

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VIRGELINA GALLEGO MORALES CONTRA PÉREZ Y PÉREZ ABOGADOS ASOCIADOS LTDA HOY ASESORÍAS ALDEBARÁN S.A.S. Y ASESORÍAS ALTAÍR S.A.S.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 25 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Virgelina Gallego Morales, por medio de apoderado judicial, demandó a Asesorías Altaír S.A.S. y Asesorías Aldebarán S.A.S., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 17 de septiembre de 1994 a la fecha con las sociedades, en consecuencia, se condene

a las demandadas al pago del cálculo actuarial sobre el SMLMV, las dotaciones, cesantías junto con sus intereses desde el inicio del nexo entre las partes, la sanción por el no pago de estos últimos, la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la compensación en dinero de las vacaciones del 17 de diciembre de 2014 al 17 de diciembre de 2017, lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indicó que: nació el 16 de abril de 1964 por lo que a la presentación de la demanda contaba con 53 años de edad; empezó a prestar labores de servicio doméstico a Pérez y Pérez Abogados Asociados Ltda. el 17 de septiembre de 1994, por tanto, prestó servicios a órdenes de la familia de Ricardo Pérez Gaviria; luego en el año 2011, cambio el empleador a Asesorías Aldebarán S.A.S., vínculo vigente al acudir a la jurisdicción ordinaria; desarrolló la labor de manera personal, siguiendo las instrucciones del empleador, viviendo y cuidando la finca en San Juan del Camino, Vereda Canelón- Cajicá; percibió el SMLMV como retribución, y estuvo disponible las 24 horas del día. Las sociedades demandadas pertenecen al mismo propietario, y éstas le adeudan las cesantías, sus intereses, vacaciones y dotaciones; su cónyuge también presta servicios desde el 17 de septiembre de 1994 a favor de las enjuiciadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por el Pérez y Pérez Abogados Asociados Ltda. hoy Asesorías Aldebarán S.A.S. en forma legal y oportuna, con oposición a la totalidad de las pretensiones (fls. 104 a 111), en cuanto a los hechos negó la existencia de la relación laboral y los elementos que la constituyen. Como medios de defensa propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, ausencia de título y causa de las pretensiones, ausencia de obligación y prescripción.

A su vez Asesorías Altaír S.A.S. dentro del término legal dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones (fls. 140 a 147), acotó que la

demandante no prestó ninguna clase de servicios directos o indirectos a los miembros de la familia del extinto Ricardo Pérez Gaviria. Como excepciones perentorias propuso las de cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, ausencia de título y causa de las pretensiones, ausencia de obligación y prescripción.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 252), en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas excepciones propuestas por las demandas e impuso costas a la demandante en suma de \$350.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, al considerar que con la decisión adoptada se están perpetuando las desigualdades históricas de la mujer campesina y trabajadora, pues tal como lo indicó la demandante en su interrogatorio contó que prestaba servicios para el fallecido Ricardo Pérez y luego de ello, para sus “sucesores procesales”, las señoras Adriana y Olga Pérez, en un horario de domingo a domingo las 24 horas al día. La testigo Yolanda Fuentes, fue clara al expresar que la activa no podía salir de la finca, puesto que debía permanecer allí realizando labores de cocina y atención de personas, mientras que Ciro Alfonso Caballero, cónyuge de la actora, quien adujo que ésta recibía como contraprestación la suma de \$350.000, adicionalmente, los referidos deponentes también fueron precisos en señalar que las jefes de Virgelina eran las señoras Adriana y Olga Pérez, por lo que con ello y los recibos de pago es posible establecer la relación laboral con las empresas demandadas. Finalmente, solicita se decreten las testimoniales de Adriana y Olga Pérez, administradoras de la finca Juan del Camino.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art. 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato", de otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Así tenemos que a folios 19 a 21 vto. militan hojas de cuaderno manuscritas, sin seña o firma alguna que permita establecer quien los elaboró, y en lo que se refiere al de folio 20, no es posible establecer de la rúbrica allí contenida, qué persona colocó dicha impronta. De igual manera, obra recibo de egreso con el rotulo San Juan del Camino para los meses de octubre de 2012 a marzo de 2013 (fls. 22 a 26) en lo que se anota la cifra de \$350.000 por servicios prestados y la firma de recibido de Virgelina Gallego, el visible a folio 26 tiene las notas de “recibido 15 de abril” y “pagado Adriana Pérez”. También se incorporaron hojas escritas a mano con algunas instrucciones, de las que no es posible determinar quién las impartía (fls. 27 y 28) y dos memorandos del 9 y 14 de septiembre de 2016, firmadas por Juan Camilo Pérez Díaz en las que autorizaba a Keep & Go y Robinson Villanueva a retirar unas cajas de archivo de la finca San Juan del Camino, éstas con la impronta de “PÉREZ Y PÉREZ ABOGADOS S.A.S.” (fls. 29 y 30).

*Se recibió el interrogatorio de la señora **Virgelina Gallego Morales**, dijo que trabajó para Ricardo Pérez y su familia desde 1994, percibiendo la suma de \$350.000 como remuneración. Recibía órdenes de las hermanas de Ricardo, señoras Olga Lucía y Adriana Pérez, quienes han fungido como administradoras de la parcela y realizaban el pago del salario. Sostiene que la sociedad Aldebarán es de la “familia”, que la contrató tanto a ella como a su cónyuge. Que las empresas Asesorías Aldebarán S.A.S. y Asesorías Altaír S.A.S. son de la firma Pérez y Pérez. Los hijos de Ricardo Pérez son los señores Juan Camilo, Alejandro Pérez y Ana María, pero ninguno de ellos le dio órdenes, pese a que el dueño de la finca era Ricardo, quien murió en 2016, ya que los implementos de trabajo e instrucciones los daban Olga Lucía y Adriana Pérez. El latifundio siempre ha sido de propiedad de la familia.*

Se escucharon a los señores Yolanda Fuentes y Ciro Alfonso Caballero, la primera aseguró conocer a la accionante desde 1994, cuando llegó a prestar servicios a órdenes de la familia Pérez, para la que realizaba labores de aseo y cocina esta última con mayor esmero los fines de semana, pues esos días se realizaban reuniones en la finca. Igualmente contó, que iba seguido a visitar a Gallego Morales, debido a que ésta no podía apartarse de la parcela. Los dueños de la finca eran Ricardo Pérez y la esposa. Ricardo antes de morir pagaba el salario pero lo depositaba a órdenes del cónyuge de Virgelina. Luego de la muerte de Pérez Gaviria, Gallego Morales fue objeto de conductas de acoso laboral, le tomaban videos y fotografías. En la parcela reside Adriana Pérez, quien vive con otra señora pero no sabe si es la empleada o la compañera sentimental de aquella. Luego de que Ricardo Pérez fuera diagnosticado con cáncer, Adriana Pérez realiza eventos en la finca y le prohibió a Virgelina hacer aseo e ingresar a la casa hace año y medio y le quitó las llaves, más o menos hace un año. El segundo, cónyuge de la actora, contó que empezó a prestar servicios en la hacienda el 17 de septiembre de 1994, y permanece allí como mayordomo. A ella la contrataron los hermanos Olga y Ricardo Pérez para realizar labores de limpieza en la casa, y el consta, porque ellos eran los que le pagaban, la mitad del mínimo desde que empezaron a trabajar y "hasta que nos retiraron", inicialmente el pago lo hacían de manera directa en la finca y después lo consignaban en el banco a nombre de él y por pago de la empresa Aldebarán. Olga entregó la finca en 2010 o 2011. No sabe hasta cuándo trabajo Virgelina pero afirmó "lo que yo y a ella también la sacó el mismo día", más o menos hace unos tres años. No le pagaron seguridad social ni afiliación a AFP.

*Precisa en este punto la Corporación, que la narración de los hechos que una de las partes realiza dentro del interrogatorio vertido interesan al proceso en la medida que recaiga sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria y que la ley no exija para esos hechos prueba solemne (art. 192 del CGP), pues de no ser así ello implicaría la creación de su propia prueba, por lo que resulta desacertada la acotación del recurrente al estimar que como la señora **Virgelina Gallego Morales** infirió al absolver el referido interrogatorio, que prestaba servicios para Ricardo Pérez, ello por sí sólo da lugar al contrato de trabajo con las empresas demandadas, por el contrario aquella afirmación, le resulta*

contraria, toda vez, que lo planteado en la demanda es la existencia del contrato de trabajo con dos personas jurídicas y no con una persona natural.

De igual manera, se observa que desde la demanda el abogado no cuenta con la claridad para indicar a quien se endilga la relación laboral, ya desde los hechos presentaba contradicción al atribuir la relación laboral a Pérez y Pérez Abogados Asociados Ltda. y luego a la familia de Ricardo Pérez, incluso, durante el debate probatorio se evidenció según el dicho de la demandante y de los testigos que si hubo una prestación personal de servicios y que aquella aparentemente fue a órdenes de Ricardo, Olga Lucía y Adriana Pérez Gaviria.

Ahora, no puede aducirse que las sociedades sean los sucesores procesales de Ricardo Pérez Gaviria, puesto que estamos ante esta figura cuando en el curso del proceso fallece alguno de los litigantes, por lo que debe continuarse con el cónyuge, albacea, herederos o curador, ello al tenor del artículo 68 del CGP, sin que esa situación se presentara en el caso bajo estudio, atendiendo a que el de cujus en vida no fue parte procesal.

Finalmente, reciente el extremo demandante que con la decisión judicial adoptada se perpetúan las desigualdades históricas de la mujer campesina y trabajadora, sobre el particular, basta con señalar que la falta de técnica en la proposición del conflicto jurídico no puede ser endilgado a la administración de justicia, fue el togado quien no cumplió con la carga probatoria al tenor del artículo 167 del CGP, para demostrar la prestación personal de servicios de la activa en favor de las sociedades, y si existió eventualmente una prestación de servicio para una o varias personas naturales, no puede pretender que sea el juez el que subsané las deficiencias jurídicas de la demanda encaminándola a sus intereses.

Colorario de lo anterior, se confirmará la decisión recurrida.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CESAR AUGUSTO RIVERA GÓMEZ CONTRA FIDUAGRARIA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada UGPP contra la sentencia del 26 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esa entidad.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Cesar Augusto Rivera Gómez, por medio de apoderado judicial, demandó al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por Fiduagraria S.A., para que se condene al reconocimiento de su pensión de jubilación, bajo los parámetros y condiciones del numeral tercero del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social 2001-2004, a partir del 15 de abril de 2015 así como al pago del retroactivo de mesadas, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 o indexación y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamentos de las pretensiones los hechos narrados a folios 95 a 99 del expediente en los que en síntesis indica que: nació el 29 de septiembre de 1960, prestó servicios personales para el ISS como trabajador oficial desde el 22 de septiembre de 1993 al 30 de marzo de 2015, es decir 7.749 días que equivalen a 21, 52 años, que es beneficiario de la se beneficiaba de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el ISS y Sintraseguridadsocial, dentro de las cuales en el artículo 98 de la vigente entre 2001 -2004 estableció el derecho a la pensión convencional, convenciones que continúan vigentes en razón de sus prorrogas automáticas; y se encuentra agotada la reclamación administrativa, la cual fue respondida negativamente por la entidad en oficio del 21 de febrero de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la Fiduagraria S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado en forma legal y oportuna (fls. 157 a 168), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó no ser ciertos, no constarle y algunos son apreciaciones subjetivas del libelista. Propuso las excepciones de: falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de nexo causal,

prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

Mediante auto del 3 de septiembre de 2019, se ordenó vincular como litis consorte necesaria por pasiva a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social - UGPP, quien notificada, dio respuesta a la demanda en legal forma y oportunamente a través de escrito incorporado a folios 189 a 193, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos dijo no constarle ninguno de ellos y propuso las excepciones perentorias de falta de causa para demandar, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, mala fe de la demandante falta del requisito de procedibilidad y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 261) en la que condenó a la UGPP a reconocer y pagar el demandante la pensión de jubilación consagrada en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 (ISS - Sintraseguridadsocial, a partir del 29 de septiembre de 2015, en cuantía inicial de \$1.412.384,00, junto con la mesada adicional y los incrementos legales a que haya lugar; al pago del retroactivo de mesadas pensionales causado, debidamente indexadas desde su causación hasta el día del pago, la absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por la UGPP y la condenó en costas. De igual manera absolvió al patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS administrado por Fiduararia S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Al estar en desacuerdo con la decisión del a quo, la UGPP la recurre en apelación (cd fl 157, min 27:39), señalado que señalado que la promotora no cumplió el requisito de edad dentro del plazo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, es decir antes del 31 de julio de 2010, por lo que no tiene derecho a la prestación

que reclama, pues la vigencia de la convención no se extendió más allá del límite allí establecido, por lo que no hay lugar al reconocimiento pensional reclamado y pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la UGPP.

CONTRATO DE TRABAJO EN EL ISS - BENEFICIARIO DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA

No es motivo de controversia que el señor Cesar Augusto Rivera Gómez prestó servicios para el Instituto de Seguros Sociales, como trabajador oficial, entre el 22 de septiembre de 1993 al 30 de marzo de 2015, en el cargo portero, lo cual se acredita con las documentales aportadas a folios 80 y ss, resultando entonces que el actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo, conforme se estableció en su artículo 3° (fl. 9).

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Se reclama la pensión de jubilación contemplada en el artículo 98, numeral 3°, de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial vigente 2001-2004, que señala “El trabajador oficial que cumpla Veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) de edad si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales...”

Bien, el acto legislativo 01 de 2005, parágrafo transitorio 3° consagra:

“Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse

condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.”

Del artículo anteriormente transcrito se infiere que las normas pensionales contempladas en los pactos, convenios, laudos o acuerdos válidamente vigentes a 29 de julio de 2005 (fecha de vigencia del acto) continuarán hasta la fecha inicialmente pactada, sin que sea posible establecer condiciones más favorables entre el 25 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010, a las vigentes en el sistema general de pensiones; con todo, perderán su vigencia en esta última fecha. En razón a que su objetivo es lograr mayor equidad y cobertura en el sistema de pensiones y aminorar las posibilidades de una debacle fiscal, lo que responde al imperativo de universalización de la seguridad social. Al respecto, la Corte Constitucional dijo:

“Las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad (sic) de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema (artículo 48 CP, adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2005). Ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el Legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas, conforme a las Leyes vigentes, en un momento determinado. Su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables, razones de oportunidad o conveniencia, y a otros intereses y circunstancias contingentes que deba priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho, desde luego, consultando parámetros de justicia y equidad, y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”¹.

Corolario de lo anterior, a partir del Acto Legislativo número 01 de 2005, la “negociación colectiva”, en lo acá pertinente y en sentido estricto, se limita a la fijación de las condiciones de trabajo que habrán de regir mientras subsista el contrato de trabajo (art. 467 del CST), salvo el señalamiento de las condiciones relativas al régimen de pensiones, que queda en manos del legislador o constituyente. Así se concluye de la lectura del párrafo 2º del Acto Legislativo antes referido: “A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”.

A su vez la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, al analizar el contenido de este artículo indicó:

¹ Sentencia C-242 de 2009.

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

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

Lo que significa, que por voluntad del constituyente, las disposiciones convencionales respecto de las pensiones de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, ello con el propósito de que esta materia sea regulada exclusivamente por la ley de seguridad social, la cual tiende a evitar la proliferación de pensiones a favor de un mismo beneficiario y a acabar los dispersos regímenes en ese aspecto, procurando con ello cumplir con los fines y principios que le fueron asignados y que aparecen consignados en el Título Preliminar, Capítulos I y II de la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la Carta Política.

En este orden de ideas, a partir del 31 de julio de 2010 perderán vigor “Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo”, pero no los derechos que se hubieran causado antes de aquella data al amparo de esas reglas pensionales, como es el caso de los reajustes pensionales objeto de condena que se concedieron mientras la norma convencional que los creó estaba rigiendo.”²

De manera que, atendiendo a lo dispuesto en el Acto legislativo No. 01 de 2005, y comoquiera que el señor Cesar Augusto Rivera Gómez tan sólo satisfizo los requisitos para tener derecho a la pensión convencional reclamada con posterioridad al 31 de julio de 2010, ya que el tiempo de servicios lo completó después del 22 de septiembre de 2013 y la edad de 55 años tan sólo la alcanzó el 29 de septiembre de 2015, no siendo posible jurídicamente acceder al reconocimiento pretendido, pues ni siquiera cumplía con una expectativa legítima de pensionarse de acuerdo con el texto convencional, como erradamente lo concluyo la a quo.

Los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley y en este caso en la convención, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier tiempo, mientras que en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro si no se produce un cambio relevante en el

²Sentencia del 23 de enero de 2009, Radicación No 30077, M.P José Gnecco Mendoza, Luis Javier Osorio, ratificada en sentencias con Radicación No 43851, 45402, 34822 y 40094 entre otras.

ordenamiento jurídico. La H. Corte Constitucional en sentencia C-147 de 1997 reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo que "se configuren derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona." Aclarando posteriormente que "la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales."

Ahora, si bien es cierto que las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia del acto legislativo, se mantendrán por el término inicialmente pactado (parágrafo transitorio No. 3), la máxima corporación del trabajo a partir de un estudio a la materia, efectuado en sentencia No. 49768 de 2015, estableció dos reglas de la siguiente manera, una primera que consiste en que la expresión "término inicialmente pactado" hace alusión al tiempo de duración pactado entre las partes en un acuerdo convencional, el cual durará por ese periodo de vigencia, si estaba en curso al momento de la implementación de la reforma constitucional, lo anterior, con la necesidad de respetar y darle efectos a los términos negociados por las partes y una segunda regla que acoge las mismas posturas precedentes, sin embargo, en los casos de que la convención colectiva de trabajo fuere objeto de prórrogas sucesivas la prestación pensional surge hasta el 31 de julio de 2010, ya que la renovación de la misma se produce por orden legal, mas no por acuerdo de voluntades.

En el sub examine, comoquiera que la convención colectiva de trabajo tenía una vigencia hasta el 31 de octubre de 2004 (fl. 9.), no obstante, como no fue objeto de denuncia, se prorrogó como lo establece el artículo 478 del CST, los efectos como se dijo en precedencia van hasta el 31 de julio de 2010 y si bien se exhorta que el artículo 98 preceptúa unas fechas para el cumplimiento de los presupuestos que conlleven al reconocimiento de las prestaciones, no lo es menos, que ello no puede confundirse con la vigencia de la convención colectiva, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento pretendido, siendo suficientes razones para revocar la decisión apelada y consultada para, en su lugar, absolver a la UGPP de todas las pretensiones formuladas en su contra.

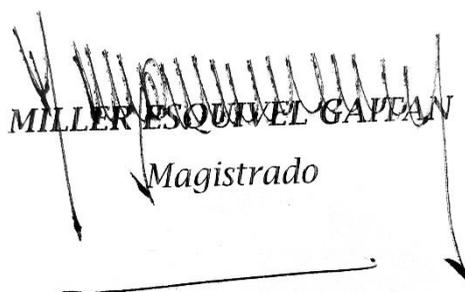
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

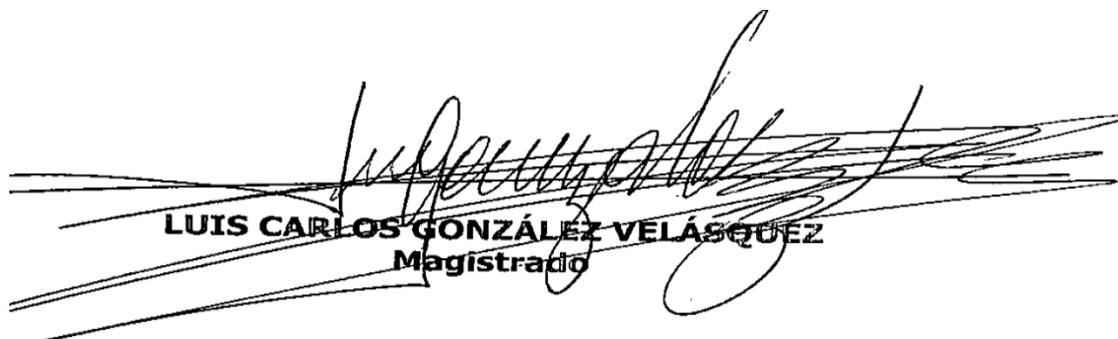
RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia apelada, para en su lugar absolver a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el señora Cesar Augusto Rivera Gómez. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo.- Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandante

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL CAPLAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS DAVID CIFUENTES ALMACIGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y CEMEX COLOMBIA S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso interpuesto por Cemex Colombia S.A. contra la sentencia del 21 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luis David Cifuentes Almaciga , por medio de apoderado judicial, demandó a Cemex Colombia S.A. y a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se declare que entre Cementos Samper S.A. hoy Cemex Colombia S.A. existió un contrato de trabajo del 3 de marzo de 1962

al 4 de septiembre de 1981, en consecuencia se condene a la empresa a pagar a Colpensiones las cotizaciones de todo el tiempo laborado, y a ésta última a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo, los intereses moratorios y la indexación de las condenas. De igual manera peticionó se condene a Cemex Colombia S.A. al pago de los perjuicios materiales y morales y, a ambas enjuiciadas a lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultrapetita y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis indica que: nació el 28 de julio de 1938, por lo que a la presentación de la demandan contaba con 80 años, y a 1º de abril de 1994, la edad de 56 año; peestó servicio militar entre el 1º de agosto de 1957 y el 31 de enero de 1959, además de laborar para Cementos Samper S.A. hoy Cemex Colombia S.A. del 3 de marzo de 1962 al 4 de septiembre de 1981, por lo que acumuló durante toda la vida laboral 1.570,01 semanas, de manera que alcanzó el status pensional para acceder a la pensión de vejez el 28 de julio de 1998, sin embargo, el otrora ISS, en Resolución 15993 de 2001 ordenó el pagó una indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta 489 semanas; el 10 de julio de 2017, solicitó a Colpensiones la inclusión de los tiempos laborados en Cementos Samper S.A. y el reconocimiento de la pensión de vejez, petición que se resolvió desfavorablemente, así que procedió a recurrirla en reposición y en subsidio apelación, recursos que al desatarse confirmaron la decisión primigenia; luego acudió a Cemex Colombia S.A. para que procediera al pago del cálculo actuarial, pero la empresa se negó aduciendo que Industrias e Inversiones Samper S.A. se liquidó en noviembre de 2005.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Cemex Colombia S.A. mediante escrito en el que se opuso a las pretensiones en su contra (fls. 112 a 114), frente a los hechos dijo ser ciertos el natalicio del demandante, la edad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Precisó que el demandante efectivamente prestó servicios a Industrias e Inversiones Samper S.A. en el período referido en la demanda, empero, no medio fusión o absorción de aquella, por lo que tal compañía se liquidó definitivamente el 3 de

noviembre de 2005. Propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, prescripción y buena fe.

A su turno, Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra (fl. 142 y 143), frente a los hechos indicó que reconoció la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, las solicitudes de corrección de la historia laboral y reconocimiento del derecho pensional, la negativa de la entidad, los recursos presentados contra esa decisión, y las resoluciones confirmando el acto administrativo inicial. Como medios de defensa incoó las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada, compensación y buena fe.1

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia atrás referida (C.D. fl. 200), en la que condenó a Cemex Colombia S.A. como empleador sustituto de Cementos Samper S.A. a transferir a Colpensiones el valor del cálculo actuarial que ésta última elabore por el período comprendido del 3 de marzo de 1962 al 4 de septiembre de 1981, con sujeción al último salario percibido por el demandante, declaró no probada la excepción de prescripción e impuso costas a Cemex Colombia S.A. en cuantía de \$3.800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo Cemex Colombia S.A. la recurre por considerar que en el asunto i) se corroboró que los servicios prestados por el actor lo fueron a Industrias e Inversiones Samper S.A., puesto que la compra que se hiciera de unos activos, no derivó en sustitución patronal alguna, dado que no se dan los presupuestos para que aquella opere, atendiendo a que ni siquiera operó la función entre las empresas o la absorción de Industrias e Inversiones Samper S.A. de modo que, Cemex Colombia S.A. no asumió las responsabilidades del empleador del demandante.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Cemex Colombia S.A. reiteró que no fue ni es el empleador del demandante.

Colpensiones por su parte esgrime que el empleador debe asumir la responsabilidad por la no afiliación del trabajador, en caso de que se declare la existencia de la relación laboral.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por Cemex Colombia S.A.

CONTRATO DE TRABAJO - SUSTITUCIÓN PATRONAL

No se discute que el demandante prestó servicios entre el 3 de marzo de 1962 y el 4 de septiembre de 1981 a favor de la Fábrica de Cemento Samper S.A. y que durante ese interregno no se efectuaron aportes al sistema general de seguridad social en pensiones por el referido empleador, y que por ello corresponde la elaboración y pago del cálculo actuarial a cargo del patrono.

En este orden, sostiene la encartada que no operó sustitución patronal alguna entre Industrias e Inversiones Samper S.A. y Cemex Colombia S.A., ya que lo único que existió fue la compra de unos activos que realizó la última sobre la primera.

Al respecto, cumple precisar que el artículo 67 del CST define la sustitución patronal como “todo cambio de un patrono 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”. Busca mantener esta institución la continuidad del contrato de trabajo que se venía ejecutando con el empleador sustituido. Por eso, para que se dé la sustitución patronal es necesario que converjan los siguientes requisitos: i) cambio de empleador por cualquier

causa; ii) continuidad del servicio por parte del trabajador, esto es, que el contrato de trabajo continúe sin ninguna alteración, bajo el entendimiento que el vínculo laboral entre el antiguo empleador y el trabajador no haya terminado; iii) que haya continuidad en el desarrollo de las labores del establecimiento o empresa. A su vez el artículo 69 ibídem, establece la responsabilidad de los empleadores, así: 1.El antiguo y el nuevo empleador responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo empleador las satisficere, puede repetir contra el antiguo...”

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en SL 3633 de 28 julio de 2021 Rad. 85734, sostuvo:

“Pese a que el convenio de sustitución patronal limitó la responsabilidad del nuevo empleador, a la asunción de la totalidad de acreencias laborales causadas o generadas con posterioridad a la sustitución, en favor de trabajadores activos y pensionados, y como lo concluyó el ad quem, el actor no se encontraba en ninguna de esas circunstancias, razón le asiste al juzgador de la alzada al advertir que, tal acuerdo es inoponible al demandante, en los términos del art. 70 del CST, que previó que «El antiguo y el nuevo {empleador} pueden acordar modificaciones de sus propias relaciones, pero los acuerdos no afectan los derechos consagrados en favor de los trabajadores en el artículo anterior».

Lo anterior, teniendo en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del art. 69 ibídem, «El antiguo y el nuevo {empleador} responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo {empleador} las satisficere, puede repetir contra el antiguo».

En este asunto se estableció la existencia de un derecho consolidado en cabeza del actor, que nació con anterioridad a la sustitución, durante el tiempo en que prestó sus servicios al antiguo empleador, exigible una vez se consolida su expectativa de una pensión de vejez, en vigencia del sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, que además es requerido para el reconocimiento y pago de la prestación pensional, esto es, para que se consolide efectivamente la mencionada expectativa.

Ha razonado la Sala en otros asuntos, que la sustitución de empleadores cobija por excepción a aquellos trabajadores que no se encuentran activos en la fecha en la que opera la misma, pero cuentan con un derecho pensional nacido con anterioridad y posteriormente exigible (CSJ SL9445-2015); tales consideraciones se adaptan a circunstancias como la que aquí se debate, aunque con fuente normativa distinta, en tanto que, pese a no encontrarse activo el trabajador para la fecha de sustitución, en el tiempo anterior en el que prestó sus servicios consolidó un derecho en su favor, que a la sustitución, o con posterioridad a ella, es exigible al antiguo empleador, por el que, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del art. 69 del CST, deben responder ambos solidariamente, aquel y el nuevo, y si este satisface la obligación, puede repetir contra el antiguo.

En consideración de la Sala, el derecho al pago del valor del cálculo actuarial se encuentra estrechamente ligado al derecho pensional, por cuanto permite su

obtención, o en veces, define las condiciones de su reconocimiento, que como ya se estableció, se encuentra a cargo del empleador, o de quien lo sustituya, por los periodos en los que no se efectuaron aportes en pensión al ISS, en los que también a su cargo se encontraban las respectivas prestaciones.”¹.

Bajo los anteriores derroteros, procede la Sala al análisis de los medios probatorios obrantes en el plenario: el extremo demandado aportó el contrato de trabajo suscrito entre el actor y la Fábrica de Cemento Samper S.A. el 3 de marzo de 1962 (fl. 122 a 125), memorando del 28 de abril de 1977, en la que se le informa el cambio de denominación del cargo será la de chofer (fl. 126) y la carta de despido del 4 de septiembre de 1981 (fl. 127).

Adicionalmente, el representante legal de la encartada quien en el interrogatorio vertido, al ser cuestionado acerca de la sustitución patronal entre Cementos Samper S.A. y Cemex S.A. especialmente en las preguntas 2 y 6, confesó al tenor del artículo 194 del CGP, que sí operó la referida figura jurídica y precisó, que debido a que el contrato del señor Cifuentes Almeciga con Cementos Samper S.A. finalizó en el año 1981, la sustitución patronal no tuvo lugar.

Valoradas las pruebas en su conjunto, diáfano resulta para la Sala concluir, que en el presente asunto operó la sustitución patronal independientemente de que el vínculo laboral se encontrara o no vigente, pues mientras duró el mismo, el trabajador consolidó un derecho que es exigible a su antiguo empleador, esto es, el pago del cálculo actuarial, por lo cual, el nuevo patrono debe responder de manera solidaria, tal y como lo prevé el numeral 1° del art. 69 del CST, resultando válida la condena impuesta a Cemex Colombia S.A. y la aplicación de los presupuestos de la ampliamente mencionada figura jurídica, como acertadamente lo concluyó la falladora de primer grado. Por lo que se confirmará la decisión recurrida.

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

¹ Sentencias SL9445 de julio de 2015 Rad. 49897 M.P. Luis Gabriel Miranda.

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de la parte demandada Cemex Colombia S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese legalmente a las partes.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA GUTIERREZ CARDONA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión .

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandante en sentencia del 29 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Patricia Gutiérrez Cardona, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. para que se declare la nulidad o traslado del RPMPD al RAIS realizado en febrero de 1996 a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A. ante el engaño de que fue objeto y el incumplimiento en deber de información, así como el traslado entre fondos realizado el 1° de abril de a la AFP Protección S.A.

En consecuencia se ordene a la AFP Protección S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y rendimientos que se hubieren causado; a Colpensiones a recibirla en el RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; así mismo pide que se condene a las demandadas lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 (cd. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: estuvo afiliada a Cajanal y por motivos de su liquidación fue trasladada al ISS, entre el 26 de diciembre de 1089 y el 31 de enero de 1996; que estando laborando al servicio de Colsubsidio en febrero de 1996, un asesor de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. le presentó un nuevo régimen pensional, indicándole que el ISS se iba a acabar y perdería lo allí cotizado y si se trasladaba allí podía obtener mayores dividendos, podía pensionarse en el momento que quisiera, sin embargo lo le indicó de qué manera lo obtendría, no le informó del derecho de retracto que le asistía, por lo que la mantuvieron en el error al momento de realizar el traslado y no le brindaron información clara, oportuna y detallada sobre el régimen pensional, ni las consecuencias al tomar la decisión de trasladarse y posteriormente se trasladó a la AFP Protección S.A. donde se encuentra vinculada. Agrega que tiene 1.096.72 semanas cotizadas a diciembre de 2019; el 16 de abril de 2020 se radicó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando que se declare la nulidad del traslado de régimen y su retorno al RPMPD en cual fue respondido en comunicación de 20 de abril del mismo año, respondió negativamente; que el 8 de julio del 2020, radicó solicitud ante las AFP demandadas, en el mismo sentido obteniendo respuesta negativa de la AFP Protección S.A. negándole lo pedido con el argumento que es imposible porque le faltan menos de 10 años para pensionarse y la misma realizó una simulación pensional en la determinó que a los 57 años, el valor de la mesada sería de \$1.193.301, mientras que en Colpensiones podía ascender a \$2.293.615,00 teniendo en cuenta el ingreso base de cotización.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 1 a 40 (C.D. fl. 2 archivo 19 del expediente digitalizado); en

cuanto a los hechos aceptó la afiliación de la demandante en Cajanal su traslado al ISS, el número de semanas cotizadas, la solicitud enviada para el traslado de régimen pensional y la respuesta negativa a la petición. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno la AFP Protección S.A. describió el traslado a través de escrito incorporado en el expediente digitalizado (cd. fl. 2 archivo 16.); se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, frente a los hechos aceptó la solicitud radicada ante la AFP y la simulación pensional que realizó la misma; formuló como excepciones la inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Por su parte Porvenir S.A., dio respuesta al libelo el legal forma en escrito anexo en el expediente digitalizado (C.D. fl. 2 archivo 23); en el que se opuso a las en cuanto a los hechos aceptó la afiliación y traslado a través de la AFP Porvenir S.A. y la reclamación a esa entidad presentada, frente a los demás dijo no constarle y no ser ciertos. Como excepción de fondo propuso la prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (Grabación de audiencia anexa en el expediente digitalizado cd fl. 2, archivo 43) en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones invocadas en su contra por la demandante Patricia Gutiérrez Cardona y la condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, indicando que es equivocada la conclusión del fallador de primer grado al establecer que no se demostró un perjuicio ya que con la simulación de su pensión solicitada en 2018 comparada con ingreso base de cotización es ostensible que la prestación en el RPMPD es muy superior al que puede obtener en el RAIS, así mismo que no existía ningún vicio del consentimiento al haberse suscrito un formulario de afiliación, ya que la solicitud de nulidad se centra es en el deber de información no solo por acción, sino por omisión, lo que conlleva a la ineficacia de la afiliación, tal como lo ha señalado en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, ya que, el engaño no solo se produce en lo que se afirma si no en los silencios del profesional que tiene el deber de proporcionar toda la información relevante para la toma de la decisión de la afiliación. Además, la carga de la prueba está a cargo de la entidad demandada, y no se evidenció que la información suministrada a la actora fuera clara, experta, precisa y oportuna de la ventaja y desventaja del traslado de un régimen a otro, por lo que implora se revoque la decisión apelada y se conceda las pretensiones formuladas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación, insistiendo que en el momento del traslado de régimen no le fue brindada la información de manera clara, precisa, concreta y entendible sobre las consecuencias del traslado, el régimen pensional y demás información a la que estaba obligada la AFP brindarle

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo previsto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad sugeridos por la parte demandante.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, por tanto, es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "...no le brindaron información clara, oportuna y detallada sobre el régimen pensional, ni las consecuencias al tomar la decisión de trasladarse (...)", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que " las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del de abril 2019, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen

desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, ser beneficiario del régimen de transición, conocimientos especializados o haber sufrido un perjuicio, en tal sentido la Sala procede a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Así mismo es de puntualizar que en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, conforme lo ha reiterado la máxima corporación de justicia ordinaria

laboral, “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en 1996 estando laborando en Colsubsidio se trasladó al RAIS porque les hicieron una visita junto con su equipo de trabajo y la persona les habló sobre los fondos privados y les manifestó que el ISS se iba a acabar; que en los fondos de pensiones se habían creado para garantizar una mejor pensión a las personas porque cada uno debe tener en cuenta que íbamos a tener mucha rentabilidad y que gracias ello y se podían pensionar en cualquier tiempo y con mejor ingreso y ante esas afirmaciones los pusieron a firmar un formulario; que al reunión fue grupal y duró aproximadamente media hora; agrega que le mencionaron que sus aportes pasaban a la cuenta individual, no le mencionaron que podía hacer aportes voluntarios, no le mencionaron nada sobre los beneficiarios y solo le pidieron los nombres de su esposo y sus hijos y nunca recibió extractos de la AFP Porvenir; que se sintió engañada porque en la última reunión que tuvo con el fondo privado le indicaron cual era el valor de la pensión que podía obtener en cada régimen y se dio cuenta que los que la mencionado era contrario a la realidad.

Así, una vez examinadas las pruebas adosadas al proceso, contrario a la conclusión a la que llegó el a quo con el simple análisis de las pruebas aportadas al plenario, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A. al momento de acoger como afiliada a la accionante, le hubiese suministrado información, veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, la AFP por intermedio de su asesor no se constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la

obligación pensional, pues si bien aceptó haber recibido una información, ésta no fue sincera y acorde con realidad pensional, como esta misma lo señala en los fundamentos fácticos propuestos.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio folio 29 del archivo 23, correspondiente a la contestación de la demanda por la AFP Porvenir y anexos, incorporada al expediente digitalizado y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, debido a que la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de Porvenir S.A., conforme a lo analizado y el interrogatorio de parte no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen.

Inclusive, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 29 del archivo 23, correspondiente a la contestación de la demanda por la AFP Porvenir y anexos, incorporada al expediente digitalizado, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, ya que, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. Aunado a lo anterior, contrario a lo concluido por el fallador de instancia en el sentido de que no estaba demostrado un perjuicio frente al valor de la pensión que pudiera obtener en uno u otro régimen, con la documental aportada al proceso, concretamente con la solicitud de simulación de la prestación que podía obtener en Porvenir S.A. le indicó que podría sería aproximadamente de la equivalente \$1.193.301 y al calcularla teniendo en cuenta el ingreso base de cotización es ostensible que la prestación que puede obtener en el RPMPD podía ser de \$2.293.615, esto es, muy superior, por lo que la información ofrecida por la AFP, fue equivocada y con ello surge un detrimento en la prestación que pueda obtener. Advirtiendo la Sala que en el asunto aquí planteado lo esencial consiste en definir es la nulidad proviene ante la falta de información, conforme se indicó en precedencia y como lo ha reiterado en innumerables sentencias la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, en el sentido de que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; por lo que no se entiende el por qué, a pesar de haberse hecho este análisis por el fallador de instancia, llega a conclusión diferente, con fundamento en que no se demostró un perjuicio a la

accionante; que se reitera no es lo fundamental para la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional.

Tampoco son de recibo los argumentos esgrimidos por el a quo según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que la ignorancia de la ley no es excusa, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado; como bien lo indicara el demandante al momento de sustentar su recurso. Sin dejar de lado que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular aquél. Situación que ha sido advertida en forma insistente a la a quo en procesos que la Sala ha conocido, sin ello conlleve desconocimiento de la autonomía judicial.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituir las cosas a su estado original; circunstancia que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, luego, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS, incluidos los intereses causados, para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la promotora, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Patricia Gutiérrez Cardona con destino a la AFP Porvenir S.A., el 5 de febrero de 1996, con efectividad a partir de la misma fecha (folio 27 del archivo 23, correspondiente a la contestación de la demanda por la AFP Porvenir S.A. y anexos, incorporada al expediente digitalizado), así como el posterior traslado entre fondos realizado a la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente vinculado, ordenando a esta última el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, estos últimos descuentos que también debe trasladar la AFP Porvenir S.A., por el tiempo que estuvo vinculada la actora con ese fondo; y Colpensiones deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado, recibir los valores que se le sean trasladados y contabilizarlos en su historia laboral.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

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

RESUELVE

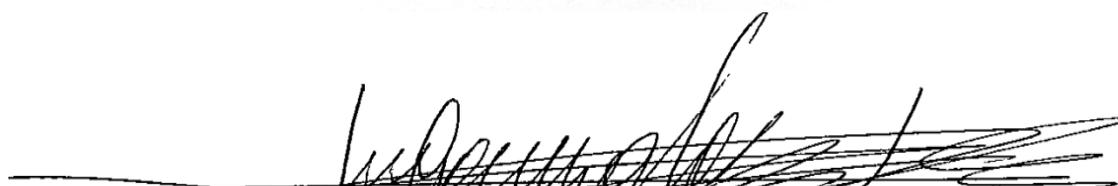
Primero.- Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Patricia Gutiérrez Cardona con destino a la AFP Porvenir S.A., el 5 de febrero de 1996, con efectividad a partir de la misma fecha. Conforme a lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- Ordenar a la AFP Protección S.A., como último fondo al que se encuentra vinculada, el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, estos últimos descuentos también debe ser trasladados por la AFP Porvenir S.A., por el tiempo que estuvo vinculada la actora con ese fondo; y Colpensiones recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$800.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de las accionadas.

Notifíquese en forma legal y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FIDOLO OSORIO PALACIOS CONTRA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A E.S.P. - E.T.B. S.A. ESP Y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declara abierta, junto con los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de decisión.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 1° de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Fidolo Osorio Restrepo, por medio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP, E.T.B. S.A. ESP y Positiva Compañía de Seguros S.A., para que se declare que no pueden efectuar

el descuento del 4% a aporte jubilados con código 2202, que le vienen realizando de su pensión desde el 19 de octubre de 1997. En consecuencia se condene a las demandadas a reintegrar en su favor lo descontado por dicho concepto desde la fecha del reconocimiento de su pensión hasta la fecha, debidamente indexados; el pago de costas y agencias en derecho y a todo lo que resulte probado en uso de las facultades extra y ultra petita.

Fundamentó las anteriores súplicas en los hechos relacionados a folios 3 y 4 en los que en síntesis expresó que: nació el 2 de mayo de 1936; laboró al servicio de la ETB S.A. ESP, durante más de 25 años entre el 27 de junio de 1984 y el 19 de octubre de 1997; que en la Convención colectiva de trabajo suscrita entre la ETB y su sindicato de base 1992-1993, se acordó el reconocimiento de una pensión convencional para los trabajadores con 25 años de servicios, sin considerar la edad; en razón de ello la empresa a través de resolución No. 0449 del 25 de febrero de 1998, le reconoció pen su pensión de jubilación a partir del 19 de octubre de 1997, con vocación de ser compartida con la pensión legal a cargo del ISS hoy Colpensiones; que desde el momento del reconocimiento pensional, se le ha venido descontando el 4% como aporte jubilados, adicional a otros descuentos, por concepto de fondo de prestaciones salud, 4%; en resolución No. 18995 del 27 de septiembre de 1999 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 19 de octubre de 1997, por lo que quedo a cargo de la ETB S.A. ESP el mayor valor de la pensión; que desde el 17 de septiembre de 2013, la ETB subrogo las obligaciones pensionales a Positiva Compañía de Seguros S.A.; que el 4 de mayo de 2018 solicito a Positiva S.A. la devolución de lo descontado y ésta respondió en forma negativa en oficio del 11 de mayo siguiente, la que fue remitida a la ETB y ésta también dio respuesta negativa. Finalmente indica que nunca suscribió autorización de los descuentos de marras.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por ETB S.A. ESP en forma oportuna y dentro del término legal en escrito obrante a folios 165 a 173 del expediente digitalizado (cd. fl 2 archivo carpeta 6), quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos admitió los relacionados con la vinculación laboral del demandante, precisando que fue durante 20 años; el reconocimiento de la pensión convencional pensional a través del mencionado acto administrativo, así como el reconocimiento de

la pensión de vejez por el ISS hoy Colpensiones, estando a su cargo el mayor valor de la mesada pensional, la subrogación pensional Positiva Compañía de Seguros, así como los descuentos del 4% pensionados con destino al Fondo de Prestaciones, señalando que con ello se están otorgando los beneficios convencionales, de salud, educación, y recreación entre otros, ya que mismo no fue creado para cubrir derechos pensionales, frente a los demás dijo no ser ciertos. Propuso las excepciones de: cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa o sin causa legalmente justificada, ausencia de causa, legalidad, equidad y razón de ser justificada del aporte del 4% pensionados, prescripción, y la genérica

A su turno Positiva Compañía de Seguros S.A. a través de escrito incorporado a folios 138 a 149, dio contestación el legal forma y en término; en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, frente a los admitió el relacionado con la fecha de nacimiento, el reconocimiento de la prestación convencional al promotor y de la pensión de vejez a cargo del ISS, así como la subrogación de las obligaciones pensionales a cargo de la ETB a través de la Póliza de Pensiones con Conmutaciónn Pensional No. 7000003 desde el 1° de septiembre de 2013 y la reclamación administrativas, frente a los demás dijo no constarle y no ser ciertos, indicando que los descuentos mencionados tienen plena validez conforme lo ordenado en el artículo 4 de la ley 4 de 1976. Como medios de defensa propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, indemnidad, compensación y la genérica o innominada

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado, fl. 2), en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el señor Fidolo Osorio Palacios, declaró probadas las excepciones de inexistencia

del derecho e inexistencia de la obligación y cobro de lo debido propuestas por la parte demandada y condenó en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurrió en apelación, conforme los argumentos contenidos en la grabación de audiencia, min 50:30, los que se concretan en reiterar que no existe un fundamento legal que autorice descuento a los pensionado adicional al establecido en la ley 100 de 1993 que es el destinado a la cobertura de los servicios de salud, sin procesa realizarse un descuento adicional con fundamento en la ley 4ª de 1976 con destino a fondo o cajas, para otros beneficios adicionales para los pensionados, por lo que se debe suspender el descuento que se le viene realizando del 4 % pensionados, y procederse a su devolución de los mismos, debido a que dentro del proceso se encuentra probado que se vienen realizando desde el mismo momento en que fue pensionado y teniendo en cuenta los beneficios obtenidos por quienes fueron sus beneficiarios en salud, salud y recreación, es mayor el monto de lo obtenido por aportes la ETB S.A ESP y teniendo en cuenta que los descuentos son ilegales y no fueron autorizados, pide que se ordene la devolución de los dineros solicitados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el demandante reiteró los motivos de inconformidad planteados en el recurso de alzada.

Por su parte la demandada ETB S.A ESP insiste que no resulta viable la orden de suspensión de los descuentos que viene realizando la entidad por aporte del 4% jubilados, por considerar que de acuerdo con la solicitud presentada se extrae que el actor nunca manifestó su inconformidad con los beneficios que estaba recibiendo del fondo, para el que está dirigido los mismos, si bien solicita la devolución de los aportes, el principio de autonomía de la voluntad que refleja en la petición de suspensión jamás podría

considerarse como una renuncia de dichos beneficios, tan es así que él ha hecho uso de ellos a través de sus familiares y a no existir renuncia de beneficios por parte del pensionado, tampoco ha lugar a la suspensión de los mismos ya que éstos son de carácter legal y se encuentran vigentes, y que si el pensionado renuncia expresa y de manera definitiva a cualquier beneficio, se puede suspender el descuento, pero hacia el futuro y sin realizar devoluciones, pidiendo mantener la decisión absolutoria .

De igual manera el representante de Positiva Compañía de Seguros S.A., pide mantener la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que los aportes del 4% pensionados, don de carácter legal y se encuentran debidamente justificados dentro del marco de regulación conforme el artículo 7 de la Ley 4 de 1976, en el marco de beneficios prestados por el Fondo de Prestaciones de la ETB al que está afiliado el demandante y los ha obtenido junto con su familiares, como lo reconoce el promotor, beneficios que son de carácter extralegal.

C O N S I D E R A C I O N E S

APORTE 4% JUBILADOS.

No es motivo de controversia dentro del proceso, que el señor Fidolo Osorio Palacios se encuentra pensionado por parte de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A ESP, conforme se constata con resolución 0449 del 25 de febrero de 1998, donde consta el reconocimiento de pensión convencional a partir del 19 de octubre de 1997 (fls 47 a 50 del expediente digitalizado (cd fl 2, carpeta 6). De igual manera se probó que al demandante se le reconoció pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones a través de resolución 018995 del 27 de septiembre de 1999, a partir del 19 de octubre de 1997, por lo que está a cargo de la ETB S.A. ESP, únicamente el mayor valor de la mesada pensional, dada la vocación de compartibilidad de la pensión convencional reconocida por esa entidad.

Establecido lo anterior procede la Sala a analizar los puntos de controversia. Pretende el actor, se condene a las empresas demandadas, a la suspensión

inmediata del descuento que se ha realizado mensualmente, en el pago de la mesada pensional, con el código 2202 aporte 4% jubilados y que, en consecuencia, se le devuelvan los dineros deducidos.

Las demandadas se oponen a estos pedimentos, con base en que el aporte realizado tiene sustento jurídico, fáctico e histórico, según el reglamento interno, las convenciones colectiva y la ley, y que el dinero se dirige al fondo de prestaciones, con en el que se financian servicios y prestaciones extralegales, que ha disfrutado el actor y su familia. Agregan, que si el pensionado renuncia expresa y de manera definitiva a cualquier beneficio, se puede suspender el descuento, pero hacia el futuro y sin realizar devoluciones.

Para resolver el punto, el despacho encuentra, contrario a lo referido el demandante, que el descuento con destino al fondo de prestaciones, que actualmente está en el 4%, se encuentra consagrado desde el Reglamento de Trabajo e Higiene de 1949, el cual establece:

“...Artículo 53: El Fondo de Prestaciones de la Empresa de Teléfonos de Bogotá está establecido con el fin de crear una reserva destinada exclusivamente a atender las prestaciones sociales siguientes: servicio médico; servicio odontológico; recompensas de retiro; recompensas de servicios; jubilaciones; auxilios para gastos de entierro, y otras que pueden establecerse...”

Artículo 54 - El Fondo de Prestaciones Sociales estará formado de la manera siguiente:

- a) - Aporte de la Empresa: seis por ciento (6%) de los productos brutos;*
- b) - Aporte del personal de la Empresa: tres por ciento (3%) de los sueldos de los empleados que excedan de doscientos pesos (\$200,00) mensuales; dos por ciento (2%) de los sueldos de los empleados que excedan de treinta pesos (\$30,00) mensuales; y uno por ciento (1%) de los sueldos de los empleados menores de treinta pesos (\$30.00) mensuales;*
- c) - Dos por ciento (2%) de los jornales de los obreros, cuando computados mensualmente excedan de la suma de \$30.00 y uno por ciento (1%) de los jornales cuando no lleguen a esa cantidad.*
- d) - La mitad del primer mes de sueldo o de jornal; Este importe lo pagará el Empleado u obrero cuando se retire de la Empresa;...”*

Así mismo, en las convenciones colectivas, que contienen las respectivas constancias de depósito, aparece mencionado el tema del 4% que asumirían, tanto la empresa como los trabajadores, para la financiación del fondo de prestaciones sociales, tal como puede verse en la convención colectiva de

1972 y 1973, cláusula octava, folio 4, archivo convención 1972 a 1973, CD fl. 2 carpeta 33 del expediente digitalizado, se dispuso:

“...La empresa aportará un dos por ciento (2%) más de sus productos brutos con destino al Fondo de Prestaciones Sociales, hasta completar un ocho por ciento (8%). Igualmente los trabajadores aportarán el uno por ciento (1%) más de su salario, con destino a este Fondo, para completar un aporte total del cuatro por ciento (4%)...”

En similar sentido, en la Convención Colectiva vigencia 1974 - 1975, cláusula octava se pactó, folio 5, archivo convención 1974 a 1975, CD fl. 2, carpeta 3 incorporada al expediente digitalizado:

“...La empresa aportará un dos por ciento (2%) más de sus productos brutos con destino al Fondo de Prestaciones Sociales, hasta completar un ocho por ciento (8%). Igualmente los trabajadores aportarán el uno por ciento (1%) más de su salario, con destino a este Fondo, para completar un aporte total del cuatro por ciento (4%)...”

Lo anterior también puede verse en las recopilaciones de convenciones colectivas, de 1984 y 1994, las cuales en el capítulo IV, cláusula decima séptima y en la cláusula 14, respectivamente, refieren (fl. 160 y folio 22, archivo convención colectiva recopilación 1994 completa, CD folio 2 carpeta 3 incorporada al expediente digitalizado:

“...La empresa aportará el ocho por ciento (8%) de sus productos brutos, con destino al Fondo para Prestaciones Sociales. Igualmente, los trabajadores aportarán el cuatro por ciento (4%) de su salario con destino a este fondo...”

También se encuentra sustento en lo dispuesto en la Ley 4 de 1976, artículo 7º, que fue subrogado por el artículo 163 Ley 100 de 1993, en cuanto a la cobertura familiar y este a su vez fue modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, en cuanto al mismo tema de cobertura familiar.

“Los pensionados del sector público, oficial, semioficial y privado, así como los familiares que dependen económicamente de ellos de acuerdo con la Ley, según lo determinan los reglamentos de las entidades obligadas, tendrán derecho a disfrutar de los servicios médicos, odontológicos, quirúrgicos, hospitalarios, farmacéuticos, de rehabilitación, diagnóstico y tratamiento de las entidades, patronos o empresas tengan establecido o establezcan para sus afiliados o trabajadores activos, o para sus dependientes según sea el caso, mediante el cumplimiento de las obligaciones sobre aportes a cargo de los beneficiarios de tales servicios...”

De igual manera, obran las resoluciones Nos. 3873 del 30 de mayo de 1988 y 10477 del 15 de julio de 1996 en la cuales se reglamentó y financió la prestación de servicios médicos tanto a los familiares de los trabajadores

activos como a los de los pensionados (cd fl. 2 archivo 3 de la carpeta 3 del expediente digitalizado).

Conforme lo anterior, el descuento de 4% aplicado al demandante, tiene por objeto cubrir un porcentaje del financiamiento de beneficios extralegales, y en esa medida, el descuento es un pago voluntario para continuar gozando de las prebendas en educación, recreación y salud, razón por la cual, no hay lugar a la devolución de los descuentos realizados de 4% al demandante, pues en el caso de marras no fue objeto de litigio el disfrute o no de los beneficios extralegales, lo que en todo caso no tendría incidencia por cuanto con el descuento la ETB debe garantizar la prestación de los servicios extralegales en comento, los que bien pudo disfrutar o por lo menos estuvo latente la disposición a ello en el pretérito.

Así las cosas, considera la Sala, que no ha sido arbitraria la decisión de la ETB S.A. E.S.P., al hacer el descuento, del 4% pensionados en tanto que brinda el servicio médico, de educación y recreación no solamente a los trabajadores activos, sino también a sus pensionados y sus familiares. Así las cosas, si el demandante se ha beneficiado de los servicios financiados con dineros del fondo de prestaciones, la consecuencia lógica de obtener beneficios y/o servicios extralegales que mejoran los establecidos en la ley.

Ahora bien, en lo atinente a la suspensión del descuento, se tiene que para la procedencia de dicha solicitud simplemente se requiere de la voluntad del demandante, quien goza de la libertad de renunciar a los beneficios extralegales quedando en consecuencia eximido del descuento del 4%, y en esa medida teniendo en cuenta que dicha voluntad se manifestó por el demandante con la reclamación presentada el 5 de abril de 2018 a la ETB S.A. ESP) es clara la procedencia de la suspensión del descuento, sin embargo como quiera que dicha solicitud fue negada en comunicación del 25 de abril del mismo año (fl 119 y 120 del expediente digitalizado y ante Positiva S.A. como subrogataria de las obligaciones pensionales de la ETB, por la conmutación pensional, el 4 de mayo de 2018, respondida negativamente el 11 del mismo mes y año; y atendiendo a que desde la data de la presentación

de la reclamación por parte del demandante a la fecha de esta sentencia el actor continua gozando de las prebendas extra legales, por cuanto no se ha dispuesto la suspensión del descuento, considera la Sala que en efecto procede la suspensión a partir del descuento de 4% jubilados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, lo que impone revocar la decisión de primera instancia en tal sentido, sin lugar a la devolución de los descuentos realizados por ese concepto y reiterando que dicha decisión conlleva a la pérdida de los beneficios extralegales que en virtud del referido descuento gozaba el actor.

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

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada, para en su lugar para ordenar a las demandadas, Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá ETB S.A. ESP y Positiva Compañía de Seguros S.A., suspender el descuento aplicado al demandante del 4% código 2202 aporte 4% jubilado, a partir de la ejecutoria de esta providencia, sin lugar a la devolución de los descuentos por ese concepto ya realizados. De conformidad con las motivaciones precedentemente referidas.*

Segundo.- *Sin costas en la alzada, las de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandada.*

Notifíquese en legal forma.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado




LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ALFREDO MAHECHA GONZÁLEZ CONTRA FLOR MARINA GONZÁLEZ SÁNCHEZ, ALBA ROCÍO GONZÁLEZ SÁNCHEZ, GRACIELA GONZÁLEZ SÁNCHEZ Y RAFAEL ANTONIO GONZÁLEZ PEÑA.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Carlos Alfredo Mahecha González, por intermedio de apoderado, demandó a Rafael Antonio González Peña, Flor Marina, Alba Rocío y Graciela González Sánchez para que se declare la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales. En consecuencia, cada uno de los demandados debe pagar al demandante la suma de \$82.296.000, los intereses legales del 6% anual y la indexación.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 242 a 250 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el 30 de octubre de 1997 celebró de manera verbal contrato de prestación de servicios profesionales con las señoras Alba Rocío y Graciela González Sánchez, para iniciar el trámite ordinario de “petición de herencia y reivindicación”, con ocasión al deceso de Laureano González Castro y en contra de los señores Gabriel Pérez Triviño, Ana Ilma Rosa Lilia, Laureano, María de Jesús, Rafael, Ricardo, Luz Janeth y Víctor Hugo González Fraile, cobijando de esa manera el proceso sucesoral cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Décimo de Familia de Bogotá con radicado 10 1995 06403 00, luego la petición de herencia y el reivindicatorio, se adelantaron ante el Juzgado Doce de Familia de Bogotá. El 26 de octubre de 1999 suscribió contrato de prestación de servicios profesionales con Flor Marina González Sánchez, para representarla como heredera en los mismos procesos que a las señoras Alba Rocío y Graciela, pactando en las cláusulas 7 y 8 del contrato unos honorarios equivalentes al 30% de las resultas del proceso, junto con las costas causadas por el trámite de los asuntos, independientemente de que se transara o se revocara poder; El 21 de noviembre de 2002 se declaró la perención en el proceso de “petición de herencia y reivindicación” adelantado en el Juzgado Doce de Familia de Bogotá, decisión que se confirmó en segunda instancia; Seguidamente, el 28 de mayo de 2003, Rafael Antonio González Peña otorgó poder para reiniciar el trámite de “petición de herencia y reivindicación” y en el mismo sentido lo hicieron el 13 de agosto de 2003, las señoras Flor Marina, Alba Rocío y Graciela González Sánchez, asunto que fue de conocimiento del Juzgado Veintidós de Familia de Bogotá rad. 2003-0899 y por el cual, las señoras Alba Rocío y Graciela González Sánchez, se “obligaron” verbalmente a pagar unos honorarios equivalentes al 30% de lo que llegaran a recibir. Con ocasión a las medidas de descongestión se remitió el expediente al Juzgado Primero de Familia de Descongestión de Bogotá, que profirió sentencia el 11 de noviembre de 2011, en la que se declaró a los señores Rafael Antonio González Peña, Flor Marina, Alba Rocío y Graciela González Sánchez herederos de Laureano González Castro, rescindiendo la partición realizada por el Juzgado Décimo de Familia, en consecuencia, ordenó rehacerla, incluyendo a los mencionados como hijos del de cujus, sentido de la decisión que se mantuvo en segunda instancia, así, que una vez ejecutoriada la sentencia, los demandados otorgaron poder para que asumiera la representación ante el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, en el trámite de sucesión 10 1995 06403 00, a efecto de que se diera cumplimiento a lo ordenado en la sentencia del

Juzgado de Descongestión. En sentencia del 21 de marzo de 2017 se aprobó el trabajo de partición, por lo que adelantó las gestiones correspondientes en la oficina de registro e instrumentos públicos el 10 de agosto de 2017 respecto del predio de matrícula inmobiliaria 050-273774. Los hoy demandados presentaron incidente de regulación de honorarios en el proceso 10 1995 06403 00, pero no se dio trámite debido a que no lo hicieron por medio de apoderado judicial; el 18 de diciembre de 2017 se reconoció personería al nuevo apoderado de los hoy accionados. Enlista en el hecho 46 los bienes adjudicados a todos los herederos y señala que a cada uno le correspondió en la adjudicación \$274.320.000, por tanto, al pactarse el 30% de cuota Litis, cada uno de los herederos debe \$82.596.000 junto con los intereses moratorios y la indexación de las condenas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y vencido el traslado de rigor, se tuvo por no contestada la demanda en auto del 10 de julio de 2020 (fl. 331)

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 383) en la que declaró que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado a partir del i) 28 de mayo de 2013 con Rafael Antonio González Peña, ii) 26 de octubre de 1999 con Flor Marina González Sánchez iii) 30 de octubre de 1997 con Alba Rocío González Sánchez y iv) 30 de octubre de 1997 con Graciela González Sánchez, la cual finalizó para todos el 18 diciembre de 2017, en consecuencia, condenó a cada uno de los accionados al pago de \$681.724 por concepto de honorarios profesionales, junto con los intereses legales e impuso costas a cada accionado en suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que manifiesta que se encuentra conforme con el reconocimiento y pago del 30% de los honorarios pactados y los intereses moratorios sobre esa

suma, pero disiente **i)** que para fijar las sumas objeto de condena se tomara el valor del avalúo catastral del año 2017, cuando lo correcto era tomar el del año 2018, máxime cuando los bienes adjudicados no tienen un valor de \$2.000.000, sino que al salir a la venta cada uno supera los 600 u 800 millones de pesos, **ii)** los intereses deben ser sobre el valor de los predios y no sobre el fijado y **iii)** no hubo pronunciamiento sobre la indexación de las condenas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante allegó memorial en rotulado como “alegato de sustentación recurso apelación para sentencia segunda instancia”, en el que esgrime reparos que no están contenidos en el recurso de apelación presentado ante el Juez que lo concedió de conformidad con el artículo 66 del CPT y SS.

CONSIDERACIONES

Siguiendo los lineamientos del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a examinar los puntos de censura propuestos por la parte demandante al momento de la sustentación del recurso.

HONORARIOS - CUANTIFICACIÓN

No discuten las partes la prestación de servicios profesionales por parte de Mahecha González en favor de cada uno de los demandados así:

Nombre	Fecha inicial	Fecha final
Alba Rocío González Sánchez	30 de octubre de 1997	18 diciembre de 2017
Graciela González Sánchez	30 de octubre de 1997	
Flor Marina González Sánchez	26 de octubre de 1999	
Rafael Antonio González Peña	28 de mayo de 2013	

Tampoco, es objeto de controversia que las partes acordaron unos honorarios del 30%, sobre las resultas del proceso en el cual asumió Mahecha González la defensa de los intereses de los hoy accionados.

Discrepa la parte actora en que se tuviera en cuenta para la fijación de los honorarios el valor de la partición fijada para cada uno de los mandantes, en lugar de tomar el valor catastral de los bienes adjudicados.

*Sobre el particular, se tiene que el **demandante** al rendir interrogatorio confesó que lo pactado fue el 30% “de lo que se llegare a obtener dentro del proceso” y que en caso de revocatoria del mandato recibiría el mismo porcentaje. Que los actores presentaron queja ante el CSJ por la que se le sancionó, sin conocer el estado real de los procesos, lo que ha derivado en que a la fecha no hayan realizado el registro. A su vez, la demandada, **Flor Marina González Sánchez**, contó que se acordó el 30%, debido a que el abogado les aseguró que recibirían una propiedad en específico, pero que a la fecha no ha sucedido. Por su parte, **Alba Rocío González Sánchez**, manifestó que el togado les dijo que les cobraría el 30% “de lo que se recogiera de la herencia”, y ese acuerdo fue verbal tanto con ella como Graciela, dado que él sí firmó contrato con Flor Marina. Les dio un peritaje de un predio que era el que a él le interesaba y que de ese se iba a pagar los honorarios. Finalmente, **Graciela González Sánchez**, dijo que no medió contrato escrito, que el acuerdo fue verbal, acordando el 30% de lo que se recuperara, que a Carlos Alfredo sólo le importaba un predio de la carrera 11 y por eso dejó perder los otros 3, levantando las medidas cautelares, lo que conllevó a que se vendieran por los otros herederos, sin que a la fecha hubieren recibido suma alguna proveniente de la sucesión.*

*Se incorporó al plenario a folio 19 el contrato de prestación de servicios suscrito entre Mahecha González y **Flor Marina González Sánchez**, cuya clausula segunda plasma: “FLOR MARINA GONZÁLEZ SÁNCHEZ se obliga a pagar a CARLOS ALFREDO MAHECHA GONZÁLEZ como honorarios profesionales por los servicios enunciados (...) el treinta por ciento (30%) del total de la suma de dinero que se obtenga en el proceso enunciado. (...) y en la cláusula sexta: “Si existiere revocatoria del poder conferido, FLOR MARINA GONZÁLEZ SÁNCHEZ pagará a CARLOS ALFREDO MAHECHA GONZÁLEZ las sumas señaladas en la cláusula segunda como si el proceso hubiere llegado a su finalización (...).”*

Diáfano es concluir, que las partes acordaron el 30% de las sumas de dinero o rubros que se adjudicara a los señores Rafael Antonio González Peña, Flor Marina, Alba Rocío y Graciela González Sánchez por la sucesión de Laureano González Castro y no valor alguno sobre un predio en particular o avalúo comercial y/o catastral de un inmueble, que acertadamente la falladora de primer grado acudió al trabajo de partición (fls. 109 a 167), en la cual se consignó:

HIJUELA A FAVOR DE	ACT. LIQUIDO
<i>Alba Rocío González Sánchez</i>	\$2.272.413,66
<i>Graciela González Sánchez</i>	\$2.272.413,66
<i>Flor Marina González Sánchez</i>	\$2.272.413,66
<i>Rafael Antonio González Peña</i>	\$2.272.413,66

Así que realizados los cálculos aritméticos de rigor el 30% de los \$2.272.413,66, es la cifra de \$681.724, tal y como lo determinó la juez de primer grado. De conformidad a lo expuesto se confirmará la sentencia en este punto.

INTERESES MORATORIOS

Advierte la Sala, que debido a que no se modificó el monto condenado por honorarios, los intereses moratorios dispuestos en primer grado, deben calcularse respecto de las sumas determinadas.

En otro giro, sería del caso entrar a analizar si le asiste a la demandante el derecho al pago de la indexación, de no ser porque la juez condenó a la encartada a los intereses moratorios de las sumas adeudadas, condena que impide se ordene el pago de la indexación, en la medida en que dichos conceptos son excluyentes pues con ambos se resarce el perjuicio causado por la desvalorización de la moneda, criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de septiembre de 2012, Rad. 39140, en el que indicó:

“Cabe recordar, al margen, que el criterio actualmente imperante en la Sala es el de la incompatibilidad de intereses moratorios con la indexación, ya que los primeros involucran, en su contenido, un ingrediente revaloratorio; tal como se dijo, al rectificar el antiguo criterio de compatibilidad de ambas figuras vertido en sentencia del 1º de diciembre de 2009, radicación 37279, en la sentencia del 6 de diciembre de 2011, radicación 41392, la que acogió, para ello, pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la esta misma Corporación datado el 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.”

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

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada*

Segundo - Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GATTAN~~
Magistrado

~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JULIA MARINA GUTIÉRREZ CORTES CONTRA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. COMO VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL PAR CAPRECOM LIQUIDADO

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 23 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso atrás mencionado, y en consulta los puntos que no fueron objeto de recurso y que afecta a la entidad demandada

A N T E C E D E N T E S

Julia Marina Gutiérrez Cortes, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom liquidado, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 6 de junio de 2013 y el 31 de enero de 2016, desempeñándose como trabajadora oficial, el cual finalizó por causa imputable al empleador y es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo 1997-199. En consecuencia secuencia, se condene al reconocimiento y pago de cesantías, vacaciones legales, primas convencionales de junio y navidad, prima de vacaciones, auxilio convencional de transporte. Prima convencional de retiro, indemnización por despido sin justa causa (plazo presuntivo); indemnización moratoria del art. 1° de la Ley 797 de 1949;

reembolso de los dineros correspondientes a la cuota parte que le correspondía pagar a la empleadora por aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales, indexación de las sumas respecto de las cuales no proceda indemnización moratoria; lo probado extra y ultra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 134 a 136 del expediente digitalizado, en los que en síntesis indica que: Caprecom EISE la vinculó a través de sendos contratos u órdenes de prestación de servicios, que relaciona, los cuales se extendieron desde el 6 de junio de 2013 al 31 de enero de 2016, cuya remuneración mensual siempre fue de \$1.271.000; siempre se desempeñó en el cargo de auxiliar administrativo en el área de referencia y contra referencia, apoyando la gestión en el proceso de autorizaciones y aseguramiento en la territorial Bogotá - Cundinamarca, con funciones de aplicar las políticas, normas, procesos y procedimientos establecidos en la normatividad vigente y establecidos por la entidad, relacionados con la referencia y contrareferencia de la regional, autorizar diariamente a las IPS la prestación de servicios de salud en caso de urgencia, solicitar continuamente citas de pacientes de casos especiales a nivel nacional, apoyar diariamente las solicitudes de servicios en IPS en casos especiales, apoyar en el los informes diarios de procesos realizados por los funcionarios del contact center, servicios solicitud y tiempo de gestión, apoyar los tramites de remisión y autorizaciones con pertinencia, apoyar los planes de contingencia y planes de mejora de respuesta presentadas en autorizaciones, organizar y mantener el archivo del área siguiendo la normatividad establecida para ello, asegurar su custodia en los físico como en lo magnético, todos los documentos generados durante la vigencia del contrato y hacer entrega al líder de referencia y contra referencia entre otras; que prestó servicios personalmente en las instalaciones de Caprecom, en horario fijado por la entidad de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.; durante el vínculo le fueron entregadas las herramientas de trabajo necesarias para ejecutar su labor, su jefes inmediatos fueron trabajadores de planta a quienes les pagaron prestaciones legales y extralegales acordadas en la convención colectiva; que durante la relación laboral la demandada no le pago sus derechos laborales legales, seguridad social en pensión, salud, riesgos laborales y cesantías; derechos laborales que a los trabajadores oficiales si se les reconocían y que presentó reclamación administrativa ante el 7 de noviembre del 2018, la cual fue respondida negativamente el 7 de diciembre del mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, en legal forma y dentro de término a través de escrito incorporado a folios 169 a187 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones, no acepto ninguno de los hechos fundamento de la demanda indicando que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso

las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y excepción innominada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (cd fl 217) en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 6 de junio de 2013 y el 31 de enero de 2016 entre la demandante y Caprecom EICE. En consecuencia condenó a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del PAR Caprecom Liquidado; sumas y conceptos que relaciona así: a) \$3.933.161,33 por cesantías, b) \$1.218.078,00 por vacaciones, suma que deberá ser pagada debidamente indexada, c) \$2.688.823,00 por prima de navidad, d) \$413.282,00 por prima de junio, e) \$208.433,00 por auxilio de transporte, f) \$3.585.098,00 por prima de retiro, g) \$7.468.954,00 indemnización por terminación injusta del contrato, h) La suma diaria de \$59.751,63, entre el 8 de junio de 2016 y el 27 de enero de 2017, por sanción moratoria (art. 1° de la Ley 797 de 1949; i) A reembolsar a la demandante la cuota parte que le correspondía asumir como empleador por los aportes efectuados por ésta al sistema general de pensiones y salud y riesgos profesionales, debidamente indexadas; absolvió de las demás pretensiones, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las partes la recurrieron en apelación. La parte demandante, centra su inconformidad frente a las declaratorias de la excepción de prescripción, indicando que como la reclamación administrativa y la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, para efectos del reconocimiento de las acreencias laborales ordenadas, debió tenerse en cuenta la fecha de terminación del vínculo contractual y no el de la reclamación, lo cual le es más favorable, por lo que pide se revise la liquidación de las condenas y se reajuste su valor en tal sentido. El otro aspecto tiene que ver en relación con la fecha a partir de la cual se otorga la indemnización moratoria, indicando que para tal efecto no se deben contar los 90 días hábiles desde el momento de la terminación del contrato, sino que deben ser corridos los tres meses por lo que la fecha a partir de la cual debió darse es desde el 1° de mayo del 2016, hasta el 27 de enero del 2017.

A su vez la parte demandada centra su inconformidad frente a la condena por indemnización moratoria, indicando que al momento de la terminación del vínculo de la demandante, la entidad ya estaba en su proceso de liquidación y supresión por el déficit financiero de la entidad, y como hoy esta liquidada le queda imposible asumir con esa carga precisamente, al no contar con recursos financieros para reconocerla y pagarla, por lo que pide su revocatoria. Igualmente a que se revoque la condena al pago de la cuota parte por aportes a seguridad social, salud y pensión, justamente por cuanto en la etapa precontractual se le solicito a la señora Julia Gutiérrez acreditar el pago de aportes a seguridad social como contratista independiente y en cuanto a la indexación de las sumas ordenadas en primera instancia no resulta procedente al haberse reconocido indemnización moratoria, ya que de aplicarse se ría una doble sanción para la entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, ninguna de las partes presentó alegaciones en esta instancia.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el recurso de apelación interpuesto por las partes, y en consulta los puntos que no fueron objeto de recurso y que afecta a la entidad demandada

CONTRATO DE TRABAJO - NATURALEZA JURÍDICA DEL CARGO

Conforme se infiere del texto demandatorio, la accionante aduce en su favor la existencia de un contrato de trabajo entre el 6 de junio de 2013 al 31 de enero de 2016, mientras la demandada invoca a lo largo del proceso, la celebración de varios contratos de prestación de servicios suscritos según la ley 80 de 1993, por lo tanto, no genera pago de prestaciones sociales de ninguna índole.

Así, según el artículo 2º del decreto 2127 de 1945 para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) **La actividad personal del trabajador**, es decir, la realizada por sí mismo como su nombre lo indica, este primer elemento implica la prestación personal del oficio a que el empleado se ve obligado, sin concurrencia de otra persona y sin que el titular de la relación pueda ser sustituido por otro sujeto.*
- b) **La dependencia del trabajador respecto del patrono**, que otorga a este la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento. En*

resumen puede decirse válidamente que el elemento subordinación, objeto de este comentario, es donde radica la verdadera diferencia entre el contrato de trabajo y cualquier otro contrato.

*c) **Un salario.**- Como retribución del servicio, es el tercer elemento de la relación de trabajo.*

Es así, como se debe aceptar que para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestra normatividad laboral. Ahora bien, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, señala que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien los recibe y lo aprovecha, correspondiéndole a este último destruir dicha presunción.

Por su parte, el artículo 32 de la ley 80 de 1993, define como contrato de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Impone la ley para estos contratos una duración "estrictamente indispensable", lo que conlleva a que no se pueden prorrogar indefinidamente o por un lapso que haga perder su finalidad, por ser una forma de contratación excepcional, porque de lo contrario se debe acudir a las modalidades de contratación normales, vinculación por relación legal y reglamentaria o vinculación contractual. También constituye característica de este contrato, la independencia o autonomía desde el punto de vista técnico y científico, lo que supone cierta discrecionalidad, pero de todas formas sujeto a las cláusulas pactadas. Por lo anterior, corresponde establecer si los servicios que prestó la demandante a la extinta Caprecom estuvieron regidos mediante contratos de trabajo o si por el contrario lo fue a través de contratos de prestación de servicios como lo arguye el accionado.

Para tal efecto se allegaron las documentales, de las cuales hay que resaltar las siguientes: constancias emitida por la Unidad de Contratos del Coordinación Jurídica del PAR Caprecom liquidado (fl 13), así como los diferentes contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos por la demandante, junto con las planillas de pago de aportes a seguridad social integral (fls 88 a 131), de los que se desprende que la demandante se desempeñó en el cargo de auxiliar administrativo en el área de referencia y contra referencia, apoyando la gestión en el proceso de autorizaciones y aseguramiento en la territorial Bogotá - Cundinamarca, con funciones de aplicar las políticas, normas, procesos y procedimientos establecidos en la normatividad vigente y establecidos por la entidad, relacionados con la referencia y contrareferencia de la regional, autorizar diariamente a las IPS la prestación de servicios de salud en caso de urgencia, solicitar continuamente citas de pacientes de casos especiales a nivel nacional,

apoyar diariamente las solicitudes de servicios en IPS en casos especiales, es de apoyar en los informes diarios de procesos realizados por los funcionarios del contact center, servicios solicitud y tiempo de gestión, apoyar los trámites de remisión y autorizaciones con pertinencia, apoyar los planes de contingencia y de mejora de respuesta presentados en autorizaciones, organizar y mantener el archivo del área siguiendo la normatividad establecida para ello, asegurar su custodia en lo físico como en lo magnético, todos los documentos generados durante la vigencia del contrato y hacer entrega al líder de referencia y contra referencia entre otras.

Se recibieron las declaraciones de Andrea Yuliana Huertas y Diana Milena Rincón Pardo, compañeras de trabajo de la demandante quienes fueron coincidentes y al unísono manifestaron que la demandante efectivamente prestó sus servicios personales en el cargo de auxiliar administrativo en el área de referencia y contra referencia, apoyando la gestión en el proceso de autorizaciones y aseguramiento en la territorial Bogotá - Cundinamarca, encargada de dar trámite a las autorizaciones de servicios de salud a las IPS y atención al usuario en los servicios de salud, así como gestionando carnets de afiliación de los usuarios de Caprecom; para ello tenía que cumplir un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes, el cual era fijado directamente por la jefe inmediato Cristi Barrera, quien además les daba las instrucciones de lo que debían hacer, asignado las ventanillas y cubículos donde debía desempeñarse; que las labores las ejecutaba con los elementos de trabajo que le proporcionaba Caprecom y en las instalaciones de esa entidad en la oficina principal de la entidad. Agregaron que si la actora necesitaba alguna clase de permiso tenía que solicitarlo al superior inmediato; de igual manera, debía compensar el tiempo que se le otorgara permiso. Indicaron que a la demandante, al igual que todos los funcionarios de la entidad, se le asignó un correo institucional y unas claves de acceso intransferibles para adelantar los trámites de autorizaciones de servicios de salud, que los servicios fueron prestados de manera personal y permanente ya que se trataba de la prestación de servicios de salud, lo cual requería seguir el trámite correspondiente.

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas atendiendo los artículos 60 y 61 del CPT y SS, concluye la sala que la demandada no desvirtuó la presunción de que los servicios fueron ejecutados bajo un contrato de trabajo, por el contrario, conforme a la documental aportada al instructivo, así como la prueba testimonial recaudada, se obtiene que la demandante no ejercía su labor de manera independiente, pues además de recibir órdenes al igual que los demás trabajadores de planta de Caprecom y cumplir con las labores que le eran asignadas, debía cumplir con un horario, ejecutaba sus labores en forma personal, para ausentarse de su lugar de trabajo debía tramitar el respectivo permiso, sus funciones eran desarrolladas con elementos que la propia demandada le suministraba, en las instalaciones del Caprecom, todo esta situación al igual que lo sostenido por el a quo se enmarca una subordinación de índole laboral, lo que configura el contrato de trabajo y no el de prestación de servicios a que acudió la empresa.

Es cierto que obran en el instructivo los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, pero los mismos se desvanecen frente a la realidad de los hechos ocurridos y demostrados en juicio, no surtiendo los efectos requeridos para desvirtuar el nexo laboral invocado en la demanda y que fueron el fundamento de la defensa de la accionada, dado que nos encontramos frente a una típica relación laboral, tal como lo enseña el principio que el contrato de trabajo es un contrato realidad o de primacía de la realidad sobre las formalidad, ampliamente reconocido en la doctrina y la jurisprudencia y que en 1991 se constitucionalizó (art. 53).

Al respecto se tiene que la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 11 de diciembre de 1997, señaló:

“ No es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que puedan celebrar las entidades oficiales se encuentre el de prestación de servicios; pero el hecho de hallarse consagrado legalmente este contrato, no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trate de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al estado o a una entidad descentralizada, o en que la participación directa o indirecta de aquél sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley, son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está, sin discusión posible ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo...”

Por otra parte, la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997 de fecha 19 de marzo de 1997, al estudiar la constitucionalidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993, en lo que hace a los contratos de prestación de servicios, expuso:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el

cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente...

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

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”

Era por tanto carga probatoria que le incumbía a la demandada mediante la aportación de las pruebas aptas y conducentes llevar al convencimiento de que su vinculación con la demandante lo fue mediante contrato de prestación de servicios, evento que no tuvo ocurrencia en el sub-lite, toda vez, que las pruebas allegadas a juicio determinaron la existencia de un contrato de trabajo entre el 6 de junio de 2013 y el 31 de enero de 2016; así mismo se estableció que el salario devengado durante la vigencia del contrato fue de \$1.271.000,00 mensuales; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

DE LA APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS CONVENCIONALES

Al haberse determinado la existencia de un contrato de trabajo entre las partes contendientes, es preciso señalar que de conformidad con lo previsto en el artículo 4° en concordancia con el artículo 1° de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Previsión de la Comunicaciones y Sintracaprecom, vista a folios 19 y ss, la cual fue incorporada con las formalidades legales, se tiene que la demandante es beneficiaria de los acuerdos convencionales, en razón a que allí se señala que son beneficiarios los trabajadores oficiales vinculados a Caprecom, precisándose expresamente que el sindicato suscriptor del acuerdo convencional actúa como sindicato mayoritario. Norma vigente en las voces del artículo 478 del CST, en tanto que no aparece otro estatuto convencional donde se disponga la modificación o derogatoria de los derechos allí descritos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Sobre el particular la sala advierte que en materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado plenamente en el artículo 151 del CPT y SS en consonancia con lo previsto en los artículos 488 y 489 del CST, al establecer que las acciones, por regla general, correspondientes a los derechos que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término que se interrumpe por una única vez cuando se presenta la correspondiente reclamación al empleador. Así mismo es de precisar que, que tal reclamo “escrito, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada” por ejemplo, “como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios”. Pues “carecen de eficacia para interrumpir la prescripción” ya que “no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido”. Así lo ha determinado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 1° de febrero de 2011, con Rad. No 30.437.

Entonces, es palmario para Sala que como los contratos de trabajo realidad declarados se extendieron entre el 6 de junio de 2013 y el 31 de enero de 2016; la demandante presentó reclamación administrativa el 7 de noviembre de 2018, y radicó la demanda el 19 de diciembre de la misma anualidad, como extracta con el acta de reparto vista a folio 144 del expediente digitalizado, es decir, dentro de los tres años siguientes a la terminación del contrato, por lo que es claro para la Sala que no opero el fenómeno prescriptivo respecto de ninguno de los derechos laborales, asistiéndole de esta manera razón al demandante, por lo que procede la sala a verificar la liquidación de las acreencias laborales ordenadas en primera instancia.

*De conformidad con lo dispuesto en la Ley 6a de 1945, Decreto 1160 de 1947 artículo 6, Decreto 3118 de 1968, Ley 344 de 1996, procede la sala al estudio de esta pretensión en atención a los extremos señalados precedentemente (6 de junio de 2013 al 31 de enero de 2016 y el salario de \$1.271.000) y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de **\$3.371.681,00**, suma inferior a la obtenida en primera instancia, imponiéndose modificar lo decidido e punto.*

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

Como el actor no disfrutó de vacaciones durante la ejecución del contrato de trabajo, su compensación en dinero asciende a \$1.685.840,00, suma superior a la obtenida por el a quo (decreto 3135 de 1968), por lo que se modificará lo decidido en primera instancia.

PRIMA CONVENCIONAL DE JUNIO

*De conformidad con lo previsto en el artículo 49 de la convención colectiva de trabajo (fl 63) "CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio, los cuales no constituyen factor salarial" y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de **\$1.685.840**, suma inferior por lo que se confirmará en este punto.*

PRIMA CONVENCIONAL DE NAVIDAD

Conforme lo previsto en el artículo 50 de la convención colectiva de trabajo (fl 63) "CAPRECOM reconocerá a sus trabajadores, quince (15) días adicionales a los pagados actualmente por concepto de prima de junio, los cuales no constituyen factor salarial" y una vez realizadas las operaciones aritméticas se obtiene un valor total de \$1.685.840, suma inferior a la obtenida en primera instancia por lo que ha de modificarse lo decidido en primera instancia en este punto.

AUXILIO DE TRANSPORTE

Tenemos que el artículo 47 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Caprecom y Sintracaprecom (fl. 63), señala:

"CAPRECOM reconocerá a todos sus servidores públicos el Auxilio de Transporte que Decreta el Gobierno Nacional. Además continuará prestando el servicio de rutas de buses".

Del examen al texto de la normativa transcrita, es clara, por lo que no resulta razonable la inferencia de la recurrente, teniendo en cuenta que allí se estipuló sin distinción alguna que dicho auxilio sería otorgado a todos sus servidores públicos conforme a lo decretado por el

Gobierno Nacional, sin que se advierta que para su reconocimiento se deba cumplir con los requisitos que lo crearon (Ley 15 de 1959, reglamentada por el Decreto 1258 del mismo año), por el contrario, resulta plausible para la sala que de ese beneficio gozaban todos los trabajadores de la liquidada Caprecom. Por lo que no es dable acudir a consultar su espíritu para desatender su tenor literal, dado su expresividad y refulgencia. Razones que son suficientes para conformar la decisión de primera instancia en este aspecto, precisando que la suma ordena es la que efectivamente le corresponde a la demandante.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Insiste la parte demandada que la terminación del contrato que unió a las partes se produjo con el vencimiento del plazo pactado, por lo que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto.

Pues bien, como es de tenerse en cuenta el Decreto 2127 de 1945, art. 48 y 49, consagra las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, y, como quiera que en el caso que nos ocupa no fue invocada ni demostrada la justa causa por parte del patrono, para dar por terminado el contrato laboral que existió entre los litigantes, razón por lo cual, habrá lugar a condenar a la demandada al pago de la indemnización en los términos previstos del art. 51 Ibidem, que consagra la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, consiste en el pago de salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar. Indemnización que está en concordancia, con lo dispuesto en el artículo 8º de la ley 6ª de 1945, no ser posible la contratación a término indefinido sino de seis meses en seis, lo que una vez efectuadas las operaciones aritméticas le corresponde pagar a la demandada la suma de \$7.468.954.00., según la fecha de inicio de la relación laboral; por lo que se conformará lo decidido por el a quo en este aspecto.

PRIMA DE RETIRO

Insiste la demandada el demandante a través de la alzada que no hay lugar al reconocimiento de la prima convencional de retiro, indicando que ésta solo procede por retiro voluntario del trabajador, y en el caso que nos ocupa que se ordene el reconocimiento de la prima de retiro contemplada el artículo 58 de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo y suscrita entre la demandada y su sindicato de trabajadores, indicando que el retiro de que fue objeto lo hace merecedor de dicha prima convencional: por su parte la demandada enfoca su defensa en señalar que tan solo son beneficiarios de ellas los trabajadores que se hayan retirado con el propósito de obtener pensión de jubilación.

El artículo 58 de convención colectiva de trabajo allegada con las formalidades legales a folio 63 vuelto del instructivo señala: “CAPRECOM reconocerá adicionalmente por prima de retiro a sus servidores públicos, el equivalente a dos (2) meses de salario”.

Así, de la anterior transcripción se observa que contrario a lo señalado por la entidad demandada y lo determinado por el juzgado de conocimiento, la norma convencional no establece ningún requisito a los trabajadores de Caprecom para ser merecedores de dicha prima diferente a su retiro, la cual en sentir de la sala puede ser cualquiera de las formas o modos de terminación del contrato. Entonces sin lugar a más elucubraciones, teniendo en cuenta que la demandante fue retirado del servicio por parte de la demandada el a partir del 31 de enero de 2016, y en razón a que no se encuentra del instructivo demostrado que la demandada hubiese efectuado el reconocimiento y pago por el concepto referido, correspondía ser ordenada, no obstante observa la sala que la suma ordenada en primera instancia es superior a la obtenida de 2.542.000,00 ha de modificarle lo decidido en este aspecto.

PAGO DE LOS APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y A RIESGOS PROFESIONALES Y DEVOLUCIÓN DE LOS EFECTUADOS POR LA DEMANDANTE

Conforme lo previsto en el artículo 15 de la ley 100 de 1993 son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones entre otros, todas aquellas personas que se encuentren vinculadas mediante contrato de trabajo.

El artículo 22 de La Ley 100 de 1993 señala:

“Obligaciones del empleador. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará esa sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el gobierno.

El empleador responderá por la totalidad de los aportes aún en el evento en que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Entonces, dentro del plenario se tiene que la demandada efectivamente no afilió al demandante al sistema de seguridad social integral para cubrir los riesgos de salud, pensión y riesgos profesionales; sino que por el contrario es un hecho cierto que conforme la vinculación contractual que unió a las partes y las documentales relacionadas a folios 72 a 176, las cotizaciones fueron cubiertas en su totalidad por la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo con Caprecom, así, para pensiones a ING pensiones y Cesantías S.A.; salud a Salud Total EPS y en riesgos profesionales para Positiva Compañía de Seguros. A su vez es un hecho incuestionable que correspondía a dicha entidad, como

empleador, efectuar el pago de una cuota parte de dichas cotizaciones teniendo en cuenta el salario reportado en ellas a los entes de seguridad social. Razón por la cual no resulta desatinada la condena impuesta por el a quo a efectuar el reembolso a la demandante de la cuota parte que le correspondía por los aportes realizados por la demandante para salud, pensiones y riesgos profesionales, por lo que se confirmará lo allí decidido.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

El artículo 1o. del decreto 797 de 1949, cuyo texto ha sido asimilado, en su alcance, por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al contenido del artículo 65 del CS del T, esto es, que sí dentro de los noventa días siguientes a la terminación de un contrato de trabajo la administración no cancela los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que le adeude al trabajador o no hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, se sancionará con un día de salario por cada día de retardo en el pago de estos haberes sociales, para lo cual se tendrá en cuenta los motivos aducidos por la entidad oficial que la ha llevado a la mora a efectos de exonerarla, cuando sean razonables y se acredite de esta manera que ha actuado de buena fe.

Para el caso bajo análisis se tiene que la entidad accionada desde la contestación de la demanda y a lo largo del juicio negó el reconocimiento de las prestaciones sociales solicitadas, alegando en su favor que la prestación de los servicios con la demandante nunca lo fue mediante contrato de trabajo, circunstancia ésta que, en innumerables decisiones en caso similares al que aquí se debate, se ha declarado la existencia de contrato realidad; a pesar de ello, la entidad demandada persiste en manifestar que las vinculaciones se produjeron mediante contratos de prestación de servicios regidos por la ley 80 de 1993, con el prurito de negar los derechos laborales, por lo que no se puede predicar buena fe en el no pago de prestaciones sociales, cuando se infringe la ley laboral, como sucede en este caso en particular, donde no queda duda que la relación que unió a las partes se desarrolló desde un principio con la subordinación jurídica específica propia de un contrato de trabajo, en los términos de los artículos 1° de la Ley 6ª de 1945 y 1° del Decreto 2127 de igual año, más aún cuando se le dio el trato de trabajador de planta de la entidad. Así, no son atendibles las razones esbozadas por la demandada para endilgar a su comportamiento buena fe, razón por la cual hay lugar imponerse condena a la indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicación No. 36506 del 23 de febrero de 2010, expresó:

“...Bajo esta perspectiva, los contratos aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a reiterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993,

con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conoedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora.”

Ahora, en cuanto a la fecha a partir de la cual se debe reconocer la indemnización otorgada, señalando que el término de 90 días que tiene la entidad para reconocer y pagar salarios, prestaciones e indemnizaciones se debe contabilizar por días, hábiles. Y si sobre el particular se tiene que de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, “en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario”; y es que en verdad sólo la entidad puede cumplir sus obligaciones en los días laborales, incluidas las derivadas de los contratos de trabajo, por lo que al contabilizar desde la terminación del contrato, el periodo de gracia con que contaba la entidad para el reconocimiento y pago de las acreencias dispuestas por las prestaciones sociales adeudadas previsto en el artículo 1° del decreto ley 797 de 1949, se obtiene que efectivamente la sanción moratoria opera a partir del 8 de junio de 2016, como efectivamente lo ordenó el juez de conocimiento, por lo que se confirmara, no sin antes advertir que en los demás no se presentó reparo por ninguna de las partes.

INDEXACIÓN

El fallador de instancia ordenó el reconocimiento y pago de indexación sobre las sumas por la cuales no procede el reconocimiento y pago de indemnización moratoria y sobre el particular es de precisar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, ha sido posición reiterada de la jurisprudencia al reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor.

Los anteriores argumentos son suficientes para confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto.

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

RESUELVE

Primero.- Modificar parcialmente el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar condenar a la Fiduciaria La Previsora S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Caprecom liquidado, al reconocimiento y pago de las sumas y conceptos que a continuación se relacionan

1. Por cesantías la suma de **\$3.371.681,00,**
2. Por compensación de vacaciones **\$1.685.840,00**
3. Por prima convencional de junio **\$1.685.840,00.**
4. Por prima convencional de navidad **\$1.685.840,00**
5. Por prima de retiro convencional **\$2.542.000,00**

Lo anterior. Por dicho en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Confirmar la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

Tercero.- Sin costas en esta instancia, dado el resultado de los recursos.

Notifíquese y Cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERTHA LUCIA ARDILA GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala tercera de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Bertha Lucia Ardila Gómez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS realizado el 24 de junio de 1997, a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A.

En consecuencia, se ordene a la AFP demandada trasladar a Colpensiones los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos e intereses; a Colpensiones a recibir e incluir en la historia laboral los periodos que le sean trasladados. Así mismo, pide que se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 al 3 del expediente digitalizado (cd fl 2, archivo 03), en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de febrero de 1964; realizó cotizaciones al otrora ISS completando un total de 433,43 semanas; cuando laboraba como profesora del Hogar Infantil Campanita Melodiosa de la Fundación Fe y Alegría algunos asesores de la AFP Davivir hoy Protección visitaron el lugar para realizar una charla grupal sobre las ventajas del traslado y mediante engaños le hicieron firmar el formulario de afiliación mencionándole que el ISS se iba a acabar por lo que debía trasladarse de inmediato al fondo de pensiones, para evitar perder los aportes allí realizados, que no tenía tope máximo de pensión y no tenía que esperar a la edad requerida para pensionarse, sin indicarle de que manera. Señala que nunca recibió asesoría de las características, condiciones, acceso, riesgos y efectos de la pensión en uno u otro régimen; el cambio de régimen pensional fue efectivo a partir del 24 de junio 1997; no se le realizó una proyección de mesada pensional, no se le mencionó la posibilidad de retorno al RPMPD antes de que le faltaran 10 años para el cumplimiento de la edad pensional, ni mucho menos la posibilidad de retracto; no le informaron las modalidades de pensión en el RAIS; que en oficio de 6 de septiembre de 2019 la AFP encartada le entregó una proyección de su pensión, indicándole que el monto de su pensión aproximada a la edad de 60, sería de \$1.274.899, mientras que en Colpensiones a los 57 años, teniendo en cuenta el IBC sería aproximadamente de \$3.204.844; y que el 27 de junio de 2019 solicitó a Colpensiones retrotraer los efectos de la afiliación al RAIS, Colpensiones procedió a negar lo pedido, posteriormente el 30 de julio de 2019 solicitó la ineficacia del traslado recibiendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, a través de escrito incorporado a folios 124 a 155 del expediente digitalizado (cd fl 2, archivo 03), en el que se opuso a

las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la demandante, el número de semanas cotizadas en el ISS, la afiliación al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A. y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan y no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

Por su parte la AFP Protección S.A., dentro del término y en legal forma en escrito anexo en el archivo 07 del expediente digitalizado, se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, la suscripción del formulario de afiliación, la solicitud realizada ante la AFP y la respuesta negativa, así como la realización de la proyección de la mesada pensional. Presentó las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia incorporada en el expediente digitalizado (cd fl 2 archivo 01), en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora Bertha Lucia Ardila Gómez de RPMPD al RAIS realizado el 24 de junio de 1997, con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año a través de la AFP ING hoy Protección S.A; ordenó a la AFP demandada trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la

demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin descuentos por gastos de administración o cualquier otro; a Colpensiones a recibir e imputar los aportes a la historia laboral de la actora, declaro no probada la excepción de prescripción, condeno en costas a la AFP Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas la recurrentes, así: La AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena únicamente en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de las pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados al ordenarse devolver los rendimientos y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

A su vez Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que no le resulta aplicable el criterio jurisprudencial dispuesto por el máximo tribunal de justicia ordinaria laboral sobre el particular, teniendo en cuenta que no es beneficiaria del régimen de transición, que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, aunada la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003 de realizarse el traslado de régimen cuando le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones, reitera las manifestaciones hechas en la alzada.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas, en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala estima necesario referirse a lo manifestado por Colpensiones tanto en el recurso como en los alegatos presentado en esta instancia referente a la restricción del derecho al traslado de la demandante, pues insisten que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que a la fecha la demandante Bertha Lucia Ardila Gómez cuenta con 58 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 26 de febrero de 1964, conforme como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 15 del expediente digitalizado), lo cual fue aceptado por las demandadas; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional realizado por la demandante a través de la AFP Davivir o ING hoy Protección S.A. el 24 de junio de 1997 con efectividad desde el 1° de agosto de la misma anualidad (fl 26 y 27 del archivo 07 del expediente digitalizado) diferente a la procedencia o no del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.

D E L A N U L I D A D D E L T R A S L A D O D E R É G I M E N - C O N D E N A I M P U E S T A A C O L P E N S I O N E S

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto

es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, al no haber intervenido en esa etapa del negocio jurídico. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a través de AFP Davivir o ING hoy Protección S.A. el 24 de junio de 1997 con efectividad desde el 1° de agosto de la misma anualidad (fl 26 y 27 del archivo 07 contestación demanda y anexos del expediente digitalizado), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, es la AFP Protección S.A, quien presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. Aunado que la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la señora Bertha Lucía Ardila Gómez en el momento de su traslado de régimen pensional, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una

estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible. En tal sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019 y SL2611-2020.

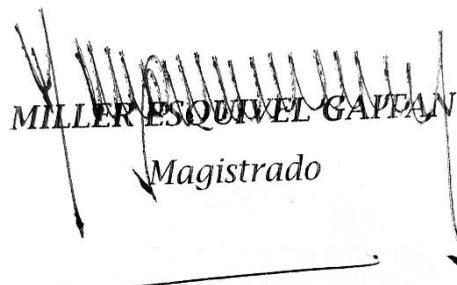
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas de la instancia a cargo de la AFP Protección S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$900.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de éstas.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado