

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ MARINA BARRERA MACANA
contra INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S, Y SOLIDARIAMENTE
CONTRA ELIZABETH MORALES CAJAMARCA y OBDULIO CHAPARRO
RUSINQUE. Rad. 2017 00263 02 Juz 21.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUZ MARINA BARRERA MACANA demandó a INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S, y en solidaridad a ELIZABETH MORALES CAJAMARCA y OBDULIO CHAPARRO RUSINQUE para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 3 y 4.

- Contrato verbal de trabajo desde el 11 de enero de 2012 al 31 de mayo de 2015, con la empresa INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S. propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO INCADE KENNEDY.
- Condena solidaria con ELIZABETH MORALES CAJAMARCA y OBDULIO CHAPARRO RUSINQUE.
- Prestaciones sociales.
- Vacaciones.
- Indemnización moratoria art. 65 C.S.T.
- Indemnización moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.
- Subsidio de transporte.
- Aportes al sistema de seguridad social.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 y 5. Se vinculó con la empresa INVERSIONES CHAPARRO Y MORALES SAS propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO INCADE KENNEDY el 11 de enero de 2012, en el cargo de servicios generales, su horario era de lunes a sábado desde las 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y devengó durante la relación laboral 1 SMLMV. El 31 de mayo de 2015, presentó renuncia. Su empleador pagó los aportes a seguridad social por los años 2012 y 2013 pero se adeudan los correspondientes a los años 2014 y 2015. Se deben todas las prestaciones sociales. Los demandados en solidaridad ELIZABETH MORALES CAJAMARCA y OBDULIO CHAPARRO RUSINQUE son socios de la empresa INVERSIONES CHAPARRO Y MORALES SAS.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la sociedad demandada y los demandados en solidaridad contestaron en los términos del escrito visible a folios 77 a 86.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto los hechos aceptaron; la vinculación inicial (11 de enero de 2012), el jefe inmediato, cargo, horario, salario, horario, forma de finalización del contrato (renuncia), el pago de aportes a seguridad social por los años 2012 y 2013 y el objeto social de la empresa demandada.
- Formuló como excepciones de fondo; transacción – terminación del proceso, buena fe en la contratación, renuncia voluntaria de la trabajadora, aceptación de la terminación del contrato, prescripción de la acción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido entre Luz Marina Barrera Macana e Inversiones Chaparro Morales S.A.S. comprendidos entre el 11 de enero de 2012 al 15 de diciembre de 2013, y entre el 09 de febrero al 31 de mayo de 2015. Condenó a la sociedad demandada a pagar las sumas de dinero que se relacionan a continuación:

- Prima de servicios \$223.486

- Cesantías \$223.486
- Intereses a las cesantías \$8.343 y una suma igual por la sanción de no pago.
- Compensación de vacaciones \$100.232.
- Auxilio de transporte \$276.266.
- Indemnización moratoria por las prestaciones sociales adeudadas, correspondiente a un día de salario por cada día de retardo a partir del 01 de junio de 2015 hasta que se efectuó el pago.
- Calculo actuarial entre el 09 de febrero al 31 de mayo de 2015, junto con la sanción moratoria del art. 23 de la Ley 100/93, tomando como base 1SMLMV vigente para la época.
- Declaró parcialmente probadas las excepciones de transacción – terminación del proceso y prescripción, y absolvió de las demás pretensiones.

Llegó a esa determinación al encontrar acreditada la prestación personal del servicio desde el 11 de enero de 2012 al 15 de diciembre de 2013 y del 09 de febrero al 31 de mayo de 2015, sin que fuese posible declarar la existencia de un solo contrato de trabajo como quiera que la primera relación laboral terminó en diciembre de 2013 y ese contrato fue debidamente liquidado, aunado a lo dicho por la demandante al aseverar que en el 2014 hubo una nueva vinculación. En cuanto a ese año (2014) no profirió condena alguna porque no pudo establecer los extremos, y restó credibilidad a lo dicho por los testigos porque ninguno coincidió con la demandante en lo que refería a los horarios en los que se prestó el servicio para ese año. En cuanto al segundo contrato laboral declarado (09 de febrero al 31 de mayo de 2015), señaló que al margen de que la promotora del proceso haya estado con la cafetería del colegio a cargo, ella sí prestó sus servicios personales a favor de la sociedad INVERSIONES CHAPARRO Y MORALES S.A.S., porque en ese semestre siguió prestando sus servicios como aseadora en el COLEGIO INCADE KENNEDY, además precisó que el contrato de arrendamiento solo pretendió disfrazar la relación laboral. Absolvió de las prestaciones sociales correspondientes al año 2012 y 2013 porque la demandante aceptó su pago, indicó que la prima del año 2012 (única prestación adeuda en ese lapso) fue cancelada con posterioridad y para las del año 2013 se allegó la liquidación, las que también fueron aceptadas por la demandante. Ordenó el pago de las acreencias causadas entre el 9 de febrero hasta el 31 de mayo de 2015, ya que la pasiva aceptó su no pago el cual justificó en la inexistencia de la relación laboral. No condenó a la indemnización del art. 99 de la Ley 50/90, ya que las causadas en el año 2012 estaban prescritas, y para los años 2013 y 2015 no se

causaron. Condenó el pago de la indemnización prevista en el art. 65 del CST, ya que al 31 de mayo de 2015 no se acreditó el pago de las acreencias labores y el contrato de arriendo pretendió encubrir el vínculo laboral, absolvió de los aportes a seguridad social excepto pensión, al resultar improcedentes. Tampoco accedió a la condena solidaria puesto que los socios solo son responsables dentro de las sociedades de carácter limitado y la sociedad demandada ya no ostenta esa calidad.

Recursos de Apelación

La demandante objeta la declaratoria de dos relaciones laborales ya que solo se demandó y probó un solo contrato, la demandada así lo acepta al contestar los hechos de la demanda y en su interrogatorio de parte, además de lo ratificado por los testigos, la juez se equivoca al concluir que para el año 2014 si bien hubo prestación del servicio, excluye ese ciclo porque no puede declarar los extremos (insiste en un solo contrato), resalto que para esa época (año 2014) a la demandante se le pagaba la suma de \$15.000 diarios por hacer el aseo en el colegio. Tampoco está de acuerdo con la absolución de la solidaridad pretendida, como quiera que las personas naturales demandadas dieron ordenes a la actora e inspeccionaban su labor. Insiste en que la totalidad de las pruebas fueron indebidamente valoradas por lo que bajo un nuevo estudio y revisión deberá declararse la existencia de un contrato de trabajo para el año lectivo 2014 y se disponga la solidaridad deprecada.

La demandada no está de acuerdo con la sentencia proferida por la juez. Precisa que el A quo se extralimito al declarar dos contratos de trabajo cuando lo que se demandó fue la existencia de un solo vínculo. La actora en los hechos de la demanda dice que su empleador pagó las prestaciones y aportes a seguridad social por los años 2012 y 2013 por lo que los temas a discutir eran las anualidades 2014 y 2015 sin que fuera dable retrotraerse al año 2012. Reprocha que la juez condena prestaciones que ya fueron canceladas, que falló en la valoración probatoria ya que para el año 2015 entre las partes existió un contrato de arrendamiento por la administración de la cafetería del colegio, del cual no se deriva subordinación alguna, ataca la valoración de los testigos, como quiera que muchas de las situaciones expuestas les consta porque la demandante les contaba. Insiste en la prescripción, su buena fe y la ausencia de dolo para condenar a la indemnización moratoria.

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

Parte demandante: Sostuvo que se debe modificar la decisión, por cuanto está probado que existió una sola relación laboral, por ende, no había lugar a declarar dos relaciones laborales.

Parte demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Pretende la demandante se declare la existencia de un solo contrato de trabajo a término indefinido con la empresa INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S propietaria del establecimiento de comercio COLEGIO INCADE KENNEDY entre el 11 de enero de 2012 al 31 de mayo de 2015, y en virtud de tal declaratoria se ordene el pago de todas las acreencias laborales derivadas de éste. A su turno, la demandada objeta la declaratoria de dos contratos de trabajo, ya que para el año 2015, la actora contaba con un contrato de arrendamiento para el manejo de la cafetería del colegio, del cual no se demostró ninguno de los elementos del contrato de trabajo, refuta las condenas impuestas y ambos apelantes coinciden en reprochar la indebida valoración probatoria que hizo la juez para proferir la sentencia apelada. En ese orden, procede La Sala a verificar el material aportado a fin de resolver cada punto en controversia.

Sea lo primero precisar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como *"aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*. El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir, la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem, el cual determina que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"*, lo que consagra una ventaja probatoria a favor del demandante, en virtud de la cual, una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se

configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al posible empleador, a quien le corresponde desvirtuar la mencionada presunción, demostrando que no se configuró el contrato de trabajo en tanto que la relación estuvo desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, probar la autonomía del servicio prestado.

Valoración probatoria

En el proceso se recaudó el interrogatorio de parte de la **representante legal de la demandada INVERSIONES CHAPARRO Y MORALES S.A.S**, (*rendido por ELIZABETH MORALES CAJAMARCA quien también funge como la rectora del COLEGIO INCADE – INSTITUTO INCADE*), conoce a la demandante porque laboró en los años 2012 y 2013 en el Colegio INCADE sede Kennedy, en el cargo de servicios generales, devengó un salario mínimo y su horario fue de 8:00 a.m. hasta cuando finalizara la limpieza de las instalaciones. Dijo que para esos años (2012 y 2013), se le cancelaron las prestaciones sociales y aportes a SGSS, que dicho vínculo laboral se liquidó en diciembre de 2013, (liquidación que aportó al proceso), manifestó que BARRERA MACANA no laboró en la Institución en el 2014 porque en ese año ella manejaba la cafetería y contaba con un contrato de arrendamiento, documento que se extravió y por eso lo no pudo aportar, ella (la demandante) para esa anualidad trabajaba por días con el aseo, pero insiste que para los años 2014 y 2015 la actora se ocupó de manejar la cafetería. Señaló que en el 2014 además de administrar la cafetería, trabajaba por días debido a que tenía otro empleo, para ese período se le cancelaban \$15.000 diarios cuando hacía el aseo, insiste que para los años 2014 y 2015 no pagó prestaciones sociales ni aportes a seguridad social porque no hubo vínculo laboral. En el 2015 la sociedad suscribió un contrato de arrendamiento con la actora, quien tomó en renta la cafetería de la sede Kennedy y pagaba como canon de arrendamiento la suma de \$650.000, sabe que ella (Luz Marina Barrera) trabajaba en el 2014 para el profesor Iván Silva al mismo tiempo que atendía la cafetería.

ELIZABETH MORALES CAJAMARA en el interrogatorio de parte, indicó que no le efectuó ningún pago por concepto de prestaciones sociales ni realizó aportes a seguridad social a la demandante, como quiera que ella (Barrera Macana) laboraba para Inversiones Chaparro Morales y prestó sus servicios para esa compañía en el Colegio INCADE Sede Kennedy. Ella (demandada) es rectora de dicha institución y Safdi Milena Rodríguez es la coordinadora de esa sede, manifestó que se reúne con los

coordinadores para la presentación de informes y comentar asuntos propios de la Institución. Sabe que la promotora del proceso, realizaba la limpieza de la sede tres días a la semana únicamente para el año 2012 y esto consistía básicamente en el lavado de baños después de que terminaba el descanso de la media mañana, en el horario de 10.15 a 11 am.

OBDULIO CHAPARRO RUSINQUE en el interrogatorio de parte reiteró que la actora solo laboró en la institución en los años 2012 y 2013, su horario fue de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. Insistió que en el año 2014 no existió relación laboral porque la demandante trabajaba para el profesor Iván Darío Silva y por eso no hubo lugar al pago de ninguna acreencia de naturaleza laboral. En el año 2015 la actora tampoco trabajo para el colegio.

La demandante en el interrogatorio de parte, dijo que laboró para la sociedad demandada desde el año 2012 hasta el 2015, desempeñó funciones de limpieza en el Instituto INCADE sede Kennedy, el contrato fue liquidado en el 2013. Luego tomó la cafetería, ella la surtía y las ganancias eran para sí, pero seguía haciendo el aseo. Al preguntarse por el horario en el año 2014, precisó que éste era de 8am a 8pm, dijo que nadie la obligó a tomar la cafetería pero que le tocó, aceptó la firma que obra en el contrato de arrendamiento que milita a folio 89. Ella empezó a trabajar por días desde junio de 2015 con IVAN SILVA. También dijo que el 09 de enero de 2014, empezó a trabajar en el Colegio solo media jornada (en las mañanas estaba con IVAN SILVA y en las tardes con el colegio). Para el año 2014 en el colegio se le pagaban \$15.000 diarios. En el año 2015, tomó en arriendo la cafetería de la sede y siguió con las mismas actividades (limpiaba vidrios, baños, era mensajera), nunca pagó arriendo por la cafetería, el canon se cubría con los servicios de limpieza. El 31 de mayo de 2015 entregó la cafetería porque no le era rentable. En ese año no le pagaron ninguna prestación y las del 2012 y 2013 (primas) se pagaron después.

La testigo CLAUDIA STELLA HERRERA HUERFANO, conoce a la demandante desde el 11 de enero de 2012 cuando ingresó a laborar en el Colegio INCADE sede Kennedy, en esa época la testigo fue la asistente administrativa hasta el 15 de julio de 2015. Dijo que BARRERA MACANA en los años 2012 y 2013 se encargaba del aseo y la limpieza del colegio, el horario fue de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y devengó un salario mínimo. En el año 2014, desempeñaba las mismas funciones, sabe que se le pagaba por días, pero no sabe si para esa época tenía contrato de trabajo. En

el 2015 le asignaron la cafetería además del aseo de la institución, indicó que la demandante no cancelaba el canon de arrendamiento porque éste se suplía con sus servicios (el aseo del colegio), adujo que la actora, se retiró el 31 de mayo de 2015, pero no le consta en que momento finalizó el contrato de arrendamiento. La demandante estudiaba los domingos en la misma institución, para el año 2014 se le pagaba la suma de \$15.000 diarios. Para el año 2015 la actora la pasaba todo el día en el colegio (entre la cafetería y el aseo). La actora surtía la cafetería y las ganancias eran para ella.

El testigo AUGUSTO SANCHÉZ RODRÍGUEZ, conoce a la promotora del litigio, porque él laboró en el Colegio desde febrero de 2013 hasta mediados del 2015 como profesor de inglés y ocasionalmente como coordinador de sede. Dijo que la demandante desempeñaba las labores de aseo, atendía la cafetería y oficios varios, sabe que ella se retiró en el 2015 antes de que él se desvinculará de la institución, la veía en las instalaciones desde las 8:00 a.m. a 11:45 a.m. y luego a partir de las 2:00 hasta las 9:45 p.m. le consta ese horario solo para el año el 2014. La vio durante los periodos académicos de los años 2013 y 2014, cuando ella (demandante) estaba en la cafetería repartía volantes a los estudiantes. Ellos (testigo y actora) repartieron volantes en Kennedy para las vacaciones del año 2014. A ella le llevaban una maquina grande para hacer el oficio. Supo de la cafetería porque ella le dijo que no había quien la manejara, no le consta cuál era su salario, sí laboraba con otra persona en el 2014 e indicó que todos le daban órdenes.

La testigo EDITH JULIETH OSPINA, (auxiliar administrativa Sede Principal Venecia – cuyo conocimiento del caso deviene de las documentales con las que ha laborado) dijo que la demandante trabajo en el 2012 y 2013 en la sede de Kennedy, en el área de servicios generales. No recuerda que Luz Marina haya trabajado en la institución en el año 2014, para ese año no registra afiliación a seguridad social y en el año 2015 ella (actora) tomó en arriendo la cafetería la que atendía en un horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y sábados hasta las 2:00 p.m. No le consta si laboró en diciembre de 2012 ni enero de 2013 pues se encontraban en receso escolar, tampoco sabe si laboró con el profesor Iván Silva e indico que sus jefes (Obdulio y Elizabeth) le comentaron que la demandante pagaba la suma de \$650.000 por el arriendo de la cafetería.

De otra parte, fueron allegadas al proceso las documentales consistentes en liquidación de contrato de trabajo, por los ciclos 01 de enero de 2013 al 15 de diciembre de ese año (fl 87), a través del cual INVERSIONES CHAPARRO Y MORALES SAS cancela a la actora las prestaciones sociales correspondientes a ese año de trabajo, en el que la actora se desempeñó como auxiliar de servicios generales para ésta demandada. En los folios 88 a 90, reposa contrato de arrendamiento de la tienda escolar del colegio Incade Kennedy por el primer semestre del año lectivo 2015, por la suma de \$650.000, el cual tendría una duración entre el 9 de febrero al 9 de diciembre de 2015, y cuenta con una nota manuscrita por la demandante, donde da por finalizado ese contrato desde el 09 de mayo de 2015, por no contar con tiempo con seguir al frente ya que tiene un nuevo trabajo. En los folios 99 y 100 reposa acta de transacción del 30 de agosto de 2017, en la que se aduce que por error secretarial para el año 2012 se dejó de cancelar la prima de servicios de junio de 2012, por lo que para esa fecha le fue cancelada la suma de \$400.000 por ese concepto.

De lo anterior lo primero que advierte La Sala es que la decisión de la juez respecto de la valoración probatoria efectuada para declarar dos contratos de trabajo resulta confusa y contradictoria en la medida en que precisa que para el año 2014 no declara la existencia de un contrato, como quiera que el dicho de los testigos no era suficiente para determinar los extremos de ese año, pasando por alto que para esa época sí se probó la prestación personal del servicio y que este fue remunerado; en cambio, para declarar el contrato del año siguiente, se apoyó en las diferentes declaraciones recepcionadas.

Pues bien, para resolver los recursos y en lo que respecta a las vinculaciones laborales, La Sala concluye que: La vinculación de la demandante con el colegio, siempre estuvo atada al año académico de éste, pues así se colige de todas las declaraciones recepcionadas, y se corrobora con la forma en que fueron pagadas las diferentes acreencias de la actora para los años 2012 y 2013 (esto es, año por año) en ese orden, y en observancia de lo previsto en el art. 101 del CST, en lo que respecta a la duración de los contratos de trabajo en establecimientos de enseñanza en los que se entienden celebrados por año escolar, y si bien la norma se remite a la vinculación de los profesores en dichas instituciones, La Sala por analogía aplicara tal disposición para el caso de la actora, pues los deponentes también coincidieron en haber visto a la demandante durante las actividades académicas del colegio y que éste quedaba cerrado por los meses de diciembre y enero de todos los años. También quedó claro que a la

demandante para los años 2012 y 2013, en virtud de la prestación de los servicios en el colegio de propiedad de la sociedad demandada, no se le adeuda acreencia laboral alguna ya que BARRERA MACANA aseveró en el hecho 1.9 de la demanda (fl 4) que *“La empleadora canceló a favor de la trabajadora los aportes al régimen de seguridad social en salud y pensión por los años 2012 y 2013”* de su interrogatorio de parte, se extrae que ella acepta que por los años 2012 y 2013 no existen prestaciones pendientes de pago, y que la única prestación faltante era la prima de servicios de 2012, la que le fue cancelada mediante acuerdo transaccional en la suma de \$400.000. En ese orden, respecto de este año (2012) no hay sumas derivadas de la relación de trabajo pendientes por reconocer a la trabajadora, y para las del año 2013 se cuenta con la liquidación que milita a folio 87, la que no fue desconocida por la demandante quien también acepta esos pagos.

Contrato de trabajo en el año 2014

En cuanto a la vinculación de la demandante para el año 2014, se recuerda que fue la demandada ELIZABETH MORALES CAJAMARA, la que indicó que la actora para esa anualidad, si bien manejaba la cafetería, ella (demandante) también laboraba promedio tres días a la semana, cuyos servicios consistieron en hacer el aseo de los baños después del receso de las clases de las mañanas (minuto 54.19 - audiencia del 12 de noviembre de 2019), y como contraprestación pagaba a la trabajadora la suma de \$15.000 diarios; cuando se contestó la demanda en el hecho 1.10 se indicó: *“Es parcialmente cierto, en razón a que **para el año 2014**, la ahora demandante ya no trabajaba de tiempo completo con mis mandantes, **sino por días**, de forma irregular, fallando a menudo y disculpándose por ello, y para el año 2015, como se indicó la aquí demandante no laboraba para la sociedad, que represento, sino que montó por su cuenta una tienda escolar en el COLEGIO INCADE KENNEDY”* En ese orden, si bien no existe coherencia en la exposición de los horarios que declararon cada uno de los testigos y la demandante para ese año, lo cierto es que todos coincidieron en que la actora estuvo en el 2014 prestando servicios a la demandada en lo que respecta al aseo del colegio, por esta razón, como no se logró desvirtuar la presunción del art. 24 del CST (*derivada de la prestación personal del servicio que se aduce para este año*), **La Sala declara la existencia de otro contrato de trabajo** el cual está comprendido entre el 01 de febrero al 30 de noviembre de ese año, extremos que se establecen conforme lo enseñado por la SL CSJ en sentencia SL-905-2013¹ y la aplicación del art. 101 del CST

¹ La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se

antes expuesta, pues se reitera la prestación de sus servicios dependía del año académico.

Es de precisar a las partes que conforme la realidad probatoria, si bien no se demostró un solo contrato de trabajo en los términos pedidos en la demanda, pues existe entre cada vínculo interrupciones superiores a un mes, ello no significa que se deba sustraer a la trabajadora del pago de sus acreencias laborales, pues lo cierto es que en la realidad se generaron distintos contratos de trabajo tal como se ha venido analizado, conclusión a la que se llega conforme lo enseñado por la CSJ en diferentes sentencias como en la SL 981 de 2019². Establecido lo anterior y a efectos de determinar las prestaciones de la demandante por éste ciclo, procede La Sala a fijar el salario mensual de BARRERA MACANA, en ese orden, se tiene por probado que laboró tres (3) días por semana durante aproximadamente una hora (después del receso de la media mañana en el colegio), tiempo que dedicaba al lavado de los baños y por esta función se le pagaba la suma de \$15.000, en consecuencia, se tiene

conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, **cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período**, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

*"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma **aproximada** acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual **cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación** de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un período de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*

(...)

Cuando el trabajador demandante no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente **y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la litis.**

2 En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando **entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves**, como podrían ser aquellas **inferiores a un mes**, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que **las interrupciones que no sean amplias**, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que **«las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]»** (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que **la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes**, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante **esos periodos no hubo una prestación del servicio**; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

que BARRERA MACANA percibía al mes por esta actividad la suma de 180.000, más el auxilio de transporte que se paga proporcional, se tiene un salario mensual de 208.800 y las prestaciones a pagar por este periodo asciende a las sumas descritas en el siguiente cuadro:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	DÍAS	SALARIO MÍNIMO	AUX. TRAN	TOTAL SALARIO + AUX	CESANTÍAS	INT. CESA	PRIMA	VACACIONES
01/02/2014	30/11/2014	299	\$ 180.000	\$ 28.800	\$ 208.800	\$ 173.420	\$ 17.284	\$ 173.420	\$ 74.750

Contrato de trabajo en el año 2015

Ahora, la demandada insiste en que para el año 2015, entre las partes hubo un contrato de arrendamiento del que la actora se beneficiaba porque las ganancias de la cafetería que BARRERA MACANA surtía eran para sí. Pues bien, para resolver lo pertinente advierte La Sala que el hecho de que la demandante tuviera a cargo la tienda escolar y haya finalizado ese contrato de arriendo, no desvanece que la actora haya seguido simultáneamente prestando los servicios de limpieza en el Colegio, y como para esa anualidad se cumplió con la carga probatoria de acreditar la presunción del art. 24 del CST, La Sala encuentra acertada la declaratoria de este contrato con sus extremos y prestaciones (las que no objetadas, tanto en los conceptos como en la cuantía).

Indemnización moratoria

Frente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, tal y como lo ha reiterado la Jurisprudencia de la SL CSJ, esta no es de aplicación inmediata, por lo que para su imposición debe tenerse en cuenta la buena fe con la que actuó la demandada³. en ese

³ Sentencia 26757 del 1º de marzo de 2006 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas

“En el cargo se acusa al tribunal de haber interpretado de manera errónea el artículo 65 del CST, al no haber condenado al pago de la indemnización moratoria. Cuando el Tribunal manifestó “Ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a la aplicación de la indemnización moratoria, señalándose que la misma no es de aplicación inmediata sino que ella depende de la buena o mala fe con la que actuó el empleador durante o a la finalización de la relación laboral”, realizó una interpretación adecuada del artículo en cuestión. Al respecto, es pertinente anotar que el juez ad quem, para confirmar la absolución por la pretensión de la indemnización moratoria no le hizo producir efectos al artículo 65 del CST, que consagra la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, por considerar que en el sub examine se daba la acreditación de buena fe del empleador en la falta en que incurrió por no proceder al pago oportuno de las acreencias laborales. En efecto se ha dicho que la sanción conocida como “salarios caídos”, no opera de manera automática, sino que se debe analizar el comportamiento del empleador durante la vinculación y a su terminación, y si de ello se desprende que pudo creer de buena fe que no existía relación laboral, se le debe exonerar de la indemnización moratoria”.

orden, de la revisión del acervo probatorio en conjunto, se concluye que si bien para los años 2014 y 2015 las vinculaciones laborales declaradas se desarrollaron con un margen de informalidad, lo cierto es que el sub examine la demandada actuó bajo el convencimiento de que la vinculación vigente con la demandante era de tipo comercial y se circunscribía solamente a la administración de la cafetería escolar, circunstancia que descarta un actuar revestido de mala fe. Bajo este entendimiento, la obligación de la demandada de pagar oportunamente los haberes laborales se diluye y pierde su condición vinculante, que es en últimas lo que permite sancionar al empleador incumplido o moroso. Puestas así las cosas se **revoca la última condena impuesta en el ordinal segundo de la sentencia apelada.**

De la Solidaridad

Para resolver este punto, se recuerda que la demanda se dirigió contra INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S, y solidariamente contra ELIZABETH MORALES CAJAMARCA y OBDULIO CHAPARRO RUSINQUE en su condición de socios de la empresa, así mismo se precisa que INVERSIONES CHAPARRO ostentó la calidad de sociedad limitada hasta el 25 de julio de 2013, tal como se lee del certificado de existencia y representación legal que milita a folios 8 a 17, y que las condenas aquí proferidas datan desde el 01 de febrero de 2014, por esta razón no es posible condenar la solidaridad deprecada pues el cambio de razón social y la fechas de las condenas no son concomitantes. Ahora, en cuanto a la responsabilidad de los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas – SAS conforme el art. 1º de la Ley 1258 de 2008, se tiene que:

"CONSTITUCIÓN. La sociedad por acciones simplificada podrá constituirse por una o varias personas naturales o jurídicas, **quienes sólo serán responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.**

Salvo lo previsto en el artículo 42 de la presente ley, el o los accionistas **no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad.**

Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C – 090 de 2014, al precisar:

"La jurisprudencia de la Corte ha reconocido que **el límite al monto de los aportes no constituye una vulneración por parte de la ley de los**

derechos laborales o sociales, por cuanto le está permitido al Legislador dentro de la libertad de configuración determinar las características de las formas de asociación, así como los eventos en los que existe una extensión de la responsabilidad solidaria o la intercomunicación del patrimonio de los socios con el de la sociedad derivado del fraude o abuso del derecho.

El legislador quiso dotar a la empresa y a la economía de una herramienta más ágil y flexible en cuanto a su constitución, composición y funcionamiento en comparación de las otras formas de asociación, con el fin de modernizar el derecho societario, hacer la industria más competente e incentivar el desarrollo del país.

La separación del patrimonio de la sociedad y de los accionistas obedece a un propósito constitucional consistente en permitir el flujo de capital, la inversión y la estimulación del desarrollo empresarial del país, de conformidad con el artículo 333 CP.

En ningún caso el modelo de limitación de la responsabilidad previsto para las sociedades por acciones simplificadas expone a los trabajadores al riesgo de hacer inexigibles sus derechos, en tanto que la legislación y la jurisprudencia ha dispuesto para el reclamo de sus acreencias diversos mecanismos legales y jurisprudenciales.

Finalmente, permitir el límite de responsabilidad no implica el desconocimiento de los derechos de los empleados, pues (i) en los artículos 42 y 43 de la Ley 1258 de 2008 se consagran dos excepciones a la responsabilidad del aportante, consistentes en la desestimación de la personalidad jurídica –levantamiento del velo societario– y el uso abusivo del voto que ocasionó perjuicios a la compañía, sus socios o terceros –nulidad absoluta e indemnización–, (ii) los trabajadores cuentan con herramientas legales –acción de nulidad, simulación, pauliana y otras– y jurisprudenciales – acción de tutela– en procura de la defensa de sus derechos.

El establecimiento del límite de la responsabilidad de los accionistas de una sociedad por acciones simplificadas al monto de los aportes, frente a las obligaciones laborales de la sociedad, no constituye una desprotección de los derechos del trabajador ni un incumplimiento de las disposiciones constitucionales que amparan el trabajo y la dignidad del trabajador, cuando quiera que existen mecanismos jurídicos para la defensa de los mismos, al tiempo que la separación patrimonial cumple el propósito constitucional de incentivar la creación de empresa y el desarrollo económico del país.”

De lo anterior se concluye que los accionistas de las sociedades por acciones simplificadas, no son responsables de obligaciones laborales entre otras, en que incurra la sociedad, salvo lo previsto en el artículo 42⁴ de la referida ley, siendo ello

⁴ **DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.** Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

así, los accionistas responden solidariamente por las obligaciones nacidas de actos **defraudatorios** y de los perjuicios causados con estos, siempre que hubieren realizado, facilitado o participado en ellos, y es la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de la Superintendencia de Sociedades a prevención o de los Jueces Civiles del Circuito, los llamados a conocer de la indemnización de los perjuicios derivados de tales actos. En ese orden, y pese a que en el asunto se dirime controversias relacionadas con acreencias laborales, la pretensión del actor escapa a la órbita de esta especialidad, pues, se itera, conforme el pronunciamiento de la Corte Constitucional anteriormente plasmado que declaró exequible el art. 1º de la Ley 1258 de 2008, en este momento se insiste no se puede acceder a la responsabilidad perseguida.

Prescripción

Como ya se indicó en el asunto se probó la existencia de un contrato de trabajo por cada año demandado (comprendidos entre el 2012 al 2015). Para las anualidades de los años 2012 y 2013 se acreditó el pago de todas las prestaciones de la demandante, frente año 2014, se declaró en ésta instancia otro contrato de trabajo, junto con sus acreencias, y los extremos se establecieron entre el 01 de febrero al 30 de noviembre de ese año. Y el contrato de trabajo para el 2015 lo condenó la juez. Ahora, la demanda fue interpuesta conforme acta de reparto que milita a folio 38, el 15 de mayo de 2017, y al aplicar el término trienal de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS se advierte que este fenómeno no opero respecto de las condenas impuestas, así las cosas, este punto de apelación se confirma.

COSTAS.

Las de primera instancia se confirman. Ante la prosperidad parcial de los recursos no se impone condena en esta instancia.

DECISIÓN

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

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.

RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia apelada, en el sentido de declarar otro contrato de trabajo entre las partes, comprendido entre el 01 de febrero al 30 de noviembre de 2014.

SEGUNDO. – ADICIONAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia, para **CONDENAR** a **INVERSIONES CHAPARRO MORALES S.A.S**, a pagar las siguientes sumas y conceptos por el contrato aquí declarado, así:

- a. \$173.420 por cesantías.
- b. \$173.420 por primas de servicios.
- c. \$17.284 por intereses a las cesantías
- d. \$74.750 por vacaciones.

TERCERO. – REVOCAR la última condena señalada en el ordinal segundo, la cual previó la indemnización moratoria, conforme lo expuesto en la parte motiva.

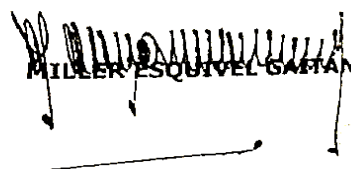
CUARTO. - En lo demás se **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá del 05 de diciembre de 2019.

QUINTO. – COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Ante la prosperidad parcial de los recursos no se impone condena en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OBED FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS
CONTRA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE
COLOMBIA S.A. Rad. 2018 00543 01 Juz 10.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

OBED FRANCISCO JIMÉNEZ ROJAS demandó a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 130 a 131.

- Contrato de trabajo a término indefinido desde junio de 2009.
- Aplicación de la convención colectiva de trabajo suscrita entre PROSEGUR y SINTRAVALORES.
- Fuero circunstancial.
- Ineficacia del despido acaecido el 24 de febrero de 2018.
- Reintegro.
- Pago de salarios y prestaciones sociales tanto legales como convencionales.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 125 a 128. Se vinculó con PROSEGUR desde junio del 2009 hasta el 24 de febrero del 2018 en el cargo de conductor, su último salario fue de \$1.753.474. Entre junio de 2009 y el 24 de marzo de 2011 la vinculación laboral fue manejada por la intermediaria SERDEMPLO LTDA. Durante todos los años de la vinculación PROSEGUR le suministró: dotación, carnet, armas para la protección personal y de los valores transportados, los servicios se prestaron en las instalaciones de la demandada con los vehículos de su propiedad y fue la que también efectuó los aportes a seguridad social. La demandada lo capacitó, supervisó su labor, impuso los horarios e impartió las órdenes. En PROSEGUR hay una organización sindical denominada SINTRAVALORES a la que el actor se vinculó desde el 10 de octubre de 2017. Las cláusulas tercera y quinta de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la empresa y el sindicato, disponen que ella se aplica a todos los trabajadores de la compañía, allí se prohíbe la contratación de

personal con otras empresas para desarrollar su objeto social y por violar esta prohibición la demandada fue sancionada en el 2014 por parte del Ministerio de Trabajo. Hay otro sindicato denominado SINTRAPROSEGUR, al que el actor también se afilio en la misma fecha (10 de octubre de 2017), este sindicato presentó pliego de peticiones ante la compañía y por esa situación todos sus trabajadores gozan de la garantía del fuero circunstancial. El 24 de febrero de 2018, al actor fue desvinculado sin justa causa del cargo irrespetándose la garantía foral enunciada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 146) y corrido el traslado la accionada Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. contestó en los términos del escrito visible en folios 171 a 191:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la existencia en la empresa de los sindicatos SINTRAVALORES y SINTRAPROSEGUR, la comunicación realizada a la compañía el 10 de octubre de 2017 donde se informó de la afiliación del demandante a las organizaciones sindicales y que entre SINTRAPROSEGUR y la empresa existe un conflicto laboral por la aprobación de un pliego de peticiones.
- Formuló como excepciones de mérito; cobro de no lo debido, inexistencia de la obligación que se pretende declarar en juicio, pago, buena fe del empleador, compensación, prescripción, y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró no probada la tacha sobre la credibilidad del testimonio de Juan Pablo Moreno Rodríguez, declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo entre las partes desde el 25 de marzo del 2011 hasta el 24 de marzo del 2018, el que terminó por la expiración del plazo fijo pactado, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probadas las excepciones propuestas de inexistencia de la obligación pretendida y cobro de lo no debido, y condenó en costas a la parte actora por \$350.000. Llegó a esa determinación al advertir que respecto de la tacha al testigo Pablo Moreno no se encontró intención de inducir en error a la juez o beneficiar al demandante con lo manifestado. La demandada no negó la existencia de una relación laboral entre las partes, pero el demandante no probó ningún vínculo contractual a través de la empresa temporal y en ese orden no se demostró la prestación personal del servicio a favor de la accionada desde junio del 2009. De la historia laboral del actor resaltó que éste prestó sus funciones adicionalmente, para SERVATA Servicios Especiales y Tomas Gref Seguridad Inc. Empresas diferentes a la demandada según verificación del NIT, por lo que concluyó que el actor se vinculó con PORSEGUR desde marzo del 2011. Respecto de los extremos del vínculo laboral, indicó que el OTROSÍ visible a folio 199 no corresponde al demandante, precisó que ese vínculo laboral estuvo

vigente desde el 25 de marzo del 2011 hasta el 24 de marzo del 2018, conforme lo establecido en el contrato de trabajo visible a 252, también tuvo en cuenta las certificaciones expedidas por PROSEGUR, la carta de terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado, la liquidación realizada al trabajador, y la comunicación del 17 de febrero de 2018, con la que se evitó prorrogar nuevamente el contrato pues con esta se dio por terminada la vinculación.

Respecto a la modalidad de contrato coligió que la misma lo fue a término fijo conforme el contrato de trabajo aportado. En cuanto a la aplicación de la convención colectiva celebrada por la demandada con SINTRAVALORES en 2008 y 2009, la juez concluyó que ella era improcedente, pues para esa época el actor no estaba afiliado al sindicato, además de que no se demostró que en la organización sindical sus miembros excedieran la tercera parte de los trabajadores de la empresa, así como tampoco lo relacionado a la sanción impuesta a la empresa por el incumplimiento de la mencionada convención, aunado a lo anterior, dijo que no se aportó convención distinta que estuviera vigente y que fuera aplicable al demandante. En cuanto al fuero circunstancial invocado por la negociación colectiva que se adelantó en la empresa al momento de la finalización del vínculo laboral, la juez precisó que pese a que se aceptó la existencia del conflicto colectivo por la demandada, en el asunto no había certeza de su inicio, ni de que se hayan surtido sus correspondientes etapas, además de que la relación laboral feneció por expiración del plazo fijo pactado y no por un despido, por lo que no se vulneró el aludido fuero circunstancial.

Recurso de apelación

Parte demandante: pide se revoque la sentencia pues considera que se están vulnerando todos sus derechos, afirma que la organización sindical cuenta con mayoría de trabajadores en la empresa, que sí por alguna razón el sindicato disminuye sus afiliados o se disuelve se debe entender que no existió mayoría en ningún momento. Sostiene que la demandada aceptó que el conflicto derivado del pliego de peticiones se encontraba vigente al momento de la culminación del contrato del trabajador. Afirma que el demandante no se adhirió en ningún momento a un pacto colectivo, que el documento allegado por la demandada y que dice ser un pacto colectivo pudo ser cualquier cosa, además, resalta que no coincide en las fechas en que supuestamente existió esa adherencia, por lo que este no puede ser el argumento principal para decir que el contrato fue a término fijo y no indefinido. Al inicio de la vinculación laboral la convención colectiva de trabajo se encontraba vigente ella se renueva cada año, en la convención se estableció que todo contrato de trabajo suscrito entre la empresa y un nuevo empleado sería a término indefinido. Hace mención a "*las cláusulas de envoltura*" e indica que es un criterio jurisprudencial internacional en el que se sostiene que al trabajador le basta solamente demostrar los parámetros que establecieron las partes para la aplicabilidad de la convención, en este caso tener un contrato de trabajo, y que el contrato a término fijo desconocía lo que ya estaba pactado en la convención, por ende, se entiende que el contrato suscrito era a término indefinido y si bien es cierto, firmó un supuesto pacto en el que aceptaba las condiciones en las que fue

contratado, no se tiene prueba que acredite que lo haya hecho de manera voluntaria, sino que, fue coartado para firmarlo y así poder obtener el trabajo, lo que menoscaba sus derechos laborales.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Indicó que no se demostró la existencia de la relación laboral en los extremos que dijo el actor, al igual, que JIMÉNEZ ROJAS se adhirió al pacto colectivo, lo que imposibilita que le fueran aplicables los acuerdos de convenciones colectivas de trabajo, además, SINTRAVALORES no constituía un sindicato mayoritario, ya que existen otras organizaciones sindicales dentro de la organización, por lo que solicitó la confirmación de la decisión de la A quo.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer la modalidad contractual del vínculo laboral que hubo entre las partes y sí al momento del finiquito el actor contaba con la garantía del fuero circunstancial que alega con la demanda.

Del Fuero Circunstancial

El artículo 25 del Dto. 2351/1965, dispone la protección que le asiste a los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones; consistiendo la misma, en que no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto. Así mismo, el artículo 36 del Dto. 1469 de 1978, indica que la protección a que se refiere el artículo 25 del Dto. 2351 de 1965, comprende a los trabajadores afiliados a un sindicato o a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de su presentación al empleador hasta cuando se haya solucionado el conflicto colectivo. A su turno, la CSJ en sentencia SL 1974-2018, en lo que respecta al objeto de esta prohibición, rememoró lo señalado en las sentencias SL 6732-2015 y SL 14066-2016, donde indicó lo siguiente:

*"De conformidad con el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero circunstancial tiene génesis en la etapa de conflictividad laboral suscitada por la presentación del pliego de peticiones al empleador, bien sea por la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados. **De esta forma, el derecho colectivo asegura la estabilidad de todos aquellos***

que participan en el conflicto mediante la prohibición de despido sin justa causa comprobada, con la finalidad de evitar represalias contra los trabajadores involucrados y disuadir al empresario de adoptar medidas orientadas a debilitar al movimiento sindical. Al respecto, en sentencia SL 20155, 28 ago. 2003 reiterada en SL 23843, 16 mar. 2005, SL6732-2015 y SL14066-2016, la Corte expresó: (...)”

No se discute en la instancia la relación laboral que ató a las partes, conforme se corrobora con la certificación laboral expedida por la demandada visible a folio 16, donde se enuncian los extremos laborales (25 de marzo de 2011 y el 24 de marzo de 2018), el cargo desempeñado, que fue de conductor, el salario, la fecha de terminación del contrato (fl 203 - 24 de marzo de 2018) y que para el momento del finiquito la empresa estaba en proceso de negociación colectiva porque así fue aceptado por la llamada a juicio y se verifica con el contenido del folio 76, en el que se presenta a la compañía demandada pliego de peticiones 2016, (fls 77 a 89) por parte de la organización sindical SINTRAPROSEGUR de fecha 18 de julio de ese año. De las certificaciones que militan a folios 34 y 73, se advierte que JIMENEZ ROJAS se afilió a las organizaciones sindicales SINTRAVALORES y SINTRAPROSEGUR el 10 de octubre de 2017, en la convención colectiva de trabajo 2008-2009 (fls 39 a 71), en las cláusulas 3 y 5 se indicó que el campo de aplicación de ese convenio se extendía a todos los trabajadores de la empresa THOMAS PROSEGUR SA en el territorio nacional donde la demandada prestara sus servicios, que la contratación del personal lo era a término indefinido y el artículo 66, en cuanto a la vigencia, dispuso que tal convención regía desde el 01 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, la que se aplicaría a todos los contratos vigentes y a los que se celebraran con posterioridad.

Conforme lo anterior, lo primero que advierte La Sala es que en el asunto pese a la extensa documental que obra en cuanto a las CCT, PCT y el pliego de peticiones que se presentó por parte del sindicato SINTRAVALORES y con el cual el actor pretende se aplique la garantía del fuero circunstancial, en el asunto no es posible acceder a las súplicas de la demanda, pues a pesar de que la convocada a juicio aceptó la existencia de una negociación de carácter laboral al momento de la desvinculación del actor, éste al pretender beneficiarse de tal figura debió no solo probar la presentación del pliego de peticiones para activar el amparo pretendido, pues además tenía que demostrar en qué etapa se encontraba la negociación, para la fecha de su desvinculación. Es importante tener claro que en este tipo de negociaciones los actores del conflicto laboral, están en igualdad de condiciones, tienen el mismo acceso a la información y en ese orden, conocen de las etapas en las que se va desarrollando la negociación, lo que le facilita recaudar las pruebas que han de ser traídas a juicio. Así, en el sublite no se tiene certeza por ejemplo, del pronunciamiento de la empresa, para el inicio de la negociación del pliego presentado o si ésta se negó; sí dentro de los 20 días previstos en el art. 434 del CST, se presentó algún acuerdo entre las partes, o si fue necesaria una prórroga por el mismo tiempo; sí a la finalización del término que prevé la ley las diferencias persistían; no se cuenta en el expediente con ninguna acta o constancia que permita

colegir una conducta activa por parte de la organización sindical. No desconoce la Sala, los efectos de la protección del fuero circunstancial ni su periodo de duración, los cuales tampoco son indefinidos o ilimitados; sin embargo en este caso, no le es dable al juzgador emitir una decisión de amparo, sin ninguna evidencia sobre la vigencia de la negociación colectiva, aquí no se tiene certeza del agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436 CST), si fue necesario acudir a la huelga (art. 444 a 449 CST), a un tribunal de arbitramento (art. 452 a 461 CST) si se suscribió una convención o pacto colectivo; o si el conflicto colectivo declinó de alguna forma anormal; así las cosas, al desconocerse el curso de la negociación en especial sus etapas y duración, y sin que la sola presentación del pliego perpetúe la garantía foral, La Sala concluye que el actor no demostró contar con la protección pretendida.

Modalidad contractual

Ahora, se pregona por parte del demandante que su vinculación laboral va en contravía de los postulados convencionales descritos en las cláusulas 3 y 5 de la CCT 2008-2009, donde se dispuso que los contratos de trabajo lo serian a término indefinido. Pues bien, a efectos de verificar la modalidad de la vinculación, basta con revisar la documental que milita a folios 192 y 193, donde se ubica el contrato de trabajo suscrito por las partes el 24 de marzo de 2011, allí en la cláusula segunda se indicó que el contrato era a término fijo con una vigencia comprendida entre el 25 de marzo al 24 de septiembre de 2011, y en la cláusula décimo quinta - parágrafo 1, se acordó que no había lugar a discusión respecto del tipo de contrato, que el trabajador se adhirió al pacto colectivo vigente tanto por el contrato inicialmente suscrito como por las prórrogas que llegaran causar y, en el folio 195 reposa manuscrito suscrito por el demandante del 24 de marzo de 2011, en el que manifiesta adherirse al pacto colectivo vigente en la empresa que data del 03 de diciembre de 2010, con la aplicación especial de las acreencias y condiciones laborales, por lo que se colige, que la vinculación a término fijo del actor no estuvo contraria ni al ordenamiento jurídico ni mucho menos a las normas convencionales de las que se pregonan su aplicación, en la medida en que el demandante no era beneficiario de las condiciones fijadas en la CCT que se pretende y cuando se vinculó con la empresa se acogió a otras disposiciones.

Además, es de precisar que si bien el pacto colectivo vigente para la época de la vinculación (2011) no se aportó, de la cláusula 49 del pacto suscrito el 20 de diciembre de 2013 (con vigencia entre el 01 de marzo de 2014 al 28 de febrero de 2019 y que alcanza a regular la vinculación del demandante con la empresa por ser anterior a su afiliación a los sindicatos) contemplo la posibilidad de hacer vinculaciones laborales a término fijo, por lo que no se advierte infracción alguna a los derechos del trabajador en cuanto a la modalidad contractual con duración definida. Ahora, si en gracia de discusión fuere dable entender que la CCT suscrita entre la demandada y SINTRAVALORES 2008-2009, debe ser aplicada

indistintamente a todos los trabajadores, conforme el 481¹ del CST, en el asunto es claro que el actor no estaba en la empresa para la época de la suscripción de este acuerdo convencional y cuando pretendió adherirse ya estaban vigentes otras disposiciones. Aunado a esto, los artículos 470² y 471³ del CST respecto a la aplicación de las convenciones y su extensión a terceros, impone tales efectos cuando en la convención sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sin que en el asunto siquiera sea posible cuantificarlos a fin de tener claridad respecto de la aplicación de esta norma, no obstante, pese a tal vacío probatorio, La Sala tampoco puede concluir que la empresa ha obrado en detrimento de los derechos laborales del demandante en especial en los de asociación y negociación sindical.

Conforme todo lo anterior, se concluye entonces que: la vinculación laboral del actor fue mediante contrato de trabajo a término fijo, modalidad que no atenta contra sus derechos laborales, que el finiquito del vínculo obedeció a una causa legal como lo fue la expiración del plazo, pues la empresa aviso al demandante su decisión de no prorrogar más el contrato por lo que no es dable hablar de un despido injusto, y bajo ese entendido el fuero circunstancial tampoco opera, pues éste se ocupa de proteger a los trabajadores que participan en un conflicto de ser despedidos sin justa causa comprobada.

En consecuencia y bajo estos argumentos se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000).

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, administrando justicia, en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley

¹ Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero **solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.**

² **ARTICULO 470. CAMPO DE APLICACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 37o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Las convenciones colectivas entre {empleadores} y sindicatos cuyo número de afiliados no exceda de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, solamente son aplicables a los miembros del sindicato que las haya celebrado, y a quienes adhieran a ellas o ingresen posteriormente al sindicato.

³ **ARTICULO 471. EXTENSION A TERCEROS.** <Artículo modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

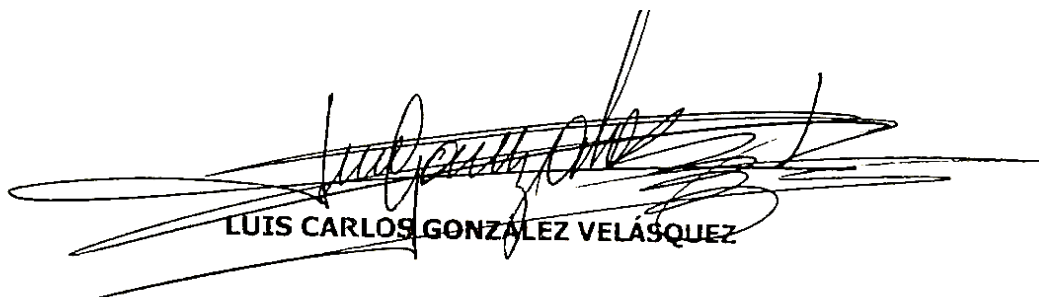
2. Lo dispuesto en este artículo se aplica también cuando el número de afiliados al sindicato llegare a exceder del límite indicado, con posterioridad a la firma de la convención.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de abril de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000).

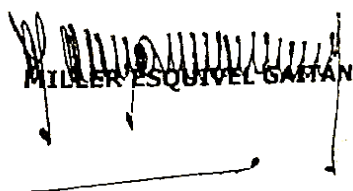
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ
CONTRA UGPP Rad. 2019 – 00060 - 01 Juz. 17 (FALLADO POR EL JUZ 02
TRANSITORIO).**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ demandó a la **UGPP** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 6 y 7.

- Contrato de trabajo con la Caja de crédito Agrario, Industrial y Minero el que finalizó el 16 de noviembre de 1991 por mutuo acuerdo.
- Pensión legal proporcional.
- Indexación.
- Retroactivo.
- Mesadas adicionales.
- Compatibilidad de esta pensión con la que pueda llegar a reconocer COLPENSIONES.
- Costas del proceso.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6. Nació el 9 de enero de 1951, prestó sus servicios a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minera mediante diversos contratos a término fijo (entre el 24 de junio de 1974 a 07 de febrero de 1975 de forma interrumpida) y con contrato a término indefinido desde el 10 de febrero de 1975 hasta el 15 de noviembre de 1991. El 23 de agosto de 1984 fue despedido ilegalmente y mediante proceso ordinario reintegrado el 17 de noviembre de 1988 sin solución de continuidad. En audiencia de conciliación celebrada el 13 de noviembre de 1991 ante la Dirección Regional del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Bolívar, se dio por terminado el vínculo laboral de mutuo acuerdo a partir del día 16 de ese mes y año. El último cargo desempeñado fue jefe de bodega grado 05 en la oficina de Cartagena - Bolívar y su salario ascendió a \$246.879. Cumplió los 60 años de edad el 9 de enero de 2011 y presentó reclamación ante la demandada el 11 de junio de 2014.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2019 (Fl. 66) y corrido el traslado, la accionada **UGPP** contestó en los términos del escrito visible a folios 69 a 82 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el despido acaecido en 1984, el proceso judicial de reintegro y los trámites administrativos para hacer efectivo el reintegro, la audiencia de conciliación celebrada el 13 de noviembre de 1991, el salario, cargo, fecha de nacimiento, fecha en la que el actor cumplió 60 años de edad y la reclamación administrativa presentada por MERCADO DÍAZ.
- Formuló como excepciones de mérito; improcedencia del derecho alegado por derogatoria normativa, inexistencia del derecho por falta de requisitos formales, improcedencia de la aplicación del IBL establecido en la Ley 171 de 1961, incompatibilidad de la prestación, prescripción, principio de buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

En virtud del Acuerdo PCSJA21-11766, mediante auto del 26 de mayo de 2021 (Fls. 118 y 119) el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá avocó el conocimiento del asunto y en sentencia del 4 de junio de 2021 puso fin a la primera instancia en la que resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ tiene derecho a la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 16 de noviembre de 1991 y exigible desde el 9 de enero de 2011.

SEGUNDO: CONDENAR a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales U.G.P.P. a reconocer y pagar al demandante FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ, la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a partir del 16 de noviembre de 1991 y exigible desde el 9 de enero de 2011, teniendo como mesada pensional inicial para el año 2011 la suma de \$1.543.105, y por 14 mesadas pensionales al año.

TERCERO: CONDENAR a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales U.G.P.P. a reconocer y pagar al demandante FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ la suma de \$172.034.892, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 14 de julio de 2014 al 31 de mayo de 2021, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo.

CUARTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción y **NO PROBADAS** las excepciones de IMPROCEDENCIA DEL DERECHO ALEGADO POR DEROGATORIA NORMATIVA, INEXISTENCIA DEL DERECHO POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES, IMPROCEDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL IBL ESTABLECIDO EN LA LEY 171 DE 1961 Y BUENA FE, propuestas por la UGPP.

QUINTO: CONDENAR en costas como se estableció en la parte considerativa. (...)”

Llegó a esta determinación luego de verificar el vínculo laboral entre el actor y la extinta Caja Agraria, el término de su duración y los requisitos que prevé el Art. 8 de la Ley 171 de 1961 para el reconocimiento de la pensión pretendida. En cuanto al tiempo de vinculación con la entidad, la juez dijo que, si bien había existido una desvinculación laboral, en el asunto también hubo dos sentencias judiciales mediante las cuales se ordenó el reintegro sin solución de continuidad. Dijo que la conciliación que dio por terminado el contrato de trabajo debía entenderse como retiro voluntario. Procedió a calcular la cuantía de la prestación conforme las normas que regulan el asunto, y la reconoció a partir del 09 de enero de 2011 (fecha en que el demandante cumplió los 60 años de edad – aclarando que el requisito de la edad era solo para causar el derecho, pero dijo que no era procedente pronunciarse sobre la figura de la compatibilidad porque en el asunto no había prueba de que existiera alguna prestación reconocida por parte de COLPENSIONES. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad a la reclamación administrativa, pues el actor cumplió el derecho a la pensión en enero de 2011, agotó la reclamación administrativa el 11 de junio de 2014 y demandó el 14 de enero de 2019, por lo que a partir del 14 de enero de 2016 era que procedía el pago de la pensión con catorce mesadas, pues reiteró la pensión se causó antes de la expedición del acto legislativo 01/05 siendo la edad un requisito de causación.

Recurso de Apelación

DEMANDANTE: está inconforme con la declaración de la prescripción pues considera que tal excepción se interrumpió y en ese orden, el demandante tiene derecho al pago de todas las mesadas causadas desde que cumplió los 60 años de edad.

DEMANDADA: Solicita se revoque la totalidad de la decisión, en síntesis, insiste en que el actor no cuenta con el tiempo para acceder a la pensión dada la interrupción que tuvo en su vinculación laboral (desde el 23 de agosto de 1984 al 27 de noviembre de 1988), además de que no se remitió al trabajador al sistema general de pensiones y este no fue despedido injustamente.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la totalidad de la decisión, no presentó ningún argumento adicional a los expuestos en las etapas del proceso de primera instancia.

Parte demandada: Solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto no es acreedor de la pensión conforme a los requisitos de la Ley 171 de 1961, además, dicha norma fue derogada expresamente al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Sobre las costas adujo que no procede su condena al ser injustificada porque no se evaluó que la entidad siempre actuó de buena fe, por lo que no puede aplicarse la condena de manera automática.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, el cual se limita a establecer si el actor cumple con los requisitos para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación de que trata el Art. 8 de la Ley 171 de 1961, y si existen mesadas afectadas por la excepción de prescripción. En el grado jurisdiccional de consulta se revisaran los demás puntos de la sentencia desfavorables a la demandada que no fueron apelados.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución RDP 028605 del 19 de septiembre de 2014 (expediente administrativo) a través de la cual se negó al demandante la pensión proporcional de jubilación, la que reclamó el 11 de junio de 2014, con lo cual queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

De la relación laboral y sus extremos

Se constata con el certificado emitido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que el demandante estuvo vinculado laboralmente con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde: 1) 24 de junio al 18 de agosto de 1974, 2) 26 de agosto al 20 de octubre de 1974, 3) 23 de octubre al 17 de diciembre de 1974, 4) 20 de diciembre de 1974 al 07 de febrero de 1975 y 5) 10 de febrero de 1975 al 15 de noviembre de 1991, para un total de 6.249 días. Durante tal vinculación hubo dos interrupciones, una comprendida entre el 19 al 21 de agosto de 1981 por licencia no remunerada, y la otra por suspensión desde el 23 de agosto de 1984 y el 27 de noviembre de 1988 (para un total de 1538 días).

En lo que respecta al último ciclo de interrupción, se cuenta con la copia de la sentencia del 24 de marzo de 1988, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá (fls. 22 a 28) en la que se ordenó reintegrar al demandante al cargo que desempeñaba al momento del despido (jefe de bodega en la zona de provisión agrícola de Cartagena – Bolívar), con el pago de los salarios dejados de percibir a partir del 23 de agosto de 1984, decisión que fue adicionada por el Superior en proveído del 31 de mayo de 1988 (fls. 29 a 32) en el sentido de ordenar que los pagos a que hubiere lugar se realizarían con los aumentos debidos.

Posteriormente, se adelantó otro proceso ordinario laboral ante el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, con el que se pretendió *"se declarara que no hubo solución de continuidad en el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 23 de agosto de 1984 al 28 de*

noviembre de 1988,” petición que prosperó en sentencia del 30 de octubre de 1998 en la que en efecto se declaró que no existió solución de continuidad entre las fechas ya referidas, ésta sentencia fue apelada, y al resolverse el recurso se dispuso declarar la existencia de una cosa juzgada en cuanto a los reajustes salariales perseguidos, se condenó a la Caja al pago de las primas semestrales legales y extralegales, las primas vacacionales y los incentivos de localización causados entre el 23 de agosto de 1984 y el 17 de noviembre de 1988 y se confirmó en lo demás.

En ese orden, para La Sala resulta claro que al demandante por decisión judicial que hace tránsito a cosa juzgada, se le adjudicó a la totalidad de su vinculación laboral el término comprendido desde el 23 de agosto de 1984 al 27 de noviembre de 1988, el mismo que se registra en la certificación emitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con interrupción al contrato de trabajo, sin que sea de recibo que tales tiempos sean ahora ignorados por mera liberalidad, resultando realmente desgastante y caprichosa la posición que asume la UGPP tanto en el desconocimiento las decisiones judiciales referidas, como en el trámite propio de la prestación.

Así, al no haber discusión respecto de la relación laboral y el tiempo trabajado (6.246 días descontados los 3 días de interrupción por licencia no remunerada entre el 19 al 21 de agosto de 1981), que el último cargo desempeñado fue el de Jefe de Cartera Grado 05 en la oficina de Cartagena – Bolívar, que el contrato feneció mediante acuerdo conciliatorio entre las partes el 16 de noviembre de 1991, como se verifica del acta de conciliación que obra a folio 63, el que se asemeja a un retiro voluntario por parte del trabajador según lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia 43751 del 9 de abril de 2014, MP: JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, en la que hace alusión a la sentencia del 16 de julio de 2001 radicación 15555, reiterada en casación del 12 de diciembre de 2007 radicado 29938, y que el salario promedio certificado ascendió a \$105.169, queda demostrado de esta manera la relación laboral que existió entre las partes, los extremos del contrato y el salario devengado.

Aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961

Respecto a la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 45637 del 14 de noviembre de 2012, MP: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE, indicó que la misma aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para lo cual necesitan acreditar únicamente el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, ya sea de manera voluntaria por parte del trabajador o mediante despido injusto, siendo el cumplimiento de la edad, simplemente un requisito para la exigibilidad del pago, esté último argumento reiterado por dicho órgano de cierre en proveído 43751 de 2014. Bajo ese precepto, La Sala advierte que el demandante no tenía que ser remitido al sistema general de pensiones para que se le pague ésta pensión; así, se verifica que en el asunto se cumple con los requisitos para que el actor acceda a la prestación establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, él nació el 09 de enero de 1951 (fl. 18) cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2011, y acreditó un total de 6246 (descontando los 3 días de interrupción).

Liquidación de la pensión.

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta el promedio de lo que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, conformado por los factores salariales contemplados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, reformado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, a saber: *asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio*, de conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1706 del 27 de enero de 2016 radicado 61023¹ MP: LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS y en la sentencia SL 5110-2019, radicado 75332 del 13 de noviembre de 2019, Magistrada Ponente CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

En ese orden de ideas encuentra La Sala que el salario promedio devengado por MERCADO DÍAZ en el último año de servicios ascendió a la suma de \$ \$ 152.320,75 que resulta de tomar el sueldo básico (\$113.735), la prima de antigüedad (\$27.297), y las horas extras (\$135.465) suma ésta que se indexa con base en la sentencia SL 736 de 2013, Magistrado Ponente Dr. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, en la que estableció que esta procede para todas las pensiones legales o extralegales así se hayan causado con anterioridad a la vigencia de la Constitución Política de 1991, aplicando para ello, la fórmula establecida en sentencia No. 34069 del 28 de mayo de 2008, que ratifica la 32020 del 6 de diciembre de 2007 y que corresponde a:

$$\begin{aligned} & \$ 152.320,75 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre 2010 – 73,45)} \\ & \qquad \qquad \text{IPC INICIAL (IPC diciembre 1990 – 7,65)} \end{aligned}$$

Para un valor histórico de \$ 99.103,69 al que se le aplica una tasa de remplazo del 65,06% (en proporción al tiempo de servicio – 6246 días), operación que arroja como primera mesada pensional para el año 2011 de \$951.524,95 la cual resulta inferior a la establecida por la juez (\$1.543.105) por lo que la condena sobre cuantía de la **primera mesada debe ser modificada**, precisándose que las mesadas para cada año quedan así:

Pensión			
Fecha inicial	Fecha final	Porcentaje aplicado	Pensión
09/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 951.524,95
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 987.016,83
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.011.100,04

¹ “Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 8º la Ley 171 de 1961 y el numeral 4º del Decreto 1848 de 1969, **en atención a que la pensión restringida de jubilación** reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, **ésta debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena**, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1º, que **el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios**, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3º ibídem, modificado por el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, esto es, la asignación básica; gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio;...”

01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.030.715,38
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.068.439,57
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.140.772,92
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.206.367,37
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.255.707,79
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.295.639,30
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.344.873,59
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 1.366.526,06
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$1.443.324,82

Excepción de Prescripción

Frente a la excepción de prescripción, basta con cotejar la fecha de exigibilidad de la pensión que se produjo el 09 de enero de 2011 (fecha de cumplimiento de los 60 años de edad) con la fecha de la reclamación administrativa que se expone en el hecho 17 de la demanda (11 de junio de 2014) el cual fue aceptado en la contestación de la demanda (fl 72) y al que se acude como quiera que en el sello que milita en el formato de reclamación pensional del folio 53 no se registra fecha de radicación, en ese orden, la reclamación que indica la parte actora se presentó 5 meses después de haberse completado el término de los 3 años de que tratan los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, de ahí que se contabilice esta excepción desde la radicación de la demanda (14 de enero de 2019) por lo que el actor tiene derecho al pago de la prestación desde el **14 de enero de 2016**, tal como la juez lo ordenó en sus **consideraciones**. Esta pensión también se debe pagar en catorce mesadas, pues se reitera la prestación se consolidó antes de la expedición del acto legislativo 01/05, y por tanto sus disposiciones no la alcanzan a afectar.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, sin costas en la alzada como quiera que ningún recurso prosperó y la modificación efectuada se realizó en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito 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 de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, solo en lo que respecta a la cuantía inicial de la pensión, la cual quedara así:

SEGUNDO: CONDENAR a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales U.G.P.P. a reconocer y pagar al demandante **FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ**, la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 a partir del 16 de noviembre de 1991 y exigible desde el 9 de enero de 2011, teniendo como mesada pensional inicial para el año 2011 la suma de \$ 951.524,95, y por 14 mesadas pensionales al año.

SEGUNDO: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia apelada, en cuanto al retroactiva y la fecha a partir de la cual se debe pagar el retroactivo, el cual quedara así:

TERCERO: CONDENAR a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales U.G.P.P. a reconocer y pagar al demandante FREDY ALONSO MERCADO DÍAZ el retroactivo pensional por las mesadas pensionales causadas desde el 14 de enero de 2016 y hasta que se efectúe su inclusión en nómina. Las sumas adeudadas deberán ser indexadas al momento del pago efectivo.

TERCERO: En lo demás se confirma la decisión de instancia.

CUARTO: Sin costas en la instancia.

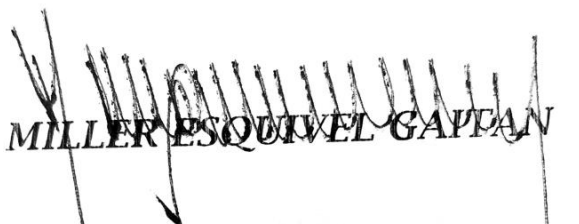
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN

Aclaro voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PARRA
CONTRA COLPENSIONES Rad. 2019 00417 01 Juz 38.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PARRA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 1 y 2 (demanda) 31 y 32 (subsanción) del archivo PDF 01 "titulado cuaderno físico" del expediente digital.

- Reliquidación de pensión de vejez con aplicación de una tasa de remplazo de 90% y con revisión de los tiempos públicos y privados.
- Cobro y reajuste de aportes a seguridad social, dejados de cancelar por la ESE Subred Integrada de Servicios de salud.
- Intereses moratorios.
- Retroactivo.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4 (demanda) y 32 a 34 (subsanción) del archivo PDF 01 "cuaderno físico" del expediente digital. Reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez el 6 de enero de 2011, fue retirado del sistema desde diciembre de 2006, con la Resolución No. 042542 del 19 de octubre de ese mismo año, le fue reconocida pensión de jubilación en la que no se tuvo en cuenta la totalidad del tiempo trabajado como conductor de ambulancia de la Secretaria de Salud, donde hizo turnos de 24 horas (laboró horas extras, diurnas, nocturnas, festivos). Aduce que la certificación de los factores salariales devengados entre los años 1997 y 2006 incluye horas extras festivas del 200%, recargo nocturno del 35%, extras ordinarias del 125% durante los últimos 10 años, y con esa información pretende hacer ver que no coinciden los aportes a pensión efectuados por su empleador con los realmente devengados y certificados. Precisa que ha solicitado la reliquidación de la prestación para que se incremente la pensión con base en los aportes, advierte que sus cotizaciones al sistema se han efectuado de manera incompleta según la certificación referida, que Colpensiones no ha cobrado la diferencia de la cotización que resulta necesaria para actualizar la historia laboral y determinar el IBL aplicable. En ese orden, solicitó que se acceda a la reliquidación con observancia de la totalidad de todos los tiempos trabajados, pues el ISS en su momento y ahora COLPENSIONES le han negado reiteradamente la solicitud.

Argumenta que se encuentra amparado por el régimen de transición, al haber cumplido con la edad y las semanas cotizadas exigidas al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100/1993.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de esta ciudad mediante auto del 23 de julio de 2019 (fl. 46 archivo PDF 01 "cuaderno físico" Exp. Digital) y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito que milita a folios 49 a 61 del archivo PDF 01 "cuaderno físico" del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el porcentaje del IBL con el cual se liquidó la prestación, la edad del actor cuando se reconoció la pensión, las solicitudes presentadas previamente por el demandante, que GONZÁLEZ PARRA se encuentra cobijado por el régimen de transición, y la resolución en la que el ISS le negó la reliquidación pretendida.
- Formuló como excepción previa: Cosa juzgada.
- Como excepciones de mérito propuso; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra, se abstuvo de estudiar las excepciones propuestas y condenó en costas al demandante. Llegó a esta determinación luego de corroborar que al ser beneficiario del régimen de transición se le aplicó la Ley 33 de 1985 en concordancia con el Art. 21 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento pensional, por lo que el actor se benefició con una pensión a temprana edad, indicó que sí lo pretendido era la aplicación del Acuerdo 049/90 (lo que se infiere de la tasa de remplazo solicitada) precisó que el actor debió esperar a consolidar el derecho con los requisitos que esa norma exigía, concluyendo en la imposibilidad de mutar la prestación ya reconocida, además de que modificar o combinar diversas normas con las condiciones más favorables de una y otra Ley (edad de la Ley 33 y tasa de reemplazo del Acuerdo 049), quebrantaba el principio de la inescindibilidad de las normas. Respecto a la inclusión de los factores salariales adujo que revisado en su momento El ISS se apoyó en lo dispuesto en el art. 21 de la Ley 100/93, aplicable al caso como quiera que al 1° de abril de 1994 al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, en cuanto al IBC se remitió a lo dispuesto en el Dto. 1158/94, e indicó que por mandato legal el ISS debía liquidar la pensión tomando los IBC sobre los cuales se hizo la cotización, procedió a verificar la liquidación de la prestación y no advirtió deferencia alguna en favor del actor. También dijo al demandante que, si fueron desconocidos factores salariales, no era el ente de seguridad social el encargado de cobrarlos, pues tal ítem debió tratarse directamente con el empleador. De otra parte, indicó que en el asunto no era dable liquidar la pensión con lo devengado con el último año, pues advirtió que la misma está acorde a la Ley aplicable (Art. 21 de la Ley 100/93).

Recurso de apelación

Inconforme con la decisión absolutoria, el demandante precisa que la última resolución emitida por la demandada habla de aportes, por lo que la misma debido determinarse conforme los artículos 21 y 22 de la Ley 100/93, indica que al contar con más de 1250 semanas la tasa de remplazo a aplicar es el 90% y que al tener aportes que no se han realizado al sistema, el ISS debió cobrarlos al empleador. Insiste en que la Ley con la que se reconoció la pensión (Ley 33/85) dispone que para su liquidación se deben tomar los factores salariales del último año y no de los 10 últimos. De otra parte, aduce que el actor hizo cotizaciones por ciclos dobles por lo que debe liquidarse la prestación con los aportes que Colpensiones tiene que cobrar. Al hablar las resoluciones de Colpensiones de aportes, considera que la entidad debe cobrar los que hacen falta y reliquidar la pensión. Reitera que se tengan en cuenta los artículos 21 y 22 de la Ley 100/93 y que la liquidación de la pensión se debió calcular con el último año, advierte que lo devengado por horas extras no se tuvo en cuenta al hacerse las cotizaciones.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Solicitó se confirme la decisión por cuanto la reliquidación pretendida no es viable de ser aplicada, ya que el beneficio pensional fue liquidado conforme al Art. 36 de la Ley 100 de 1993 en virtud de ser cobijado por el régimen de transición, así mismo, indicó que en un proceso previo ya se había discutido las pretensiones del actor, por lo que se configura la cosa juzgada.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se interpreta en conjunto con el escrito de demanda, que el mismo se limita a determinar si el actor tiene derecho a que se reliquide la pensión con el último año de los aportes conforme lo establece la Ley 33 de 1985. También se va a estudiar si el demandante tiene derecho a que se liquide la pensión con aplicación de la Ley 71/88 y el Acuerdo 049/90, además de verificar si obran cotizaciones que el ISS en su oportunidad no tuvo en cuenta para calcular la prestación de GONZALEZ PARRA.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma, tal como se desprende de la documental que reposa en el archivo PDF 322 de la carpeta expediente administrativo del Exp. Digital, en la que solicitó la reliquidación de la pensión reconocida, por lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el Art. 6 del C.P.T. y S.S.

Calidad de pensionado

Conforme la Resolución No 042542 del 19 de octubre de 2006, se advierte que el actor solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación el 24 de mayo de 2006, a la que se accedió en aplicación de la Ley 33/85 por ser el demandante beneficiario

del régimen de transición. En esa oportunidad se tuvo en cuenta el tiempo comprendido entre el 12 de noviembre de 1981 y el 31 de diciembre de 1995 para un total de 5.066 días, además se advirtió que había cotizaciones a otras entidades de previsión del sector público, con lo que se advirtió el cumplimiento de los requisitos legales. Para el cálculo de la pensión el Instituto se remitió a los factores salariales determinados en el Decreto 1158 de 1994, y se indicó que para el caso del demandante se habían tomado los salarios de los 3.650 días anteriores a la última cotización (entre el 11 de noviembre de 1995 y el 30 de marzo de 2006), con lo que se obtuvo un IBL de \$1.214.489, suma a la que se aplicó una tasa de remplazo del 75% para una mesada inicial de \$910.867. Se precisó que para el reconocimiento de la prestación se procedió con el cobro del bono pensional tipo B y que el disfrute de ésta prestación quedaba suspendido hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del sistema general de pensiones, el cual ocurrió el 18 de diciembre de 2006, conforme renuncia presentada por el accionante al cargo de conductor código 5155 de la planta de la Secretaría de Gobierno, según oficio G.G. – 1281-06 proferido por el Hospital el Tunal tal como se advierte de la Resolución 0030935 del 17 de julio de 2007 y en este momento fue ingresado a nómina de pensionados.

De la liquidación de la pensión

En cuanto a la pretensión de reliquidación de la pensión de vejez, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, advierte La Sala que la misma resulta improcedente, como quiera que los parámetros para liquidar esta pensión por ser el demandante beneficiario del régimen de transición, son los regulados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993¹, por lo que solo la edad y el tiempo de servicios se someterá a las reglas de la Ley 33 de 1985, pero la forma de liquidar el IBL es la regulada en el inciso tercero del artículo 36 de la misma Ley², si le faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho o conforme su artículo 21³ si ese lapso era superior. Así se ha reiterado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, cuando adocina que el régimen de transición conservó sólo tres elementos de la normatividad que regía con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los cuales son la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y el monto de la prestación. Al respecto se pueden consultar las sentencias del 17 de octubre de 2008 con radicado No. 33343⁴ cuyo ponente fue el Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza y la de fecha 1º

¹ La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. (Subrayado por la Sala)

² El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

³ **ARTÍCULO 21. INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN.** Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

⁴ “Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba

de marzo de 2011 con radicación No. 40552 con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve⁵.

Así las cosas, como el demandante nació el 06 de abril de 1951, y en el año 2006 solicitó la prestación de jubilación, data para la cual contaba con 55 años de edad, fue que el ISS le reconoció la pensión con la Ley 33/85 en aplicación precisamente del régimen de transición, el que le permitía pensionarse 5 años antes de lo dispuesto en las otras normas aplicables como lo son la Ley 71/88 y el Acuerdo 049/90 (resultando para ese momento la norma más favorable al afiliado) y como para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (01 de abril de 1994) le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, el IBL se debe liquidar teniendo en cuenta los aportes de los últimos 10 años, sin que sea dable revisar un cálculo con toda la vida laboral, ya que según la historia laboral aportada por Colpensiones actualizada al 27 de enero de 2017, se advierte que el actor cuenta con 1.064 semanas, y tampoco es posible liquidarla la pensión con la inclusión exclusiva del último año de servicios como lo solicita erróneamente la parte actora, y que para el efecto aporta la certificación⁶ emitida por la ESE EL TUNAL del 07 de mayo de 2009, ya que si bien la norma establece los periodos a tener en cuenta para determinar el IBL, no regula los factores que lo conforman, ni los que integran la remuneración con la cual se calcula el ingreso base de cotización de los aportes obligatorios al Sistema General de Pensiones, aspecto que dilucida el artículo 18 de la Ley 100 de 1993⁷, que define que el salario mensual base de cotización para los servidores del

sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión.”

⁵ “Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3° de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba más de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 “les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho”, caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1° de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones”

AÑO 2006

CERTIFICADO N° SC. 1.2561 1 1994-05-07-09

DEVENGADO	VALOR
TIEMPO ORDINARIO LABORADO	9.068.569
EXTRAS ORDINARIAS 125 % }	592.230
EXTRAS ORDINARIAS 175 % }	393.066
EXTRAS FESTIVAS 200 % }	1.838.978
EXTRAS FESTIVAS 225 % }	165.824
EXTRAS FESTIVAS 275 % }	38.604
RECARGO NOCTURNO 35 %	631.360
AUXILIO DE ALIMENTACION	570.331
SUBSIDIO DE TRANSPORTE	570.331
VACACIONES EN DINERO	1.221.750
PRIMA DE SERVICIOS	1.687.590
QUINQUENIO	5.979.186
PRIMA DE VACACIONES	1.557.902
PRIMA DE ANTIGUEDAD	725.479
PRIMA DE NAVIDAD EMP.OFICIAL	1.432.956
S.VACAC RETROACT	72.191
TOTAL	26.546.347

⁷ **ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN.** La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.

El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

sector público será el que determine el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992, reglamentado por el Decreto 691 de 1994 en su artículo 6º modificado por el Decreto 1158⁸ del mismo año, norma que se aplica al demandante porque reunió todos los requisitos para obtener su pensión, como en efecto lo hizo la demandada al liquidar la prestación. Por esta razón no es procedente acceder a la reliquidación de la prestación en los términos que lo pretende el demandante, esto es incluir todos los factores salariales devengados en el último año de servicios para calcular el IBL, pues así lo ha lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto se puede consultar la sentencia del 26 de febrero de 2002 con radicado No. 17192⁹ cuyo ponente fue el Dr. Francisco Escobar Henríquez y en la SL 3839-2015 de fecha 25 de marzo de 2015 con radicación No. 45627 con ponencia del Dr. Rigoberto Echeverri Bueno¹⁰.

Determinada ya la procedencia y aplicación del art. 21 de la Ley 100/93, procede La Sala a indicar en lo referente al artículo 22 de la misma obra, el cual señala que el

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público, será el que señale el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4a. de 1992. (subrayado de la Sala)

(...)

- ⁸ a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados

⁹ “El artículo 36, inciso 3, de la Ley 100 de 1993, no define los elementos integrantes de la remuneración del afiliado sujeto al régimen de transición, que conforman el ingreso base para calcular el monto de las cotizaciones obligatorias al Sistema General de Pensiones, ni tampoco los que deben conformar el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, sino que establece los periodos de remuneración que deben tomarse en cuenta para determinar este ingreso.

Por consiguiente, para los referidos efectos resulta indispensable remitirse a lo que dispone el artículo 18 de la ley de seguridad social en cuanto define que el salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y que el salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4ª de 1992. Y no debe perderse de vista lo que precisaron las normas reglamentarias al respecto para trabajadores particulares y para servidores públicos.

Surge entonces de lo expuesto que el juzgador de segundo grado no se equivocó al aplicar en este caso el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1158 de 1994 que señala los factores que determinan el salario mensual de base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos, dado que esta disposición forma parte de dicho régimen y en ella no se hace exclusión de ninguna clase”

¹⁰ “En cuanto al primer reproche, salta a la vista que el Tribunal no cometió ningún error frente el entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues se limitó a acoger el criterio de esta Corporación, vertido en la sentencia CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, el cual ha sido reiterado en múltiples ocasiones posteriores, como en la sentencia CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 44889, de conformidad con el cual no pueden entenderse de manera diferente los conceptos “devengado” y “cotizado”, contenidos en la norma citada, pues lo cierto es que el Sistema General de Seguridad Social Integral se soporta fundamentalmente en las cotizaciones que hagan los obligados, de modo tal que las prestaciones económicas otorgadas deben ser un reflejo directo de los aportes efectuados, por lo que la interpretación más acorde con la estructura y finalidad del sistema es aquella que entiende que la liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, de conformidad con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debe hacerse con base en los ingresos recibidos por el afiliado que, de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, sirvan de base para el cálculo de las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones

(...)

Ahora bien, frente a la segunda inconformidad del recurrente, relativa a la inaplicabilidad del Decreto 1158 de 1994, en lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, la misma sentencia en cita, resaltó:

“De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. Por lo tanto, no encuentra la Corte razones para modificar el que ha sido su criterio, expuesto, entre otras, en la sentencia del 26 de febrero de 2002, radicación 17192...

empleador es el responsable del pago del aporte ante el sistema, que de la historia laboral no se advierte periodos en mora, para endilgar a Colpensiones responsabilidad alguna y proceder con una reliquidación con aportes respecto de los cuales la demandada no ha procedido con su cobro, además la prestación está liquidada conforme los IBC reportados y la historia laboral no evidencia ciclos en mora.

Son suficientes las anteriores razones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Cuatrocientos Mil Pesos (\$400.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

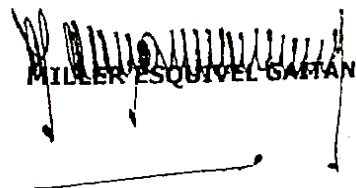
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Cuatrocientos Mil Pesos (\$400.000) como agencias en derecho.

Notifíquese Y Cúmplase


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERBERT IVÁN VERA ESPITIA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS S.A. Y AFP
PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 00085 01. JUZ 23.**

En Bogotá D.C., a los tres (3) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

HERBERT IVÁN VERA ESPITIA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.**; **AFP COLFONDOS S.A.** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 del archivo PDF que reposa en el CD que se encuentra a folio 1 del expediente.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad y los posteriores traslados horizontales entre AFP.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 6 y 7 del archivo PDF que reposa en el CD que se encuentra a folio 1 del expediente. Nació el 1 de diciembre de 1961. Se trasladó a la AFP HORIZONTE en febrero de 1999, AFP que se convirtió en

PORVENIR en el año 2000, en el año 2003 efectuó traslado horizontal a PROTECCIÓN S.A., luego se afilió a COLFONDOS S.A. en el 2005 y retornó a PROTECCIÓN S.A. en el 2006, traslados en los cuales no se le brindó la información suficiente y oportuna de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, así como las condiciones de los fondos privados. Sostuvo que una vez realizada una simulación pensional en ambos regímenes arrojó un resultado muy inferior si se pensionara en el RAIS, a pesar de que ha cotizado a lo largo de su vida laboral 1555 semanas. El 1 de octubre de 2020 radicó ante COLPENSIONES reclamación administrativa a fin de que se declarara la ineficacia del traslado de régimen, solicitud a la que el fondo público respondió de manera negativa mediante comunicación BZ 2020_9864029-23650072.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 3), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 01 a 17 del archivo PDF que se encuentra dentro de la carpeta “CONTESTACIÓN COLPENSIONES” visible en medio magnético que reposa a folio 31 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, la reclamación administrativa y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política), imposibilidad de volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado, 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 y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visible a folios 1 a 12 del archivo PDF que se encuentra dentro de la carpeta "CONTESTACIÓN COLFONDOS" visible en medio magnético que reposa a folio 31 del expediente.

- **No se opuso a las pretensiones, salvo la de condena en costas.**
- En cuanto a los hechos solo aceptó la fecha de nacimiento y edad de VERA ESPITIA.
- Propuso como excepciones de mérito; buena fe, compensación y pago y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible a folios 1 a 19 del archivo PDF que se encuentra dentro de la carpeta "CONTESTACIÓN PROTECCIÓN" visible en medio magnético que reposa a folio 31 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó las afiliaciones del actor a PROTECCIÓN, la fecha de nacimiento y edad de VERA ESPITIA, la simulación pensional realizada por la AFP y la totalidad de las semanas cotizadas.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación sobre el precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** guardó silencio dentro de la oportunidad procesal pertinente, por lo que el A quo tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 31 de agosto de 2021 (Fl. 28 inciso quinto).

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintitrés Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el actor a PORVENIR y los consecuentes traslados horizontales entre AFP, condenó a PORVENIR a que retorne a COLPENSIONES todos los valores recibidos entre el 1 de marzo de 1999 y el 30 de junio de 2003, igual condena proferida a COLFONDOS entre el 1 de mayo de 2005 y el 31 de octubre de 2006, y a PROTECCIÓN todos los valores que reposan en la actualidad en la cuenta de ahorro individual del actor, sin lugar a descontar concepto alguno por gastos de administración y seguro previsional por parte de ninguno de los fondos y declaró que VERA ESPITIA se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Llegó a esta determinación al considerar que la simple suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para afirmar que al actor se le hubiera brindado la información suficiente, clara y oportuna al momento de tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, además, del interrogatorio absuelto por VERA ESPITIA no se extrae confesión alguna a pesar de que conoció algunas características del RAIS pero, de las mismas no se puede establecer ni siquiera que conociera completamente el funcionamiento del fondo privado, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la SL CSJ por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR por ser la AFP que incumplió con el deber de información.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que el fondo público es un tercero ajeno a la relación suscrita entre el actor y las diversas AFP, por lo que, teniendo en cuenta el principio de relatividad jurídica, no debe verse afectado por lo que ellos hayan acordado. Indicó que con la decisión del A quo se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones al recibir a una persona que no ha cotizado al fondo público y que probablemente deba reconocerse un beneficio prestacional, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

PORVENIR: Expuso que el traslado es válido y se cumplió con el deber de información para el momento en que se formalizó el traslado, por lo que no puede

juzgarse el caso a la luz de normas y pronunciamientos jurisprudenciales posteriores ni solicitar que se allegaran pruebas adicionales al formulario suscrito, porque dicha carga no se encontraba establecida al momento del traslado, además, porque debe existir también carga de la prueba del demandante en demostrar que su afirmación de que no le brindaron información es cierta, y no juzgarse solamente con su versión pero sin ninguna evidencia. Indicó que la permanencia por varios años en el RAIS es un acto propio de ratificación y de conocimiento de las características propias del RAIS, así como el hecho de que el demandante hubiera realizado traslados horizontales, por ende, se entiende que el traslado fue para todos los efectos, legítimo. Preciso que no puede ordenarse la devolución de las sumas descontadas por gastos de administración en cuanto esos valores son descontados por autorización legal, además de que la ordenarse dicha devolución se genera un perjuicio patrimonial a la AFP y paralelamente, un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y el actor, porque son valores que no están ligados o destinados a financiar un posible derecho pensional. Pidió que, en caso de mantenerse la orden de devolver los gastos de administración, a los mismos se le aplique la prescripción contenida en el Art. 1081 del C. Comercio y sobre la condena en costas refirió el factor objetivo contenido en el Artículo 365 del C.G.P., por lo cual, considera que la condena debe ser compartida por las vencidas en juicio y no solo por la AFP a modo de indemnización de perjuicios.

PROTECCIÓN: Su inconformidad radica en la orden impartida a esa AFP de devolver las sumas consistentes en gastos de administración y seguro previsional, las cuales, argumenta que están originadas en una disposición legal, son valores ya causados, descontados mes a mes por lo que por esos valores aplica la prescripción y además, son sumas que no fueron creadas para solventar la prestación de vejez del demandante y dichas sumas son la contra prestación a la buena gestión de administración de los aportes del actor durante la vigencia de la afiliación con esa AFP.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto el traslado estuvo precedido de la falta al deber de información, lo que hizo incurrir en error a VERA ESPITIA.

Parte demandada:

PORVENIR: Adujo que el traslado fue valido, se tuvieron en cuenta todas las leyes existentes para la época del traslado, además, que no procede la orden de devolver los gastos de administración por estar originados en una disposición legal.

COLPENSIONES: Guardó silencio.

COLFONDOS: Guardó silencio.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 14 y 15 del archivo que reposa en el CD visible a folio 1 del expediente, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 1 de octubre de 2020 y la respuesta visible a folio 17, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que se encuentra afiliado al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con Horizonte hoy PORVENIR el 6 de enero de 1999, tal como se denota del reporte de SIAFP visible a folio 87 del archivo contestación Colfondos que reposa en medio magnético del folio 31 del plenario, fondo del que se trasladó el 20 de mayo de 2003 a ING hoy PROTECCIÓN, luego, se vinculó a COLFONDOS el 16 de marzo de 2005 y finalmente,

regresó a la AFP SANTANDER antigua ING el 14 de septiembre de 2006 (Fl. 28 Contestación Protección) y fue afiliado de manera automática a PROTECCIÓN una vez SANTANDER dejó de existir el 31 de diciembre de 2012, dicha afiliación actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 06 de enero de 1999, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

³ "Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"

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

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

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

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero la entidad no demostró ni aclaró si le expuso al demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban aproximadamente 21 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que el demandante conociera algunas de las características del RAIS o del RPM, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS ni los traslados horizontales entre fondos tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar PORVENIR, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y** iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Respecto del argumento de PORVENIR donde refiere que se atenta contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima al declarar no probada la

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

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

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

excepción de prescripción, es menester indicar que dicha declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador, por ende, no es viable aplicar el termino trienal del que hablan los artículos citados por el fondo privado en su inconformidad.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses

como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Condena en costas contra la AFP PORVENIR

Respecto de la inconformidad de PORVENIR por la condena en costas impuesta en primera instancia, las cuales considera que no debía imponerse solamente en su contra porque de ese modo equivaldría a una sanción o indemnización por perjuicios, por lo que también debían ser condenadas las otras demandadas que resultaron vencidas en el proceso. Sobre este aspecto, es menester indicar que la recurrente no pretende que se le absuelva de la condena en costas, sino que también se condene a las otras demandadas al pago de costas en el proceso, por lo que advierte la Sala que no le asiste interés a PORVENIR S.A. para solicitar que se imponga esta condena a las otras demandadas, en la medida en que las costas fueron declaradas en favor de la parte actora quien no interpuso recurso alguno para que fueran condenadas las demás demandadas al pago de esta condena, razón por la cual la Sala se abstiene de resolver sobre esta inconformidad. Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el trece (13) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

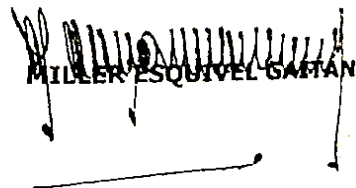
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITAN