 2018 e indemnizaciones solicitadas. 2. Determinar si hay lugar a reconocer el pago de las diferencias por aportes a seguridad social por el mismo termino, y 3. Determinar si las excepciones formuladas por la demandada están llamadas a prosperar.



Proceso Ordinario Laboral 30 – 2019 – 0316 – 01 DTE: JUAN GUILLERMO BOBADILLA ROJAS
DDO: BAXALTA COLOMBIA S.A.S.

Que no hay discusión sobre la existencia del vínculo laboral, los extremos, el salario, y tampoco sobre los pagos realizados, que el problema radica en establecer si alguno de los pagos son factores salariales; que no hay discusión que el salario era integral, que algunos pagos pueden pactarse como no salariales y se debe mirar el concepto para el cual se entregan que debe ser claro que no quede duda que los mismos apuntan a tal fin, esa es la esencia de este proceso.

Que como pruebas se tienen a folio 7 a 11 y 261 a 269 el contrato de trabajo junto con sus anexos, anexo 1 beneficios extralegales no salariales del 10 de julio 2012, folios 12 a 79 y 335 a 400 copia de comprobantes de nómina desde julio de 2012 a abril de 2018, copia de comprobante de liquidación del periodo de nómina de enero de 2015, respuestas a un derecho de petición por parte de la empresa demandada donde le indican que esta gestionando los desprendibles de pago de los años 2012 a 2015, constancia de lectura, comprensión y capacitación de documentos, políticas de vehículos entre otros, a folio 80 flujograma de vehículo Colombia, 80 a 86 dispositivas de la política de vehículo, copia de carta de beneficios extralegales no salariales del 15 de marzo de 2013 a folio 88 y 274, copia de la carta dirigida al dte del 10 de abril de 2013 especificando las características de un vehículo, copia de contrato de comodato suscrito entre Shire Colombia y el dte con fecha 8 de abril de 2013, copia del anexo 1 del contrato de comodato suscrito entre las mismas partes, copia de un contrato de mutuo, anexo 1 del contrato de comodato de 8 de abril de 2013, acta de entrega del bien dado en comodato, copia de un pagaré en blanco con carta de instrucciones a favor de una empresa del 11 de abril de 2013 y a folio 273 copia del pagaré en blanco con carta de instrucciones a favor de Shire Colombia del 5 de mayo de 2016, copia de un correo electrónico de autorización del dte de fecha 10 de abril de 2013 para realizar un desembolso de mutuo a favor del concesionario, acuerdo de cesión del contrato de mutuo, carta de reconocimiento de beneficios extralegales, a folio 104 a 105 contrato de cesión de mutuo de dic de 2017, certificación laboral folio 271 y liquidación del contrato a folio 137 y 270. Interrogatorio de parte del representante legal de la demandada, del dte, testimonios de Jaime García, Augusto Teseira y Oscar Pineda Contador.

En el caso concreto se aceptó la suscripción del contrato de trabajo a término indefinido como personal de manejo y confianza con salario integral, desde el 10 de julio de 2012 al 8 de abril de 2018; frente al salario tampoco hay discusión que fue integral, que los testigos manifestaron no conocer el contrato o el tipo de vinculación, pero si las políticas de la empresa en lo que tiene que ver con incentivos y con la política de vehículos.

Sobre la reliquidación de los factores salariales, se encuentra demostrado que el dte recibía de manera habitual y periódica, y permanente desde el 10 de julio de 2012 y hasta finalizar la relación laboral un salario integral pactado inicialmente en la suma de \$7.770.000 y un salario de \$13.980.273 al momento de la finalización de la relación laboral que se produjo hasta el 8 de abril de 2018.

Que en los contratos de trabajo y otros documentos, que el numeral 6 del contrato se indican los beneficios extralegales, que una vez leída, manifiesta que la misma es de desalarización; en el numeral quinto del contrato se indicó en el parágrafo segundo que las sumas entregadas para atender las necesidades de transporte no constituyen factor salarial; que en el anexo 1 denominado beneficios extralegales salariales folio 10 y 11, y los suministros de valores sodexho pass para el pago de alimentación del empleado y su familia por una suma mensual equivalente a \$400.000, auxilio de medicina prepagada 80% mensual, y el 20% asumido por el empleado, seguro de vida costo asumido totalmente por la empresa; que el empleado puede participar en el plan anual de incentivos no salariales de la empresa con el ánimo de incentivar los



empleados y mejorar la utilidad de la empresa mediante el plan de empleado para recibir un incentivo anual con la que se pretende hacer que el empleado participe de los resultados globales de la organización, que el porcentaje es del 15% de la compensación anual, los incentivos son discrecionales y pueden ir desde el 0% hasta el 200%, que hay acuse de recibo de lo anterior por el dte; que se condiciona para los fines y efectos legales que habiendo leído y comprendido el anexo 1 está totalmente de acuerdo sobre la naturaleza no salarial de los beneficios extralegales y ratifica las autorizaciones a la empresa para que se realicen los respectivos descuentos de nómina o de la liquidación final de acreencias laborales, de sus salarios, vacaciones, beneficios extralegales y demás acreencias laborales cuando haya lugar a ellos, tenemos entonces esos aspectos pactados.

Que hay un contrato de mutuo sin interés para el trabajador por la suma de \$65.078.695, se pactó que la deuda se condona, el 50% si la relación continuaba hasta el 5 de mayo de 2017, el 25% si continuaba vigente hasta el 5 de mayo de 2018, y otro 25% al 25 de mayo de 2019; que la demandada el 5 de mayo de 2016 conforme a la política de vehículo comenzó a reconocer la suma de \$1.900.000 mensual por auxilio de vehículo y \$500.000 por valor de gasolina; que en una comunicación de marzo 15 de 2013 a folio 279 donde se le informa al dte que conforme a la política Shire Colombia recibirá un anexo mensual por movilización por la suma de \$1.200.000 y gasolina por valor de \$500.000; quedó demostrado que se le ofreció un plan de incentivos al dte entre los años 2012 a 2018, que eran discrecionales y que podían variar entre el 0 y el 200%, y otros beneficios como atención en salud, automóvil, seguros de vida; que quedó demostrado que prestó a título de comodato gratuito los vehículos durante la relación laboral, lo que se ratifica con las actas de entrega, los anexos de fecha 8 de abril de 2013 folio 283 y de 5 de mayo de 2016 folio 288.

Que esos pagos realizados como beneficios extralegales en especial el bono PIA dependía del cumplimiento de metas globales negocios establecidos por la organización Shire, que el desempeño individual del dte era irrelevante para la causación y pago de estos, y tenemos pactada la cláusula 6 y en el anexo 1 que el beneficio no tendría naturaleza salarial ningún efecto legal, este es el aspecto que ataca la parte dte.

Que en el interrogatorio de parte el dte dijo que no conocía estos aspectos de la regulación laboral y que no podía identificar claramente qué constituía salario.

Que los pagos denominados auxilio de movilización también están pactados en esa cláusula y fueron considerados en su momento como factor no salarial ya que consideraron que no retribuía el servicio prestado por el actor, no dependían de la productividad, ni de las ventas o del desempeño individual, su finalidad exclusiva era para gastos asociados a su desplazamiento de un lado a otro en cumplimiento de sus funciones y obligaciones a su cargo como empleado de la compañía, tal como se venía estipulado en la política de vehículos y que así se plasmó también en los contratos firmados el 15 de marzo de 2013 y el 5 de mayo de 2016, que es decir que, a la luz de estas políticas se observa es que se buscaba mejorar el servicio del trabajador proporcionándole un mejor medio de transporte como una herramienta de trabajo, por esa razón no se puede tener como un pago retributivo del servicio por parte de la sociedad, ya que su desempeño, productividad y servicio no tenía incidencia ninguna en la elegibilidad o causación de ese préstamo; que la condonación efectuada por la empresa tampoco puede constituirse como factor salarial como lo pretende la parte actora.

Frente al 100% del primer vehículo que fuera reemplazado por un segundo de mayor valor y del cual también se condonó parte de su valor a la terminación del contrato, siendo una forma de extinguir la obligación en cabeza del dte y con las pruebas allegadas no puede deducirse que constituyera retribución del servicio.



Que no se tenía previsto un valor fijo establecido para la adquisición del vehículo, lo que deduce el juzgado es que él podía escoger el vehículo que considerara y en esa parte no tenía incidencia la compañía.

En cuanto a los incrementos solicitados conforme el plan de beneficios en que se concedía esa bonificación anual por participación de resultados, también se pactó en el contrato ese beneficio extralegal que no constituía salario, así está pactado y es una de las posibilidades que le da el art 128 a las partes, la cual está sujeta a condiciones y políticas de la sociedad demandada, tal como se estipuló en los contratos y también se demostró con los anexos que también fueron conocidos y suscritos por las partes, el trabajador aceptó los cambios en los porcentajes correspondientes, siempre se respetaron las condiciones laborales del trabajador, esos porcentajes anuales fueron los que pactaron entre la compañía y el dte o lo que ofreció la compañía ya que como ganaba un salario integral no estaba sujeto al incremento obligatorio anual que si está establecido por la legislación colombiana para aquellos trabajadores que ganan un salario mínimo.

Que hay unos porcentajes que están probados dentro del proceso, los porcentajes reales para cada año, encontramos que para el año 2012 que sería para el 2013 del 8.5%, para el año 2014 7.99%, incluso superior a los reclamados en la demanda para ese año se tuvo el 25%, para el 2016 el 8% y para el año 2017 el 19.91%, todo esto aceptado en este juicio por lo que tampoco esta llamada a prosperar la pretensión en este porcentaje que fueran reconocidos tal como consta en los desprendibles de pago; la sociedad incrementó los salarios y pagó conforme a lo acordado en los anexos y así indican las partes tener conocimiento de lo allí pactado, que no constituía factor salarial para liquidar vacaciones y aportes a seguridad social e indemnizaciones, además dependían de los informes y las recompensas que se otorgaban al dte desde el 2012 al 2018, y que de acuerdo con ese documento.

El art 127 que pide la parte actora se aplique establece como salarios no solo la remuneración ordinaria fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cual sea la denominación que se adopte, y según la parte actora lo que se busca con este tipo de denominaciones es defraudar a los trabajadores; que el art 128 establece las excepciones de aquella premisa, señalando que no constituye salario aquellos beneficios o auxilios habituales acordados convencionalmente o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, y que no basta con la valoración probatoria del contrato de trabajo sino que también hay que revisar el desarrollo de la relación laboral, que para el año 2012 al 2018 figuras sumas que se reconocieron al dte de acuerdo con lo pactado en los contratos y anexos y allí se pactó una cláusula de desalarización y ello fue corroborado por el mismo dte en el interrogatorio de parte, y por lo dicho por los testigos quienes dieron cuenta de esas políticas generales que tenía la empresa precisamente para generar incentivos en los trabajadores, y también para generar unas políticas, que nunca se suspendieron dichos beneficios extralegales y se encontraban vigentes al momento de la finalización del vínculo laboral.

Se reclama que se tenga en cuenta la primacía de la realidad sobre las formalidades, para lo cual encuentra que toda la remuneración que recibió el trabajador por la prestación directa de sus servicios que va a incrementar su patrimonio personal es considerada como factor salarial al reconocer la actividad personal del trabajador pero solo se parte de valores concertados en los contratos y otros si que regularon esos contratos; que se pactó un salario integral y cualquier otro valor adicional estaba sujeto a lo acordado y a lo pactado y como acertadamente lo dijo la parte demandante el empleador es quien tiene la carga probatoria de acreditar en juicio que los dineros reconocidos al trabajador y que no constituían salario no lo son para su beneficio ni



para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, considero en que este caso sin importar la denominación que se le hayan dado a los beneficios no quedó claro ni hay certeza para el juzgado que haya sido así; que los salarios integrales desde el año 2012 al 2018 se respetaron y fueron superiores el salario integral para el año 2018 asciende a \$10.156.146 y del año 2012 \$7.367.100 que es inferior al que se le pagaba, como también son los inferiores los salarios de 2013 a 2017; que para el juzgado es claro que, si bien el dte ejerció funciones en diferentes cargos los mismos se remuneraron de acuerdo a lo pactado, incluso con valores superiores al salario integral establecido para cada año por el legislador, nótese que la liquidación final se hizo con la suma de \$13.980.273 y que de acuerdo a lo pactado y a las políticas allí expuestas, no se tuvieron en cuenta otros valores porque se había expresamente indicado y pactado la relación laboral que no constituía factor salarial como lo permite el artículo 128 del CST.

Que no basta con asegurar que en el desempeño de sus funciones recibía sumas que hacían parte del ingreso mensual, sino que además debe demostrar en juicio aunado a que no se demostró que efectivamente iban a incrementar el patrimonio.

Que está claro que entre las partes se pactó una cláusula de desalarización que es la cláusula 6, y ahí se incluyó los beneficios extralegales y se estableció que no constituía salario, no quedó demostrado que los pagos fueran en forma regular y que fueran para la retribución directa del trabajo, que no encontró evidencia que llevara al convencimiento de que los pagos denominados beneficios extralegales como bono PIA, plan de beneficios anuales, bonos sedexho, gasolina, auxilio de movilización, tampoco beneficios para salud, seguros de vida, contrato de mutuo, contrato de comodato, por cumplimiento de objetivos, fueran recibidos por el trabajador como contraprestación del servicio, porque está la cláusula de desalarización que no fue desvirtuada.

Así las cosas considera el juzgado que en este caso, los pagos que según la parte dte, desconoce la empresa o que le desconoce su naturaleza salarial, retirados de factor salarial expresamente en el contrato y en los diferentes anexos y no quedó claro que ingresaran al patrimonio del trabajador; que si bien es cierto las partes pactaron en el contrato de trabajo la exclusión en la forma prevista en el art 128 del CST, también lo es que con las pruebas no se llega con certeza que existía la intención del empleador de defraudar al trabajador, no se ve reflejado que se haya percibido por parte de trabajador emolumentos que tengan ese factor salarial y que efectivamente hayan incrementado su patrimonio como consecuencia de la prestación directa del servicio y por esta razón no se acogen las pretensiones de la parte dte.

Que en el tema de las facultades ultra y extra petita que se reclaman no encuentra algún hecho constitutivo de algún valor que me obligue a estudiar.

Excepciones dado el análisis integral del derecho que corresponde resulta probada la excepción denominada cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada y frente a las demás no hay lugar a pronunciamiento alguno.

Costas conforme el artículo 365 del CGP, por secretaria liquídense, inclúyase la suma de \$1.500.000 a cargo de la parte dte y a favor de la demandada. Concede grado jurisdiccional de consulta al ser adversa a los intereses del dte.

PARTE DEMANDANTE

“Interpone recurso de apelación; indica que hay dos características protuberantes de la sentencia que le obligan por respeto al juzgado y a la justicia y a su cliente a interponer el recurso.



El primero, que existe evidente valoración sesgada de las pruebas, que la valoración que se hace en la sentencia sobre las pruebas presentadas niega absolutamente los principios a los cuales hizo referencia de manera cosmética el juzgado al inicio del fallo; y segundo, que la sentencia hace un ejercicio de inversión de la carga de la prueba en materia de factor salarial y contradice lo que ha venido diciendo la jurisprudencia sobre la carga de la prueba en lo que el juzgado llama desalarización, la tiene el empleador, que aquí cargo a la parte demandante la obligación de probar plenamente la desalarización cuando le correspondía a la parte demandada.

Que para precisar los dos argumentos centrales manifestó que no se tuvieron en cuenta los documentos allegados y que son completos haciendo honor al principio de la lealtad procesal, todos los documentos del contrato, los allegamos con ese fin de hacer honor a ese principio del proceso, pero el juez en la sentencia se negó a darles el alcance a esos pactos de desalarización que se hicieron y los tomó como si se trataran de prestaciones sociales o sumas recibidas por fuera del contrato, no dio ningún valor a las afirmaciones y pruebas en el sentido que los pagos que se hicieron tenían como fundamento precisamente que este tipo de trabajador que es un trabajador de un nivel muy alto accediera al trabajo por un acuerdo y por una remuneración, de esta manera lo que vamos a hacer hacia el futuro es que el derecho laboral se vaya desvaneciendo en sus principios que el mismo juez hizo referencia en el art 53, lo mismo que se esta haciendo con el piso de social, lo mismo que se está haciendo permitiendo que cada vez los contratos de trabajo pierdan su esencia.

En segunda instancia considero que la sentencia en el tema del pago de movilización hace un ejercicio indebido de carácter conceptual en el sentido de hacer prevalecer lo que dice el documento sobre lo que en realidad sucedía, ahí no está el principio realidad, ahí está la negación de este, que ahí se pactó un préstamo de vehículo pero era un préstamo que tenía en el fondo, en la realidad otra naturaleza diferente, usted mismo lo dijo, era un trabajador que estaba muy lejos del salario mínimo y no necesitaba prestamos, auxilios, contra la pobreza, para que le prestaran una plata, aquí le estaban pagando una plata en forma disfrazada y por eso se la condonaron después y dijeron que era por un vehículo que supuestamente lo requería para hacer su trabajo, lo pusieron en el documento pero en la realidad no era para eso, eso lo demostró claramente los testimonios de los otros testigos, solamente en el alegato de conclusión de la Dra. Daniela se mencionó un testigo, no mencionó los otros testimonios que negaron plenamente que este trabajador tuviera que salir a trabajar a la calle en su vehículo y así con los otros temas.

Sobre la liquidación del contrato de trabajo hubo un desconocimiento palmario de lo que arroja la verdad de los documentos, hay un documento inicial que es el del último salario del trabajador, y hay un documento final que es el documento que liquidó el contrato y las sumas que aparecen en ambos son diferentes, la segunda es inferior a la primera, punto, no es más, era sencillísimo y no se hizo el ejercicio, por esas razones y con la jurisprudencia que nos permitimos manifestar y poner con conocimiento del juez sustentamos que interponemos el recurso de apelación contra la sentencia proferida.”



CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, y teniendo en cuenta la inconformidad, que, en síntesis, obedece al análisis de las pruebas que hizo el juzgado el cual considera el recurrente como desacertado, sobre los pagos por movilización y otros conceptos que a su parecer hacían parte del salario, y sobre la liquidación del contrato que elaboró la demandada en contraste con lo percibido como último salario por el demandante.

En primer lugar, para efectos de resolver el recurso de apelación téngase en cuenta que, al interior del trámite de instancia no hubo discusión acerca de la existencia del vínculo laboral y los extremos temporales, no así sobre el salario del cual se busca nivelar con los conceptos que hicieron parte de este, tales como bonificaciones por incentivos anuales para los años 2013 a 2017, auxilios por movilización desde el mes de mayo de 2013 hasta el mes de abril de 2018, los dineros dados al trabajador por concepto de mutuo sin intereses por parte del empleador.

A folios 7 a 11 del proceso obra copia del documento denominado contrato a término indefinido con personal de manejo y confianza – salario integral, que en lo que interesa a la decisión, se cita lo acordado por las partes en el numeral 5° sobre la remuneración:

“El empleado tendrá como remuneración un salario fijo mensual en la cuantía señalada en la sección B) pagadera en pesos colombianos y con la periodicidad anotada.



PARÁGRAFO PRIMERO. El salario integral fijo pactado, además de retribuir el trabajo ordinario, compensa de antemano: cesantía, primas legales de servicios y prestaciones sociales, todos los recargos por trabajo suplementario nocturno, beneficios, trabajo o descanso en días dominicales y festivos, intereses sobre cesantía, primas extralegales de servicios incidencia salarial del pago de viáticos, y en general todos los conceptos que conforme la ley o que por concesión extralegal recibiría el empleado si no tuviere salario integral. No habrá ningún pago o beneficio constitutivo de salario, cualquiera que sea, adicional al pago del salario integral ya expresado. (Subraya el Tribunal)

Adicional a lo anterior, en el numeral 6° de igual contrato de trabajo, se acordó el alcance de lo que las partes denominaron beneficios extralegales, en los siguientes términos:

“Las partes expresamente acuerdan que los beneficios extralegales que reconozca la empresa, si el empleado cumple con los requisitos y condiciones para acceder a ellos, tales como, (sic) pero no limitados a los que se describen en el ANEXO 1 que hace parte integrante del presente contrato, así como toda prestación, beneficio o auxilio, incluidos el uso personal de las herramientas de trabajo, auxilios por alimentación, salud, educación o vivienda, o el pago de premios, cobertura en contratos colectivos, primas extralegales o bonificaciones en dinero o en especie, o medio de transporte que llegue a recibir el empleado o que exceda en cualquier forma o por cualquier causa el salario integral expresado, no constituyen salario, y en consecuencia no serán tenidas en cuenta para efectos de calcular y pagar vacaciones, indemnizaciones, contribuciones en seguridad social, aportes parafiscales, y en general para el pago de cualquier otro concepto de carácter laboral.” (Subraya el Tribunal).

Aunado a lo anterior, dicho sea de paso, que en el anexo 1 – beneficios extralegales no salariales (fls.10 y 11), se precisó que, no tendrían esa connotación los conceptos por vales sodexho pass para el pago de alimentación del empleado y su familia, por una suma equivalente a



\$400.000, y el mismo alcance se dio para el auxilio de medicina prepagada, seguro de vida, y el plan anual de incentivos no salariales.

En ese orden de ideas, nótese que el empleador en plena concordancia entre el pactó de exclusión salarial fijado desde el inicio en el contrato de trabajo, y la política de vehículos para Colombia de la empresa (fls.79 a 87), suscribe con el actor, primero un contrato de comodato (fls.90 a 92), y posteriormente, ante la pérdida total del vehículo, en el año 2016 un contrato de mutuo, para la adquisición de un nuevo vehículo, frente a lo cual, no se advierte el ánimo de la demandada en procurar recursos para beneficio del actor sin ninguna justificación, pues adviértase que, las condonaciones a favor del demandante en dichos actos jurídicos, guardaban relación con el fin perseguido por la mencionada política de vehículos, que no era otra que procurar un medio de transporte al trabajador, y es por esta primera razón, contrario a lo esgrimido por el recurrente, que los recibidos por el promotor por este concepto no pueden tener la connotación salarial.

Al respecto, valga la pena recordar, lo establecido en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, sobre los pagos que no constituyen salario:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, y lo que recibe en dinero o en dinero no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan



dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.”

Así las cosas, conforme los medios de prueba relacionados y descritos antes, no hay duda que, además de los conceptos que puntualmente las partes relacionaron en el aparte de exclusión salarial del contrato de trabajo, considera la Sala que las facilidades dadas al trabajador para adquirir vehículo nuevo tampoco se muestran como retributivas del servicio, además que, si bien era para su beneficio, de todas maneras, se reitera, primero, que las partes previamente habían acordado que el beneficio recibido para medios de transporte no tendría connotación salarial, y segundo en el título denominado elegibilidad que hace parte de la política de vehículos se indicó claramente que *“todos los empleados de la compañía que por su función requieran de un vehículo como herramienta de trabajo y/o le sea asignado como beneficio por mercado. Herramienta de trabajo, posiciones de trabajo en campo. Beneficio posiciones netamente administrativa”* (fl.81), es decir, no se observa como una simple liberalidad del empleador lo entregado por concepto de vehículo, puesto que lo que se logra acreditar es que ello respondía a políticas de aquel, cuestión que es válida al no vulnerar derechos mínimos laborales del trabajador.

En concordancia con lo anterior, la Sala de Casación Laboral en materia de eficacia de los convenios de exclusión salarial, y factores salariales, ha precisado y reiterado en diferentes pronunciamientos, entre otros, en la sentencia SL986-2021 del 24 de febrero de 2021, radicación 70473, que: lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes; que el criterio inclusivo o de cierre de si un pago es o no



salario consiste en determinar si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo, es decir, que el salario se define por su destinación.

Agrega la Corte en dicho pronunciamiento al indicar que, el empleador tiene la carga de probar que la destinación del pago realizado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y por tanto, carácter no remunerativo; que el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso, y detallado en los rubros que cobija, por ello la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo; que las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.

En igual pronunciamiento se dijo por la Corte que, las partes no son enteramente libres y autónomas para desregularizar o excluir como factor salarial cualquier suma que sea entregada, comoquiera que, si el pago tiene como propósito retribuir el servicio, las partes no pueden restar incidencia salarial, simplemente, en virtud del aspecto negocial que les asiste.

Conforme las reglas jurisprudenciales antes referidas, en el presente caso se tiene que, la política de vehículo implementada al interior de la demandada no se muestra como retributiva del servicio prestado por el actor, o en general, por los trabajadores de la organización, puesto que, nótese que los incentivos o bonificaciones no dependían de la productividad del actor, como por ejemplo, si sucede en casos en los que se perciben comisiones, lo cual no es del caso, sin olvidar además, que el demandante percibía un salario integral, sin que se observe otros pagos adicionales a este, que retribuyan directamente su labor.



Aunado a lo anterior, a folios 88 y 108 del expediente obran comunicaciones de fechas 15 de marzo de 2013 y 5 de mayo de 2016, mediante las cuales la demandada por intermedio de su representante legal informa al actor que, conforme, la política de vehículo, le reconoce un auxilio de movilización por valor mensual de \$1.200.000 y \$1.900.000, respectivamente, y vales de sodexho para gasolina por valor de \$500.000, haciendo énfasis al interior de las mismas que, tales conceptos son beneficios extralegales de naturaleza no salarial, lo anterior, se ajusta a lo establecido en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, y con las reglas fijadas al respecto por la Sala de Casación Laboral al respecto.

Por consiguiente, en el presente se asunto se tiene que los conceptos reclamados como integrantes del salario no pueden serlo, toda vez que, hicieron parte, específicamente, del acuerdo de exclusión laboral desde el inicio del contrato de trabajo, además que no se muestran como retributivos de la labor de los servicios que prestaba el actor a la demandada, por ende, los argumentos expuestos en el recurso de apelación no logran modificar o revocar la decisión de instancia en tal sentido, comoquiera que, la parte demandada logró demostrar tal situación con los diferentes medios probatorios referidos antes.

Por último, en cuanto a la presunta inconsistencia que alude el recurrente entre el valor del último salario y la liquidación final de prestaciones sociales, aunque no es clara la sustentación o inconformidad al respecto, de todas maneras, al confrontar el comprobante de pago o de nómina (fl.50) con la liquidación proyectada por la demandada, no se observa irregularidad alguna, en tanto que, la misma información prestacional subsiste en una y otra, esto es, que los días pendientes por pagar por concepto de vacaciones



equivalentes a 22.21, se retribuyeron en valor de \$10.350.062; el valor del salario integral correspondiente a 8 días de abril ascendió a \$3,728.073; auxilio de movilización \$506.667; indemnización \$42.504.690; vales de alimentación a \$106.667, y de gasolina \$133.333 para un total de \$57.329.492, precisando que sobre los mismos, ni en las pretensiones de la demanda ni al interior del recurso hubo inconformidad alguna, excepto por la incidencia salarial, del auxilio de movilización, alimentación y gasolina, tema sobre el cual, como quedó visto, las pretensiones ni el recurso salieron triunfantes.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia por lo así considerado.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32 2019 641 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 11 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Dos laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por la parte actora.

ALEGACIONES

Durante el tiempo concedido, la apoderada de la parte actora presentó alegaciones de instancia.



*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

ANTECEDENTES

La señora NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS, inició por intermedio de apoderado judicial, la presente acción en contra de COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A., en la que solicita, se declare la nulidad de la continuidad en la vinculación al RAIS, efectuado con la AFP PROTECCIÓN S.A., en el mes de septiembre de 1.997; que como consecuencia de lo anterior, se declare como válida la afiliación al RPM, administrado por COLPENSIONES. Que se condene a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados a dicho régimen. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a contabilizar para afectos de pensión las semanas cotizadas en el RAIS. Finalmente solicita se condene a las demandadas en uso de las facultades extra y ultras petita y al pago de las costas del proceso. (fl.- 3-4)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que nació el 17 de diciembre de 1.958, por lo que a la fecha cuenta con más de 60 años de edad y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 04 de agosto de 1.983, por lo que a la fecha de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1.993, contaba con las de 35 años de edad.
- Que en el mes de mayo de 1.999, se afilió al régimen individual, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A.
- Que al momento de su traslado no fue asesorada ni informada por la AFP de una manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de su derecho a conservar el régimen de transición, las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas, que obtendría en el régimen de ahorro individual, beneficios, ventajas o inconvenientes de este régimen.
- Que cuenta con un total de 1.684 semanas de cotización.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

- Que elevó derechos de petición ante las accionadas en los cuales solicita se declare la nulidad del traslado efectuado. (fl.- 4-5)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte la demandada **COLPENSIONES**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 9 y 12, para los demás manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, inexistencia de la obligación, hecho de un tercero y calidades de la demandante para conocer las consecuencias del traslado. (fl. 82 - 92).

La demandada **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 3, 4, 6, 10 y 11, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de las obligaciones y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones. (fl.- 110 121)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia de fecha 11 de marzo de 2021, el Juez de Primer Grado, resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones formuladas por PROTECCIÓN S.A., así como las excepciones de falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia de la obligación y calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado formuladas por la demandada COLPENSIONES, conforme las consideraciones expuestas.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO.- ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS.

TERCERO.- CONDENAR en costas a la demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (1) smmlmv a favor de cada una de ellas.

CUARTO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”

Fincó su decisión el Juez de Primer Grado, señalando en síntesis que en el presente caso debemos tener especialmente lo después lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia en su Artículo 48 que señala que la seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestara bajo la dirección coordinación y control del estado es sujeción a los principios de eficiencia universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley se garantiza a todos los habitantes del territorio nacional el derecho irrenunciable a la seguridad social, a su vez la ley 100 de 1993, a través de la cual se crea el sistema general de pensiones señala que este estará compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten a saber el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad artículo 12 de la ley 100 de 1993.

Por su parte el artículo 13 de la ley 100 de 1993 señala que el sistema general de pensiones tendrá las siguientes características, en el literal A se señala que la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes, en el literalmente B, se dispone que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado y para tal efecto deberá ser manifestada por escrito su elección al momento de la vinculación o descargada y que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma se hará acreedor a las sanciones.



*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

Indico que el artículo 271 de la ley 100 de 1993 señala que los afiliados al sistema general de pensiones del régimen de pensiones, una vez efectuada la selección inicial estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Ahora bien, luego de referirse a las pruebas del proceso, indicó que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Sala de casación laboral ha señalado que desde la misma creación que el deber de información que ha evolucionado a través del tiempo y qué conlleva a una ilustración de las características, condiciones, diferencias, ventajas, desventajas, consecuencias de un traslado y que inclusive en sede de tutela la misma Corte Constitucional ha hecho referencia a la obligatoriedad que existe respetar el precedente judicial, en este caso en particular, consideró partiendo del análisis de las pruebas allegadas al proceso y del interrogatorio de parte rendido por la demandante que no hay lugar a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de régimen.

Lo anterior, como quiera que, considera que la actora tomó la decisión de manera libre y voluntaria, sí bien del interrogatorio de parte, señaló que no recibió ningún tipo de asesoría, también debe partirse, por parte del despacho, de la manifestación de la demandante que fue su decisión y que nadie puede negar el derecho a la afiliación al sistema de seguridad social y en este caso que ya estaba afiliada al régimen general de pensiones nadie podía negarle el derecho a trasladarse de régimen, indicó que, fue su decisión libre y voluntaria sin la intervención en este caso de Colmena, más allá de recibir su afiliación pero reiteró a juicio del Juez, Colmena no podía negarse a recibir a la demandante pues ello vulneraría el derecho a la libre elección.

Así las cosas, consideró, el Despacho considera que si bien existe un deber de información también es un derecho que tenemos los diferentes afiliados al sistema de recibir esa información pero en este caso, la demandante no



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

ha ejercido ese derecho a recibir la información e investigo ni sé documento ni pregunto qué consecuencias tenía para ella al trasladarse.

De allí, que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema justicia y como señaló previamente, se ha advertido sobre el deber que tienen los jueces de la República de acatar estos pronunciamientos también es válido que los jueces de la república se puedan apartar cuándo existen circunstancias que así lo ameriten como en este caso es particular en el que se considera qué fue la decisión libre y voluntaria de la demandante y que nadie podía negarse a respetar su decisión.

Para lo anterior ha de tenerse en cuenta lo expresado por el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán en su salvamento de voto, en la sentencia SL 1452 de 2019, pues considera el Despacho que cada caso debe ser analizado y en este caso más allá de la demandante indique que no tenía conocimiento, al momento de la afiliación, o cierto es que como lo refiere el apoderado de la AFP, éstas no se pueden negar a recibir las afiliaciones de las personas, aunado a ello debe tenerse en cuenta que no se ejerció coerción alguna.

Por todo lo anterior, resolvió ABSOLVER a las demandadas en los términos antes indicados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación señalando:

“Encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, se presenta el recurso de apelación en contra de la decisión en la cual se absuelve a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN de las pretensiones incoadas en la demanda se presenta el recurso de apelación para ante el tribunal superior de Bogotá ala laboral y con el fin de que se revoque en su totalidad la decisión de que fuese proferida y solicitando en consecuencia se accede a las pretensiones de la demanda y se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de prima media de mi representad al régimen de ahorro



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

individual, lo anterior, señor juez teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: sea lo primero señor Juez indicar que conforme pues a lo manifestado por el eje central de su decisión cuál es el que la decisión de mi representada fue libre, voluntaria y sin presiones y que la AFP no podía rechazarla y pues que si bien es cierto ella manifiesta en su interrogatorio y también atendiendo a lo dispuesto en la constitución política que existe el derecho a la libre escogencia régimen, el acceso a la seguridad social, también lo es que está escogencia de régimen pues debe cumplir con todos los requisitos que se han establecido tanto de forma legal como jurisprudencialmente en mi caso particular de mi representada pues echa de menos señor Juez la participación de La AFP Colmena y ahí no hay una participación no hay una información por parte de La AFP Colmena pero si hay una validación de desafiliación pues la tiene como su afiliada desde el año 99 sin que se haya probado que para eso, ejerció hizo alguna verificación de que se hubiese cumplido en este caso con el deber con la obligación de dar información, pues no participaron y mi representada toma una decisión tan solo por rumores lo cual no era suficiente para que estuviese debidamente soportada la decisión de traslado de régimen pensional excedió esta situación no solamente en el caso de mi representadas en muchos casos de que no participaban las AFP pero sin embargo si recibía a estos afiliados, debieron haber realizado una verificación, si estás afiliaciones se cumplían con el lleno de los requisitos para el caso en particular de mi representada requería de más un cuidado específico, una mayor atención por cuanto era beneficiaria del régimen de transición para ese momento contaba con más de 35 años de edad y llegaba casi a las 700 semanas lo cual es importante, porque les permitía hacer obtener un panorama de cual era el régimen qué les convenía en este caso es la más conveniente al régimen de prima media ya que se acercaba el cumplimiento de las 1000 semanas y los 55 años de edad era más beneficioso por los dos requisitos, sin embargo ella toma la decisión pues sin documentación sin documentarse en este caso el despacho le está trasladando a mi representada la obligación de que hubiese sido ella quién busque la información suficiente para tomar una decisión frente a lo cual ya al honorable Corte Suprema de Justicia en sentencias desde la primigenia de la 31 989 2008 en la 3383 de 2011 la 1947, del año 2020 ha sido enfática y reiterativa al manifestar que quién debe cumplir con el deber de información para hacer en este caso la fp era quién estaba obligada a dar la información suficiente Clara necesaria para que la decisión de cambio de régimen hubiese sido una decisión válida una decisión a conciencia adicionalmente señor juez que se tenga en cuenta también atendiendo la línea jurisprudencial honorables magistrados que la sola firma el formulario como ya también ha sido interactivo no es prueba suficiente de que la demandante hubiese recibido la información más en este caso Cómo se retira y es el eje también de este recurso apelación que no presencia siquiera de Colmena cumplir con ese deber de información ni en el diligenciamiento del formulario podemos decir que se cumplió en este momento con el deber de información por parte de la afp y que durante todo en el transcurso del proceso largo y no logro probar efectivamente hubiese dado la información para que otro lado de mi



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

representada se ha valido reitero que se tenga en cuenta que mi representada es beneficiaria del régimen de transición que si bien la línea jurisprudencial pues no se requiere o así o también específica que no es necesario estar atrás de adquirir un derecho al presionar para este caso pues sí estaba muy cerca a cumplir con el requisito de semanas cotizadas en el régimen de prima media en el momento en que se da su traslado. Igualmente me permito manifestarle frente a la decisión que sea la excepción que declara probada señor juez denominada el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones frente a este punto, comparte lo manifestado por el juzgado y toda vez que pues en este caso lo que se pretende no es el no tener una prestación que no esté establecida en la norma, si bien es cierto pues se pretende el traslado de régimen con miras a posteriormente acceder a una pensión conforme lo establece las normas expuestas en el régimen de prima media el artículo 33 de la ley 100 y de la ley 797 no se pretenden beneficios adicionales, igualmente pues también la base o el fundamento de la diferencia de la mesada pensional pues es la forma y que se ve finalmente el perjuicio que le fue causado a mi representada por hacer por acceder a la afiliación de manera indebida sin la debida información en la forma y que finalmente estos estas personas cuando pretenden pensionarse Pues evidencian el perjuicio que se les que se les causa y no se podría valorar de otra manera así sino con el cálculo en la mesada pensional reiterando que no se pretende ningún beneficio adicional y que igualmente la prestación de ella ha de ser de accederse al recurso de apelación y poder pensionarse en el régimen de prima media estará debidamente financiada conforme a las reglas del régimen de prima media pues también se pretende el traslado de todos los aportes que hizo mi representada durante toda su permanencia o qué ha hecho mi representado durante su permanencia en el régimen de ahorro individual con todos los rendimientos y frutos que su cuenta ha obtenido en consecuencia pues no se considera que hay un aprovechamiento indebido de estos recursos. En los anteriores términos reitero mi petición a los honorables magistrados de la sala laboral que revoquen la decisión proferida por el despacho y consecuencia se accede a las pretensiones de la demanda Gracias Señor Juez”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso interpuesto por la parte actora, procede la Sala al estudio de la ineficacia del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLMENA



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

S.A. –HOY PROTECCIÓN S.A., para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro, por lo que la carga de la prueba está en cabeza de la demandada.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por el Juez de primer grado, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada por la demandada es el formulario de afiliación suscrito por el actora, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

Por lo anterior, esta Sala no encuentra acertada la decisión del Juez de primer grado, sin que sea dable señalar que la actora debió realizar las preguntas necesarias, o que la decisión del traslado se realizó de manera libre y voluntaria, ya que se reitera, era deber de la AFP brindarle a la actora la información necesaria para la toma de dicha decisión.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

Es por ello que la Sala revocará la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, pues era deber la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a la actora, todas las circunstancias necesarias para la toma de la decisión y ate la falta de actividad probatoria, nos lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información necesaria.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, se itera, se **REVOCARÁ** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara la demandante a través de formulario de afiliación suscrito con la AFP PROTECCIÓN y se ordena a esta última, a efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN y en favor de la parte actora.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que la demandante, señora NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, con la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado la demandante, señora NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante, señora NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2019 641 01
Ord. NOHORA ISABEL GÓMEZ SALAS VS.
COLPENSIONES Y OTROS

QUINTO: REVOCAR la condena en costas impuesta en primera instancia para que en su lugar queden a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32 2020 0049 01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
DEMANDANTE: CLAUDIA DEL ROCIO CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de octubre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 25 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Dos laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

ALEGATOS

Durante el término concedido en auto anterior, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., presentó alegaciones de instancia.

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS, inició por intermedio de apoderado judicial, la presente acción en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en la que solicita al Despacho DECLARAR la ineficacia del Traslado de Régimen que realizó CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS, el 21 de diciembre de 2001, del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y posteriormente a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ORDENE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS. Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el 21 de diciembre de 2001, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS. Que se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recibir en esa administradora sin solución de continuidad a CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS. Que se



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

CONDENE en costas y gastos del proceso a las demandadas y al pago de las condenas extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso. (fl.- 3)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

1. CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS, nació el 14 de enero de 1962.
2. El 21 de diciembre de 2001, CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS se trasladó del Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a la AFP ING PENSIONES Y CESANTÍAS, hoy PROTECCIÓN S.A.
3. Posteriormente, CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS se traslada de la AFP PROTECCIÓN S.A. a la AFP PORVENIR S.A.
4. La aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensión de la demandante, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial que la recibió.
5. El traslado de la demandante de 21 de diciembre de 2001 del ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se destacó por la indebida y nula información por parte de la AFP ING, quien no explicó las ventajas y desventajas que implicaba el traslado de régimen pensional.
6. Previo a su traslado inicial, la actora cotizó al ISS un total de 645 semanas.
7. Desde su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, el 21 de diciembre de 2001 y hasta el 31 de marzo de 2018, mi poderdante cotizó a través de diversos fondos de pensiones un total de 737 semanas, siendo la última entidad a la que aportó en ese régimen PORVENIR S.A.
8. CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS, hasta el 31 de julio de 2019, ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes un total de 1382 semanas.
9. PORVENIR S.A. no informó a CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS antes del 14 de enero de 2009, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

10. El 08 de enero de 2020, mi poderdante solicitó a PORVENIR S.A. su traslado de Régimen (nulidad del traslado) hacia COLPENSIONES.

11. El 09 de enero de 2020, mi poderdante solicitó a PROTECCIÓN S.A. su traslado de Régimen (nulidad del traslado) hacia COLPENSIONES.

12. Mi patrocinada elevo Derecho de Petición COLPENSIONES el 13 de enero de 2020, solicitando su traslado de Régimen de PORVENIR S.A. a Col pensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 6 y 12, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de constitucionalidad de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta e causa para pedir, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción. (fl.- 73 - 85)

Por su parte la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos manifestó que son ciertos los enlistados en los numerales 1 y 2, para los demás señaló que no lo son o que no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y compensación. (fl. 117 - 141).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia de fecha 25 de enero de 2021, el Juez de Primer Grado, resolvió:



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 22 de diciembre de 2001, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora. CUARTO.- CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Fincó su decisión el Juez de Primer Grado, señalando en síntesis que o pretendido por la demandante es la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante el día 29 de diciembre de 2001 a PROTECCIÓN S.A. y su posterior cambio a PORVENIR S.A.

*Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral*

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

Señaló que en el presente caso y para la fecha de la decisión, la actora cuenta con 59 años de edad; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 22 de junio de 1981 y que cotizó a dicha administradora un total de 507 semanas, y si bien la demandante, afirmó en su demanda que a la fecha en que se trasladó había cotización 645 semanas, al remitirse al reporte de semanas cotizadas por Colpensiones advirtiéndose que adicional a ello la demandante cotizó para CAJANAL entre junio de 1990 y abril de 1993 y con ello completa las 645 semanas que señala haber cotizado en el RPM.

Igualmente se tiene que se afilió el 21 de diciembre de 2001 a la AFP Santander, posteriormente ING – hoy PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a ello se trasladó a la AFP POVENIR S.A. y para el mes de julio de 2018, contaba con un total de cotizaciones al sistema general de 1382 semanas.

En cuanto al punto central, esto es, en cuanto a la ineficacia del traslado, señaló que la demandante en su interrogatorio de parte, que el monto de su pensión sería superior en el RPM, no existen pruebas en el proceso de ello, por lo que no existe comparativo en el expediente del monto de las pensiones.

indicó que la jurisprudencia ha venido estableciendo los requisitos a tener en cuenta para esta clase de procesos, señalando que el deber de información corresponde a los aspectos favorables y desfavorables del traslado de régimen. Debe ilustrarse a los afiliados sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Que en el presente caso, sobre dicho particular y advirtiéndolo que la H, Corte Suprema de Justicia, ha indicado que la carga de la prueba radica en cabeza de las demandas, quienes deben allegar las pruebas necesarias para demostrar este hecho. No obstante lo anterior, no existe prueba alguna diferente a los formularios de afiliación, que de cuenta de la asesoría brindada a la demandante, razón por la cual accedió a las pretensiones de la demanda.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A. presentó recurso de apelación señalando:

“Sea esta la oportunidad procesal pertinente para presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir por el despacho, no sin antes manifestar el respeto que se tiene por las decisiones judiciales y las decisiones del despacho propiamente, en ese orden de ideas señores Magistrados me permito manifestar que presento ni recurso de apelación con los siguientes reparos en concreto, no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia del traslado en sentido estricto ya que no se logró demostrar la configuración de los supuestos de hecho establecidos en el art. 271 ni se comparte la decisión ni se comparten las consecuencias jurídicas que se le dieron toda vez que esta decisión afecta contra el principio de inescindibilidad de la norma contra el principio de la confianza legítima y contra el principio de la imparcialidad de las sentencias. Es importante resaltar en ese sentido señores Magistrados que o primero sea establecer que dentro de la parte considerativa de la sentencia se asegura que la condena que esta establecida a mi representada, por ejemplo los gastos de administración tienen que ver con que el efecto de la ineficacia en sentido estricto tiene que retrotraer las cosas al estado anterior, sin embargo es importante resaltar que ese desconocimiento de la figura de la ineficacia en el sentido estricto es un error en el que se incurre por parte de la misma jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia. Teniendo en cuenta que la Corte constitucional en sentencia C345 de 2017 ha establecido que la ineficacia opera en dos sentidos, por lo que es importante resaltar que se establece de manera taxativa que la inobservancia del deber de información como consecuencia jurídica, la ineficacia se debe dejar sin efectos el traslado surtido para eso la Corte, pero es importante resaltar que sobre este aspecto y al caso en concreto, el art. 271 al cual los Jueces de primera instancia y la misma Corte están obligados a ceñirse, establece la siguiente consecuencia para esta declaratoria de ineficacia. Por último es importante resaltar que la corte suprema de justicia en su sala de casación civil a establecido que las obligaciones de tracto sucesivo, como los gastos de administración no son



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

susceptibles de restitución a medida que se van concretando y en ese orden de ideas los gastos de administración no serían susceptibles de restitución, por tanto carece esa condena establecida carece de fundamento normativo constituyéndose un enriquecimiento in justa causa. En cuanto a la prescripción si se sigue con esa errada idea de que no tiene efectos retroactivos, se debería por lo menos declarar la excepción de prescripción ya que si bien los gastos de administración hacen parte de los aportes no son destinados al pago de la misma ni hay una estrecha relación entre ellas.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se tiene que lo pretendido por la señora CLAUDIA DEL ROCIO GOMEZ CONTRERAS, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito 21 de diciembre de 2001 con la AFP Santander, posteriormente ING – hoy PROTECCIÓN S.A. y el cambio de fondo realizado a AFP PORVENIR S.A.

En este orden, si bien se peticiona la resolución del contrato de afiliación, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PROTECCIÓN S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones. El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

traslado de la señora Claudia, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala 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.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

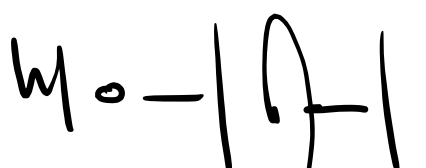
SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

EXPD. No. 1100131050032 2020 0049 01
Ord. CLAUDIA DEL ROCIO GÓMEZ CONTRERAS
VS. COLPENSIONES Y OTROS


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO