

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

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO: 22-2018-188-01
DEMANDANTE: RAUL SÁNCHEZ GONZÁLEZ
DEMANDADO: JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ
CLOPATOSKY Y FREDY SÁNCHEZ CASTILLO

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las del vinculado Freddy Orlando Sánchez, quien solicita se absuelva de las pretensiones de demanda.

P R E T E N S I O N E S

El señor **RAÚL SÁNCHEZ GONZÁLEZ** actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral en contra de **JOSÉ A GUTERREZ CLOPATOSKY**, para que se declaré que entre las partes existió contrato de trabajo. Solicita el pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido, moratoria, aportes costas. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones manifiesta en síntesis que desde mediados de 2015 laboró para el demandado en una finca de la vereda del Pino municipio del Rosal, que el salario era \$1.000.000., que el 12 de septiembre de 2017 sufrió un accidente de trabajo, con incapacidad de 30 días

El demandado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, afirmando que nunca existió contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 23 del C S T. En cuanto a los hechos los negó en su mayoría afirmando que el demandante nunca ha sido empelado y que contrató a **FREDY SÁNCHEZ CASTILLO** para realizar unos

arreglos locativos en la casa del municipio del Rosal, quien no cumplió con lo encomendado dejando la responsabilidad en el demandante, lo que hizo, pero no en los tiempos que indica y siendo su oficio estucar y pintar. Aceptó que el demandante sufrió una caída, e insistió en que el contratista fue el señor Fredy Castillo. Propuso las excepciones de inexistencia de la relación contractual, cobro de lo no debido, temeridad y mala fe, falsedad ideológica en documento público, y genérica.

Mediante providencia de 20 de marzo de 2019 y en virtud de lo establecido en el art 61 del C G P el Juez vinculó a **FREDY SÁNCHEZ CASTILLO**.

Una vez notificado este contestó la demanda quien no se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos afirmó que laboró con el demandado hasta mediados de 2015, pero que como no pagaban suficiente se fue del trabajo quedando solo su tío. Aseguró que es cierto que el demandante sufrió un accidente y que luego de su incapacidad no fue recibido en el trabajo. Propuso las excepciones de pago. (Expediente Digital)

Tramitada la primera instancia, la Juez 22 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia el diecisiete (17) de septiembre de 2021, por la que resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY y el señor RAUL SÁNCHEZ GONZÁLEZ identificado con cedula de ciudadanía número 79.252.642, existieron dos contratos de trabajo, uno del 1° al 15 de febrero de 2016 y un segundo contrato del 31 de mayo al 12 de septiembre de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY a pagar a favor del señor RAUL SÁNCHEZ GONZÁLEZ identificado con cedula de ciudadanía número 79.252.642, los siguientes SUMAS DE LAS CUALES SERÁ SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE EL SEÑOR Fredy Sánchez C, por CESANTÍAS \$ 330.556 INTERESES DE LAS CESANTÍAS \$ 10.223 PRIMAS \$ 330.556 VACACIONES \$ 165.278

TERCERO: CONDENAR a JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY a pagar a favor del señor RAUL SÁNCHEZ GONZÁLEZ, por concepto de indemnización moratoria contemplada en el Art. 65 del C.S.T, la suma diaria \$33.333 a partir del 13 de septiembre de 2017 y hasta el 12 de septiembre de 2019, momento a partir del cual deberá reconocer los intereses moratorios que se causen teniendo en cuenta el interés máximo certificado por la superintendencia bancaria, conforme la parte motiva del presente fallo.

CUARTO: CONDENAR a JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY a pagar a favor del señor RAUL SÁNCHEZ GONZÁLES identificado con cedula de ciudadanía número 79.252.642,, los aportes en Seguridad Social en Pensiones, para lo cual el demandante aportará al Fondo de Pensiones de su preferencia, copia de éste fallo a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo de la sumas debidas, cálculo que deberá hacerse teniendo en cuenta los interregnos laborados, siendo para el 2015 solidariamente solidario el señor Fredy Sanchez Castillo.

QUINTO: CONDENAR A FREDY SANCHEZ CASTILLO a resolver de manera solidaria por las sumas del año 2015 (31 de agosto a 1 de diciembre)

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones invocadas en su contra.....”

Para llegar a esa decisión, en síntesis, el Juez señaló: “Sostiene el actor que tuvo un vínculo laboral con el demandado JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY el cual indica que inició a mediados del año 2015, el cual se mantuvo toda la vigencia del año 2016 de enero a agosto de 2017, tiempo en el cual estucó y pintó finca de propiedad del demandado ubicado en la vereda el Rosal. Así pues, en aras de dilucidar el problema que se pone de presente, se hace obligatorio, remitirse a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se señala que para que se configure la existencia del contrato de trabajo, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: 1) la actividad personal del servicio, 2) la dependencia o continuada subordinación, y 3) la retribución. también, ha señalado la jurisprudencia que una vez demostrada la prestación personal del servicio, al demandado corresponde desvirtuar la **presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2 de junio de 2009, radicación 34759, MP. Dr. Camilo Tarquino Gallego. **Al descender al presente caso, se tiene que resulta acreditada para el Despacho la prestación personal del servicio del demandante al demandado, pues así fue aceptado por este último a la hora de surtir su interrogatorio de parte, en el cual indicó que en efecto el demandante prestó servicios en su finca, en un primer momento de agosto a diciembre de 2015 en virtud del contrato que sostuvo con el señor Fredy Sánchez Gutiérrez, así como que le prestó servicios de manera directa por 15 días en el mes de febrero de 2016 y de mayo a agosto de 2017. Así las cosas, demostrada la prestación personal del servicio, y por ende, aplicada la presunción de que dicha relación se rigió por un contrato de trabajo, le corresponde a la parte demandada desvirtuarla, ya sea mediante la demostración de otro nexo contractual diferente al de trabajo, o acreditando la ausencia de subordinación. Pero se repite, para que pueda presumirse la existencia del contrato de trabajo, resulta apremiante que se acredite la prestación personal del servicio. Precisado lo anterior, se tiene que el tiempo de vinculación correspondiente del mes de agosto a diciembre de 2015, pese a que del dicho del mismo demandado y del señor Fredy Alexander Sánchez, se podría llegar a entender que la vinculación tuvo lugar de manera exclusiva con el señor Fredy Alexander Sánchez, lo cierto es que para la ejecución de lo encomendado se contrató a su vez al demandante, para desempeñar la labor de pintor, todo ello en favor del señor Clopatoski, con base en lo cual resulta claro que puede reputarse la existencia de una relación laboral con el demandado JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY para la vigencia del año 2015, pues si bien se habla de una supuesta contratación por parte del señor Fredy Sánchez, lo cierto es que este último fungió como un simple intermediario, en tanto no se encontraba autorizado para efectuar la tercerización correspondiente y se itera, la labor efectuada tanto por el señor Sánchez como el demandante fue siempre la misma. Por su parte, frente a los años 2016 y 2017, se evidencia que para tales años ya no existía contrato alguno con el señor Fredy Alexander Sánchez, pues su retiro se produjo en el año 2015, de lo que se infiere que la prestación personal se dio de manera directa por parte del demandante a favor del demandado José Antonio Gutierrez Clopatosky, sin que este probara que el vínculo que lo unió con el demandante lo fue bajo un contrato distinto al laboral. Bajo ese panorama, advierte el despacho que entre el demandante RAUL SANCHEZ GONZÁLEZ y el demandado JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY existió una verdadera relación laboral, en el cual conforme lo manifestado por las partes cuenta con los siguientes extremos, así pues, se evidencia una **primera relación**, la cual se enmarca del mes de agosto al mes de diciembre de 2015, en ese sentido, cumple indicar que en aras de fijar un interregno cierto se debe entender por parte del despacho que trabajó siquiera un día del mes de agosto y siquiera un día del mes de diciembre, por tanto como **extremo inicial** de esa primera relación laboral se tendrá el **31 de agosto de 2015** y como **extremo final** fecha final el **1° de diciembre de 2015**.****

Asimismo, se evidencia la existencia de un **segundo contrato** que tuvo lugar del **1° al 15 de febrero del año 2016** y por último, un **tercer contrato** que del dicho del demandado indica que inició en mayo y perduro hasta el mes de agosto de 2015, sin

señalarse fechas exactas, por tanto, se entiende que el demandante laboró siquiera un día del mes de mayo de 2017, por tanto, como **extremo inicial** será el **31 de mayo de 2017**, y frente al extremo final, si bien el demandado indicó que se prestó hasta el mes de agosto de 2017, lo cierto es que también encontró el demandado que el demandante tuvo un accidente en su finca el 12 de septiembre de 2017, en ejercicio de sus labores, por tanto de ello se extrae que aún para esa momento se efectuaba la prestación personal del servicio, por lo que se tendrá como fecha final, **12 de septiembre de 2017** como extremo final del segundo contrato. Si bien se pedía una sola relación se tienen estos tres contratos de acuerdo con lo contestado por el demandado. Ahora en el presente asunto, no fue objeto de debate el salario devengado por el demandante en vigencia de la relación laboral, pues la misma demandada tuvo por cierto que el demandante percibía como retribución por su labor la suma de **\$1.000.000**, el cual se pagaba de manera quincenal en cuantía de \$500.000. Realizó las operaciones e impuso las condenas. En cuanto a los aportes a pensiones, una vez declarada la existencia de la relación laboral y no habiéndose demostrado el pago efectivo de éstos; siendo ésta una obligación del empleador según las disposiciones contenidas en los artículos 15, 17, de la Ley 100 de 1993, se condenará a JOSÉ ANTONIO GUTIERREZ CLOPATOSKY al pago de tales aportes en Seguridad Social en Pensiones, para lo cual el demandante aportará al Fondo de Pensiones su preferencia, copia de éste fallo a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo de la sumas debidas con los correspondientes intereses y/o actualización, cálculo que deberá hacerse teniendo en cuenta los extremos de las relaciones laborales que existieron entre las partes, esto es, del 31 de agosto al 1° de diciembre de 2015, del 1° al 15 de febrero de 2016 y del 31 de mayo al 12 de septiembre de 2017, sobre el salario devengado correspondiente a \$1.000.000. En cuanto a gastos médicos luego de referirse a las normas absolvió por cuanto dijo no hay constancia del pago. En cuanto a la indemnización por despido aseguró que, en el presente asunto, no logró la parte demandante acreditar el despido, pues su dicho se quedó en el simple plano de las afirmaciones, no cumplió con la carga de la prueba que le correspondía a la luz del art. 167 de CGP y en consecuencia absolvió de esa pretensión. En cuanto a la sanción moratoria dijo que, en el presente, caso se advierte si bien se logró establecer que existió un contrato entre las partes y que en consecuencia se generaron unos rubros a favor del demandante, lo cierto es que no se allega documental que permita evidenciar que el demandado efectuó el pago de dichas sumas o que realizó liquidación correspondiente al final de la relación laboral, por lo que no puede hablarse que actuó de buena fe el mismo. En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la suma diaria de \$33.333 (teniendo en cuenta el último salario devengado de (\$ 1.000.000) a partir del día siguiente de la terminación de la relación laboral, es decir a partir del 13 de septiembre de 2017 y hasta que se el 12 de septiembre de 2019, momento a partir del cual se deberá efectuar el pago de los intereses moratorios a la tasa máxima expedida por la Superintendencia Bancaria. En cuanto a la solidaridad se refirió a las normas al respecto y dijo que resultaba claro para el Despacho, que el señor FREDY ORLANDO SÁNCHEZ fungió como un simple intermediario, comoquiera que se contrató la labor en beneficio y por cuenta exclusiva de JOSÉ ANTONIO CLOPATOSKY quien fungió en virtud del principio de la realidad sobre las formas como el verdadero empleador del demandante, máxime cuando fue este quien proporcionó las herramientas, efectuó pagos y dio las ordenes correspondientes. En tales condiciones, se condenará al señor FREDY ORLANDO SÁNCHEZ a responder de manera solidaria por las condenas del año 2015.

El demandado JOSÉ A GUTIERREZ CLOPATOSKY: "... señaló que la sentencia no es congruente ni concordante con la prueba, no es cierto que se encuentren probados los elementos de contrato, ni del salario ni el horario, ni de subordinación. No es cierto que hayan existido tres contratos, el demandado asegura que lo que se dio fue un contrato de prestación de servicios para labores de pintura y estucada en un inmueble con el contratista Fredy Sánchez quien llevó a su tío hoy demandante, lo que sucedió fue un contrato para estuco y pintura que se suspendió por la irresponsabilidad del contratista tres veces entre 2015 y 2017 eso se acredita con interrogatorios y testigos, el señor Fredy dejó al demandante en la obra y el demandando solo daba dineros que

el contratante autorizaba nunca un millón de pesos. No es cierto que el señor Fredy Sánchez haya sido intermediario era un contratista independiente. El demandante era empleado del contratista, Pasa por alto que el servicio era una actividad transitoria de estucado y pintura de un inmueble y se sale de toda lógica e interpretación de sana crítica pensar que para esta actividad se celebre un contrato de trabajo, no se determinó que tipo de contrato si fijo o indefinido. En el hipotético caso de la sanción moratoria como se determinó el señor Fredy Sánchez también debe serlo de los demás años.

El demandado FREDY SANCHEZ CASTILLO: *“interpone recurso refiriéndose al artículo 35 del CST, y diciendo que el señor Fredy si declaró que era un simple intermediario por lo que no debe responder solidariamente. Agrega que el contrato fue verbal y por lo tanto su representado esta al día por toda obligación con el señor Raúl.*

CONSIDERACIONES

En virtud de lo establecido en el art 66 A del C ST la Sala resolverá los recursos, precisando que la sustentación del recurso solo es posible en la audiencia en que se profiere la sentencia, luego los puntos planteados serán los resueltos empezando por razones de método por el recurso del demandado JOSÉ A GUTIERREZ CLOPATSKY.

i) Del contrato de trabajo

Aduce el recurrente que no es cierto que se hubiese demostrado un contrato de trabajo y que lo que existió fue un contrato para una labor ocasional de pintura y estuco con el señor Fredy Sánchez, quien fue quien llevó a su tío hoy demandante.

Lo primero que observa la Sala es que la sentencia atacada, hizo una escasa valoración probatoria y tan solo se expresó en ella que la prestación del servicio quedó establecida con el interrogatorio de parte del demandado, por lo cual la Sala lo revisó en su totalidad a fin de establecer que fue lo confesado en esa diligencia.

En primer lugar y ante la pregunta del apoderado el demandado afirma que conoció primero a Fredy Sánchez porque la persona que le suministraba arcilla lo relacionó con él, él era pintor del señor Baena esto es el que suministraba arcilla. Agregó que a Raúl lo llevó el señor Fredy que era empleado de él que era el tío de él. Dijo que contrató a Fredy para una pintura de una construcción de una bodega y oficinas en el rosal. Dijo que era fue un contrato verbal, que fue sobre agosto de 2015 y que el entregó un anticipo. En cuanto al vinculo con el demandante dijo que como el señor Sánchez abandonó el trabajo en mayo de 2017 iba por ratos y pedía abonos y por orden de él, esto es del señor Sánchez se la daba al tío de él. Dijo que el trabajo que hizo el demandante lo hizo por ordenes del señor Fredy aseguró que el nunca contrató al señor Raúl, afirmó que nunca le prestó un servicio y dijo que realizó labores hasta

mediados de septiembre de 2017 que el señor Fredy fue a pedirle ayuda por un accidente del tío y fue cuando le regaló \$1.000.000 y fue solo ese día que volvió a ver al señor Fredy. Dijo que trabajo en 2015 en 2016 15 día y en 2017 en mayo inició nuevamente, por intermediación del señor Baena y dado el anticipo, dejó al tío y autorizaba a que le diera abonos al tío, pero era el señor Fredy quien le pagaba al señor Raúl y lo que le daba al señor Raúl era a petición del señor Fredy dado el contrato que tenía con él. Dijo que la labor era de estuco y pintura y que los elementos los compraba él, la pintura, pero herramientas era de ellos, porque solo daba pintura brochas y rodillos

No entiende entonces la sala la afirmación que se hace en la providencia, porque lejos estuvo el demandado: de aceptar la prestación del servicio del demandante en su favor, por el contrario, siempre negó que lo hubiese contratado, ni siquiera con un contrato diferente al del trabajo, pues siempre sostuvo que la contratación para la “estuco y pintura” de unas bodegas y oficinas fue con el señor Fredy Sánchez, quien llevó a trabajar a su tío hoy demandante en este proceso.

De manera que la providencia parte de una premisa equivocada y es que se acreditó por confesión la prestación del servicio, primer elemento del contrato de trabajo consagrada en el artículo 23, lo cual da paso a la presunción del contrato de trabajo que, en este caso, desde ya advierte la Sala no existió.

Y es que en verdad en este proceso el eje central de la litis en la primera instancia fue la determinación de existencia o inexistencia de un **contrato de trabajo**, pretensión de la demanda, que se apoyó en hechos muy precariamente descritos, dicho sea de paso; mientras que la demandada lo niega asegurando que el contrato fue de prestación de servicios.

Conviene recordar antes de referirnos a las demás pruebas que si bien es cierto acreditada la prestación de servicios, se abre la ventaja probatoria consagrada en el art 24 del C S T, que es eso justamente de lo que se trata la presunción; también lo es que la prestación de servicios que debe acreditarse no es cualquier prestación de servicios, sino la propia del contrato de trabajo, pues para que una presunción opere debe demostrarse por quien tiene a su cargo esa prueba el hecho indicador, que da lugar a la misma. **“Para la Sala, ni aun el primer elemento fue demostrado.**

Y es aquí donde resulta oportuno reiterar, que aunque el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 24 establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 167 del C G del P, aplicable en materia laboral, las presunciones establecidas

por la ley “serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”.

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la “relación de trabajo personal” de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de un servicio personal materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”.

En ese orden la Sala también revisó el interrogatorio de parte del demandante y sus afirmaciones corroboran lo expresado, pues fue claro el actor en señalar que estuvo “estucando”, y que ese contrato se realizó “por un tiempo”; con Fredy Sánchez como desde el 2015 y señaló que fue a trabajar con su sobrino y aunque aseguró que solo fueron tres meses y luego se quedó solo, aceptó que fue su sobrino quien lo llevó y aunque dijo haber sido contratado luego directamente por el demandado, esta afirmación debió acompañarla de otras pruebas, lo que definitivamente no sucedió, por el contrario en el interrogatorio lució contradictorio señaló que se quedó rematando el trabajo de Fredy Sánchez, luego dijo que no hizo contrato, luego que fue al día, que trabajo como dos años y medio, luego que 15 días, luego que todo el año y aunque en la diligencia la Juez advirtió las contradicciones, en la providencia, declaró tres contratos que ni aún el demandante recordaba haber realizado; sin que se itera tal declaración se apoyara en análisis de prueba alguna.

Ahora el testigo John E. Sánchez, sobrino del demandante nada aporta al esclarecimiento de los hechos, en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo, por el contrario, se refiere a las labores que denominó oficial de pintura y dijo que sabía de ello porque fue a visitarlos a donde trabajaban “ellos”, es decir con el señor Fredy Sánchez que es su primo. Se refiere al año 2014 y dice que los dos Raúl y Fredy hicieron labores de pintura y que pararon y volvieron al año, luego dice que no recuerda fechas, después que fue terminado 2015 o empezando 2016; luego tampoco de esa declaración podría inferirse una prestación de servicios.

Por tanto se itera en este caso, no se acreditó el primer elemento del contrato no se acreditó prestación de servicios, no se presumió el contrato, menos aún se acreditaron

extremos, como equivocadamente concluyó la Juez, sin se itera, ningún apoyo probatorio.

Finalmente, y aunque ello es suficiente para REVOCAR la sentencia la Sala escuchó la declaración del señor Alexander Baena testigo que tampoco fue analizado por la Juez; por el contrario, señaló como afirmó el demandado también, que fue el quien recomendó a Fredy Sánchez para la obra de pintura, conoció al demandante como familiar de la persona que presentó al demandado; lo que unido a lo afirmado por el señor Fredy Sánchez sobre esta modalidad de realización de la obra; que aunque intenta referirse a otro tipo de contrato, no recuerda fechas, no recuerda las etapas como las denomina; solo indican un contrato civil de obra, incluso admitiendo que tuvo vínculo de trabajo con el tío en esas condiciones. Vale recordar que, de antaño, ha sido claro que “El elemento <servicio personal>, decisivo en el contrato de trabajo, puede presentarse igualmente en el de obra. El elemento preferencial, predominante, entre el contrato de trabajo y el de obra, es la relación de dependencia o subordinación de quien presta el servicio ejecuta la obra, que se advierte en primero de estos contratos, “La autonomía técnica y directiva de que disfruta naturalmente el locador de obra no puede entenderse como un distanciamiento del dueño de la misma, que haga perder a este su natural derecho a ejercer un cierto control sobre su ejecución, sea directamente o por intermedio de otro. Y si así ocurre el locador de la obra no deja de serlo para convertirse en asalariado...” “En el contrato de obra, el locador se obliga a un resultado concreto y previsto; en el contrato de trabajo, el asalariado solo contrae la obligación de poner su fuerza de trabajo a disposición del otro contratante” (Sen 16 de marzo 1956 “D del T”)

En definitiva, en ejercicio de las reglas y principios que informan la carga de la prueba, **analizada por la Sala**, se impone concluir que el demandante no logró demostrar la prestación personal del servicio en favor del demandado, en las condiciones propias y naturales a la existencia de una relación de carácter laboral. Dicha demostración, como se ha sostenido en reiteradas ocasiones, no puede circunscribirse a la afirmación de la existencia de servicios prestados, sino que, estos deben ser personales y propios del contrato de trabajo para que así pueda darle paso a la operancia de la presunción de existencia de la relación laboral que reclama el recurrente y que en este caso no sucedió. Así como se ha afirmado que la subordinación debe ser desvirtuada por el empleador, para lo que no basta la mera presentación de un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil o comercial, al presunto trabajador le corresponde probar suficientemente la prestación personal del servicio, para lo que tampoco basta con la mera afirmación en tal sentido.

Finalmente, y al revocarse la condena al demandado casi innecesario resulta referirse a quien de manera también equivocada fue condenado en forma solidaria; señor

FREDY SÁNCHEZ CASTILLO; sin que sobre precisar; que de esta persona nunca, se itera, nunca se reclamó tal solidaridad; siendo ello necesario para la declaración al respecto; pues no puede el Juez ni siquiera en virtud de facultades extra y ultrapetita hacerlo, ya que dicha facultad solo lo es para salarios, prestaciones e indemnizaciones no pedidas. Conviene recordar que la vinculación a este proceso del señor SÁNCHEZ CASTILLO, fue ordenada por el Juez en virtud de lo establecido en el artículo 61 del C G P, esto es como un litisconsorte necesario, luego la solidaridad analizada era absolutamente improcedente, referencia se itera a título de precisión.

Por lo expuesto se **REVOCARÁ** la sentencia apelada, y en consecuencia se **ABSOLVERÁ** al demandado y al vinculado como litisconsorte necesario de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en la alzada, las de primera a cargo de la parte demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en consecuencia **ABSOLVER** al demandado **JOSÉ A GONZÁLEZ CLOPATOSKY** y al vinculado como litisconsorte necesario **FREDY SÁNCHEZ CASTILLO** de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO; Sin Costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte actora.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

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

PROCESO ORDINARIO No. 22-2019-662-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: VÍCTOR JULIO DE MOYA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintidós Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades demandadas Porvenir y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor VÍCTOR JULIO DE MOYA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

del traslado que realizara a Protección S.A., el 2 de febrero de 1997, por la omisión de este fondo de brindarle una información de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las implicaciones que tendría el cambio de régimen pensional, solicita se declare igualmente nulo el traslado que efectuara a Porvenir S.A., el 14 de julio de 1998, por la misma omisión en el deber de información alegada; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales junto con rendimientos, ordenando a Colpensiones recibirlo como afiliado y contabilizar las semanas por él cotizadas en el RAIS, solicita por último se condene a Porvenir al pago de perjuicios morales ocasionados por la omisión en el deber de información.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de diciembre de 1961, contando con 58 años de edad, que para el 1 de abril de 1994 contaba con 33 años de edad, que estuvo afiliado al ISS hasta el 20 de diciembre de 1996 y estando allí afiliado sin que mediara consentimiento informado fue trasladado a Protección el 2 de febrero de 1997, de igual manera el 14 de julio de 1998 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., fondo al que se encuentra actualmente afiliado, indica que al momento de su traslado, no fue asesorado de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente respecto de las diferencias entre uno u otro régimen, ni las prestaciones a que tendría derecho en el RAIS; lo propio ocurrió cuando se trasladó a Porvenir S.A., que no se analizó su situación particular para determinar cuál era el régimen que más le convendría, ni se le señaló el capital que debía tener en su CAI para tener derecho a una pensión de vejez.

Que ninguna de las AFP en mención le indicó cómo se destinaban sus aportes en el RAIS, ni las variables a tener en cuenta para adquirir derecho pensional en ese régimen, que el 19 de junio de 2019 solicitó a Colpensiones tenerlo como afiliado a dicha administradora, solicitud que fue negada y de igual



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

manera, ante Protección y Porvenir, solicitó traslado al RPM, que la primera de las AFP no respondió a su solicitud y Porvenir S.A., negó la misma.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 1 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada.

Por su parte, Porvenir S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, los negó todos. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

PROTECCION S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1, 23 y 26. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del SGP, 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS el 20 de diciembre de 1996, incluidos los traslados realizados dentro de dicho régimen; como consecuencia, ordenó a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, gastos que igualmente ordenó retornar a Protección; ordenó a Colpensiones recibir los mismos y ajustar la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

historia laboral del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir y Protección S.A.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando textualmente:

Sobre la ineficacia del traslado al RAIS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083 del 3 de septiembre de 2014, radicado 46292 del 18 de octubre de 2017, SL17595 y la más reciente SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852, manifestó que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en los siguientes términos: desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir un juicio claro y objetivo de las mejores reglas del mercado. En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte; de allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y formadas en la ética del servicio público. Con estos argumentos la sala ha defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, 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, premisa que implica dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Según se pudo advertir del anterior recuento las AFP desde su creación tenían el deber de brindar a los afiliados o usuarios del sistema a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesario al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría.

Lo anterior es relevante pues implica la necesidad por parte de los jueces de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Así mismo, en cuanto al simple consentimiento vertido en un formulario de afiliación, dicha corporación en proveído en comento expresó: "Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado; la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones preimpresas consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, los cuales no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado"; de esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes de hacer un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Ahora, en lo referente a la carga de la prueba, expone la corte que la misma se invierte a favor del afiliado a saber. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quien le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando ello se



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, en consecuencia, si se arguye que la afiliación la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligación de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En este sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta, entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en la posición de hacerlo.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se observa que el demandante se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Protección el 20 de diciembre de 1996, de Protección a Porvenir el 1 de abril de 1998, fondo al que se encuentra afiliado actualmente, en esa perspectiva, le correspondía a Protección demostrar qué tipo de información le dio al demandante al momento de su traslado, si la afiliación de este fue veraz, además de comprender las consecuencias tanto negativas como positivas de su decisión y como ello no sucedió, de ahí que el traslado se haya tornado ineficaz. Nótese que dentro del presente asunto, no se logra probar que Protección s.a., le haya brindado al actor la información necesaria que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego conforme los preceptos jurisprudenciales, ni mucho menos que se le hubiera puesto de presente las características de cada régimen pensional para que este decidiera cuál era el que más le convenía a su situación pensional.

En cuanto a Porvenir indicó que si bien la Corte Suprema de Justicia había señalado que la ineficacia recaía sobre el acto de traslado inicial, también señaló que todas las administradoras debían retornar al RPM lo descontado por concepto de gastos de administración, siendo que Colpensiones se encontraba obligada a recibir los recursos objeto de traslado y actualizar la historia laboral del demandante, reactivando su afiliación.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por las demandadas ha de advertirse que la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación, persigue de esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo determinado afecta gravemente los derechos fundamentales del afiliado, de ahí que el derecho de este a elevar tal solicitud no prescribió.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Protección**, indicó que no se encontraba de acuerdo con la condena referente al traslado de los gastos de administración, ya que estos son comisiones que se causan durante la administración de la CAI del demandante y los que se realizaron conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de esa AFP, aunado a lo cual, había procedido a trasladar todos los dineros de la CAI del actor junto con los rendimientos financieros generados desde el año 1998 y con dicha condena de traslado de gastos, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que dicha entidad estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró y adicionalmente y ese traslado se había realizado a la AFP Porvenir, que tenía derecho a conservar esa comisión por ser el fruto de la gestión de Protección como restitución mutua, no habiendo una norma que obligue a trasladar dicha comisión.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Señaló que si una de las consecuencias de la ineficacia era que las cosas regresaran al estado anterior, ello se traduciría en que Protección nunca administró los recursos de la CAI del actor y no existió un cobro de comisión de administración ni rendimientos que ya fueron trasladados, que debía tenerse en cuenta que el artículo 1746 del código civil habla de restituciones mutuas intereses y con base en esto debe entenderse que aunque se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que hubo una administración que generó frutos y unas mejoras producto de la buena gestión de esa AFP, la CAI del demandante obtuvo unos rendimientos y por ello la entidad tiene derecho a conservarlos, ya que se hizo rentar el patrimonio del demandante.

Indicó que dentro de ese 3% se encuentra la deducción que se realiza del seguro previsional, recursos que fueron girados a una aseguradora para que en caso de que en el tiempo que el demandante estuvo afiliado con Protección y ocurriera un siniestro dicha compañía financiara las pensiones de haber lugar a ello, siendo la aseguradora un tercero de buena fe que nada tenía que ver con el acto que suscribió la parte demandante con la AFP, aunado a ello, frente a dichos recursos operaba el fenómeno de la prescripción, ya que se descuentan de manera periódica y no financian directamente la prestación económica por vejez.

Por su parte, **Porvenir**, recurrió señalando que con la decisión se afectaba el principio de seguridad jurídica ya que no era dable al estado cambiar en forma súbita las reglas que regulan las relaciones entre particulares así como entre particulares y el Estado y en este caso, se habían exigido requisitos adicionales para comprobar que en realidad se dio la información que era debida, requisitos adicionales al formulario de afiliación para comprobar la información debida, pese a que el artículo 11 del decreto 692 del 94 señalaba que esa era la prueba válida para ello; en tal sentido con la decisión adoptada se deja sujeta al dicho del actor el hecho relativo a la entrega de esta información y nótese como en los alegatos ni con los alegatos de conclusión rendidos por Protección, era evidente conforme al interrogatorio de parte vertido por el actor que se presentan



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

conflictos frente a la información que reposaba en el formulario de afiliación mediante el cual se trasladó el actor de régimen pensional, lo cual refuerza este argumento y es el hecho de que se deja en desigualdad a la AFP, y al demandante en un mínimo esfuerzo probatorio frente al hecho de que no se les brindó información, no valorándose de manera adecuada del interrogatorio.

Indicó que la decisión de primer grado, no se había referido a los actos de relacionamiento que tuvieron lugar para el caso del demandante, los que dan cuenta de su deseo de continuar en el RAIS, que en ningún momento estuvo engañado y el único deseo con este proceso es burlar la restricción legal señalada en la Ley 100 del 93, más no que haya existido una falta de información. Indicó que de mantenerse la declaratoria de ineficacia debía ser absuelta del traslado de gastos de administración en tanto el descuento de los mismos obedecía a disposición legal establecida en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y la finalidad de estos dineros no era la de financiar la pensión, sino de retribuir los servicios prestados por esa AFP con la administración de la CAI del demandante, aunado a ello, el traslado de dineros producto de la ineficacia, se encontraba regulado en el artículo 7 del decreto 3935 de 2008, que en ningún momento señala que los gastos de administración son de aquellos dineros que deben ser trasladados, debiendo en el caso de confirmar su traslado, aplicárseles la prescripción de que trata el artículo 1081 del código de comercio, no siendo procedente condenarla en costas ya que nada tuvo que ver con el traslado primigenio realizado por el actor al RAIS y siempre había actuado de buena fe.

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que la sentencia que no se cumplieran con los presupuestos establecidos en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que el traslado del actor al RAIS, tenía plena validez por lo que la afirmación del demandante de falta de información al momento de suscribir la afiliación con la AFP Protección, conforme los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el fondo privado suplía sus obligaciones respecto al deber de información al momento de la suscripción del formulario de afiliación, ya que se encontraba pre impreso que la misma



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

se realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones, además el demandante había mencionado que no leyó el mismo, limitándose a firmarlo, nunca dejó de cotizar al fondo privado y se trasladó a Porvenir, no observándose que durante todo el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, 24 años, hubiese solicitado información adicional sobre su traslado régimen pensional, sobre las ventajas o desventajas que traería pertenecer al fondo privado o al RPM, siendo también su deber acercarse a los fondos e informarse sobre cómo funciona cada uno de los regímenes pensionales, frente a lo cual manifestó que solicitó la información, simplemente se limitó a quedarse con lo que el fondo privado le dijo, sin solicitar información adicional de cómo funcionaba el RPM.

Indicó que quien debía soportar la carga pensional era Colpensiones y si bien se ordenaba el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta individual del demandante las cuotas de administración y rendimientos, dicha suma no alcanzaba a cubrir el monto total de la pensión de vejez del actor, quebrantándose así el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por el señor VÍCTOR JULIO DE MOYA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Colmena hoy Protección S.A., mediante formulario suscrito inicialmente con dicha AFP el 20 de febrero de 1996, como se verifica de copia del formulario de afiliación, allegada por esa; quedando probado igualmente el traslado que efectuara el actor dentro del RAIS a Porvenir S.A., el 14 de julio de 1998.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal consecuencia por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso, ninguna de ellas da cuenta que al señor Víctor de Moya, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., entonces Colmena Pensiones y Cesantías a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose reputar válido dicho traslado como lo señala Colpensiones en su recurso, cuando el actor no conocía las incidencias del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la hoy Protección S.A., probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este.

De otra parte y como lo indica la recurrente Colpensiones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, no evidenciándose contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir S.A., falta de valoración del interrogatorio de parte rendido por el demandante, ya que este indicó no haber recibido la información en los términos antes señalados y no se probó lo contrario.

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude Porvenir como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS, éstos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021 señalando además que con los traslados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones esbozado en recurso y alegaciones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que aún no es posible determinar que dichos recursos no sean suficientes para financiar la pensión del demandante.

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en los recursos planteados por parte de Porvenir y Protección S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, **no se ven afectados por el fenómeno prescriptivo** aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Conforme lo anterior y si bien Protección S.A., señala que realizó el traslado de todos los dineros depositados en la CAI del actor, no demostró tal afirmación en el trámite procesal, debiendo entonces retornar lo descontado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

por gastos de administración durante la afiliación del actor a esa AFP, con destino a Colpensiones.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, de tal manera, el traslado ante dicho, no se puede considerar libre y voluntario como lo manifiesta Colpensiones en sus alegaciones; circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de dicha afiliación; indicando por último que como quiera que Porvenir S.A. fue vencida en juicio, no hay lugar a modificar la condena en costas impuesta a su cargo.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 22201900662-01 Dte: VÍCTOR JULIO DE MOYA Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

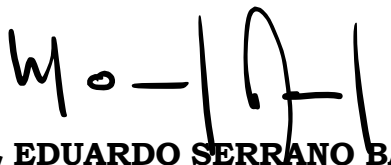
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2012-227-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: URIEL VIRGUEZ BELTRAN

**DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL
UGPP**

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada UGPP, contra el auto proferido por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el día nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022), por medio del cual se resolvió declarar no probada la excepción de falta de requisitos formales por falta de integración del litisconsorcio necesario. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y demandada UGPP.

HECHOS

El señor **URIEL VIRGUES BELTRAN**, demandó a la **UGPP**, para que se le condene al reconocimiento de pensión de jubilación convencional bajo los parámetros del art 98 de la convención suscita entre el ISS y Sintraseguridad Social, con una tasa de remplazo del 100%, pago de intereses, indexación costas, extra y ultra petita.

Al contestar la demanda la demandad propuso la excepción, asegurando que en una eventual condena se afectan los intereses de COLPENSIONES, puesto que esa

entidad reconoció pensión de vejez al demandante y la UGPP solo es pagadora del mayor valor que actualmente se reconoce a demandante.

El Juez de instancia declaró no probada la excepción señalando en síntesis que de acuerdo con el art 61 del C G P, - el cual citó-; es posible definir las pretensiones de la demanda, claramente sin la presencia de COLPENSIONES, pues es solo UGPP la encargada de un posible reconocimiento de pensión convencional y en todo caso si se advierte que son compatibles o compartibles, así lo declarará y se ordenará solo el pago de mayor valor si llega a ser procedente y así se dispondrá.

Inconforme con esta decisión el apoderado del demandado interpuso recurso de apelación señalando que debe tenerse en cuenta es que se solicita reliquidación de las pensiones reconocidas por ambas entidades y por tanto es aplicable la compartibilidad y por ello es procedente y por eso debe vincularse a COLPENSIONES pues una eventual condena puede efectuarla y además si hay condena podría haber fraude, si en la sentencia no se habla de compartibilidad.

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que la recurrente se limita en su mayoría a repetir el fundamento que de la excepción hizo en la contestación de la demanda, sin que casi ninguno de sus argumentos cuestione la decisión del Juez, que es lo que da lugar al estudio del recurso de apelación, que si bien no exige formulas sacramentales, si exige que se determinen los puntos objeto de inconformidad con la providencia.

En su mayoría los argumentos del Juez fueron ignorados, incluso cuando se indicó que en caso de existir compartibilidad así se declararía, insistiendo la apoderada en que si en la sentencia no se estipula esta circunstancia habría fraude, se itera olvidando que el tema fue de expreso pronunciamiento en la providencia.

Lo único que debe resolver la Sala entonces es lo relativo a que la figura es necesaria; dado que lo que se solicita; -asegura la recurrente-; es la reliquidación de las dos pensiones reconocidas por el actor, esto es la de COLPENSIONES y la de la UGPP, lo cual además de no ser cierto; es la principal razón para confirmar la decisión adoptada, pues de ella se infiere que existen dos obligaciones independientes y que la reclamada frente a la UGPP, bien puede ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, sin comparecencia de quien tiene a su cargo otra obligación.

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

En el sub-lite se observa claramente también como expresó el juez que las pretensiones y contrario a lo indicado por la demandada en sus alegaciones, sólo son con relación a la UGPP, pues se trata del reconocimiento de la pensión convencional en los términos del art 98 de la convención suscrita entre Sintraseguridad y el ISS, la que se encuentra a cargo exclusivamente de la UGPP por lo que evidentemente pueden ser resueltas sin la comparecencia de la COLPENSIONES como pretende la recurrente y todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP, y se limitan a hacer una serie de suposiciones como que podría pasar si no se habla de compartibilidad:- lo que el Juez, se itera, desde ya le aclaró no sucederá;- supuestos que se alejan de lo que establece la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme, es decir claro resulta que nada podría decidir la Juez bajo suposiciones como las que hace la apoderada. Siendo ello así y, en conclusión; para la definición de las pretensiones del proceso **no es necesaria la intervención de COLPENSIONES, pues sin ellas se puede producir una sentencia de fondo.**

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

que el no llamar a la entidad que se señala como necesaria impida una decisión de fondo.

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

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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

RESUELVE

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

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

De acuerdo con lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP, inclúyase en la liquidación de **COSTAS**, una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.



MARLENY RUEDA OLARTE

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

PROCESO ORDINARIO No. 24-2015-244-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLARA MONTES

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 27 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante y entidad demandada.

ANTECEDENTES

La señora CLARA MONTES, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que en su calidad de

compañera permanente del señor Faustino Uribe, tiene derecho a que se reconozca a su favor pensión de sobreviviente prevista en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, junto con retroactivo; como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene a la demandada a pagar dicha prestación en un 100%, junto con pago de retroactivo, intereses moratorios e indexación de las sumas reconocidas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor Faustino Uribe nació el 19 de agosto de 1937, que vivió con él en unión marital de hecho, convivencia que tuvo lugar en dos lapsos temporales, el primero entre el año 1973 hasta el año 1977 y el segundo entre mayo de 2008 y hasta el 13 de febrero de 2014, convivencia que fue de forma permanente, ininterrumpida compartiendo techo, lecho y mesa y de dicha unión procrearon un hijo de nombre Freddy Uribe Montes, quien es mayor de edad, que el señor Faustino tenía 2 hijas antes de iniciar la convivencia con ella, quienes son mayores de edad.

Que el ISS mediante resolución 19141 de 1997, reconoció pensión de vejez a favor del señor Faustino Uribe quien falleció el 13 de febrero de 2014; por lo que solicitó en el año 2014 reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente a su favor y de igual forma lo hizo la señora María Deyanira Amórtegui, alegando tener la calidad de compañera permanente del señor Faustino.

Refiere que la demandada en resolución GNR 303393 negó pensión de sobreviviente a su favor alegando controversia entre beneficiarias, quedando así agotada la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada Colpensiones contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestó no constarle ninguno de los hechos, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Durante el trámite procesal, se vinculó como litisconsorte necesario a la señora Deyanira Amórtegui, respecto de quien se acumuló el proceso ordinario

adelantado por esta en la ciudad de Cali para el reconocimiento y pago de la prestación reclamada por la señora Clara Montes.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió declarar probada la excepción propuesta por la entidad demandada denominada inexistencia de la obligación y ABSOLVIÓ a esta de las pretensiones incoadas en su contra, no condenó en costas.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

A efectos de resolver el problema jurídico conviene recordar que lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en diversas sentencias, entre ellas la SL 16322 y 69788 del 2021 en las que indicó que la pensión de sobrevivientes era una prestación autónoma con estructura propia cuya causa reside en la muerte de un afiliado o de un pensionado y ampara los riesgos de orfandad y viudedad y en consecuencia sus titulares son la cónyuge o compañera permanente o los causahabientes siempre que cumplan los requisitos establecidos en la ley además por regla general se ha indicado que la pensión de sobrevivientes se rige con la normatividad vigente para la fecha de la muerte del causante en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral; en este asunto no se encuentra en controversia que el señor Faustino Uribe a quien Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a través del acto administrativo 19142 de 1997, falleció el 13 de febrero del 2014, por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, para lo cual, la cónyuge o compañera permanente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su deceso, en ese orden de ideas debe tenerse en cuenta que la compañera o quien alega la actual compañera permanente debe acreditar convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a la fecha del descenso y así lo ha explicado la Sala de Casación Laboral en diversas sentencias entre ellas la 22560 de 2005, 52393 del 2008 y 34785 de 2017 al establecer que es ineludible a la compañera permanente la demostración de la existencia de esa convivencia derivada del vínculo afectivo con el pensionado al momento de su fallecimiento y por lo menos durante los 5 años continuos antes de este.

Ahora alega la demandante que convivió con el pensionado inicialmente desde el año 1973 hasta el año 1977 y con posterioridad desde mayo del 2008 hasta el 13 de febrero del 2014 para ello, allegó el Registro Civil de nacimiento del señor Freddy Alberto Uribe Montes quien nació el 24 de abril de 1976 figurando como madre la señora Montes y el asegurado fallecido como padre, al absolver el interrogatorio la parte demandante reitera que convivió con el afiliado fallecido desde el año 2008 hasta la fecha de su deceso, seguidamente manifestó que su compañero el 6 de diciembre del 2013 se fue para la ciudad de Cali a visitar a un amigo “él se fue el 6 de diciembre del 2013 a visitar al amigo a Cali me dijo me voy y nos vemos para pasar Navidad y año nuevo donde la hija en puerto Gaitán”, seguidamente expresó “se fue para Cali y nos estábamos llamando y tal cosa y así entonces él me dijo que venía que lo esperara ya después él resultó que no tenía plata bueno en fin entonces me dijo que él venía pero me quedé esperándolo porque no vino”, sin embargo y pese a que la demandante adujo en el interrogatorio que rindió ante el Juzgado 24 Laboral del circuito que su compañero se fue para la ciudad de Cali donde un amigo y que se iban a encontrar para festejar la Navidad y fin de año en la casa de habitación de una de sus hijas es de una de las hijas del señor Uribe, llama la atención de esta operadora judicial que la señora Clara Montes en la declaración rendida ante la Notaría sexta del circuito de Bogotá haya indicado lo siguiente “el fallecimiento de mi compañero ocurrió en la ciudad de Cali en razón a que viajó a pasar vacaciones de fin de año con un primo y amigos de la familia a partir del 6 de diciembre del 2013 hasta el 28 de enero del 2014 fecha en la cual que estaba hospitalizado, que el fallecimiento ocurrió en la clínica nuestra Señora del

Rosario producto de una pulmonía, asimismo se escuchó la declaración de la señora Yolanda Uribe Camacho quien rindió su testimonio ante el juzgado 24 laboral el día 31 de agosto de 2021 y quien indicó conocer a la demandante porque fue la compañera de su padre el señor Faustino Uribe que su madre había muerto hacía 11 años de nombre Juana Camacho y que su padre empezó la convivencia con la señora Clara Montes “ más o menos como a los 3 años de que mi mami falleció” que las fechas exactas de dicha convivencia las desconoce “fecha exacta no la sé, sé que mi papá convivió con ella después de que falleció mi madre después de 3 años” finalmente precisó: “ él dijo que iba frente al viaje que realizó a la ciudad de Cali su padre es decir el señor Faustino Uribe indicó lo siguiente “ él dijo que iba para donde un amigo él tenía sus amistades porque el trabajo en el aeropuerto él tenía muchos amigos entonces él viajó a Cali y allá él se enfermó y de la clínica me llamaron a mí y yo fui allá a la clínica yo era la que lo visitaba a la clínica duró prácticamente 15 días hospitalizado y yo iba todos los santos días allá después también viajó Nubia y nosotras las dos éramos las que veíamos por mi padre pero él estaba en un estado muy delicado de salud cuando llegamos a la clínica él estaba entubado no hablé con él pero todas formas el 13 de febrero él falleció y no supimos ni al amigo de él, tampoco lo vimos en realidad pues no conocíamos a nadie allá”.

Ahora nótese que la mencionada testigo en la declaración rendida ante la notaría sexta de esta ciudad dijo conocer a la demandante desde 15 años atrás diligencia que fue efectuada el 14 de mayo del 2014 lo que indica que si nos remontamos 15 años atrás en la fecha del conocimiento sería en el año del que conoció a la demandante sería para el año 1999 y que la convivencia de la señora Montes con su padre se prolongó hasta el 13 de febrero del 2014 folio 26, entre tanto la testigo María Nubia Uribe a pesar de indicar en su declaración extra juicio que desde hace 15 años conocía a la demandante y que convivió con su padre hasta la fecha del deceso que ocurrió el 14 de febrero del 2014 en su testimonio rendido ante el juzgado 24 laboral del circuito de esta ciudad señaló que la convivencia de la mencionada pareja inició en el año 2008 “ en el año 2008 ella empezó a vivir con mi papá” finalmente la testigo Damaris Hernández precisó ser la nuera de la demandante es decir de la señora Clara Montes, que el señor Uribe se encontraba casado con la señora Juana Camacho quien falleció en el año 2008 pero que después de que esto ocurrió empezó la convivencia entre la señora Montes y el pensionado fallecido “ pero después que la abuelita falleció como al año o a los dos años ellos volvieron a unirse”, que el señor Uribe se fue para Cali en el mes de diciembre para donde un amigo pero que nunca conoció el nombre del amigo o tuvo conocimiento del nombre del amigo” él nunca nos dijo a nosotros cómo se llamaba el amigo porque él era muy testarudo a él no se le podía decir nada porque se ponía Bravo el a uno le decía me voy para donde el amigo y no decía cómo se llamaba el amigo”.

Las anteriores pruebas escritas permiten concluir que no existe certeza desde la fecha en que inició la convivencia de la demandante con el pensionado pues las testigos Yolanda y Nubia Uribe además de indicar cosas muy distintas en las declaraciones rendidas ante el notario y ante el juez 24 laboral lo que no genera credibilidad para este estrado judicial, también se puede evidenciar que la testigo Yolanda Uribe no da cuenta de los 5 años de convivencia como tampoco Damaris Hernández pues según los extremos temporales señalados por estas testigos no alcanzan a marcar los 5 años de convivencia entre la mencionada pareja, a lo anterior se agrega que en el mismo testimonio del interrogatorio rendido por la demandante se evidencia que durante los últimos meses de vida del pensionado más exactamente desde el mes de diciembre del 2013, no convivió con el señor Uribe pues nótese que éste viajó a la ciudad de Cali donde falleció en el mes de febrero del 2014 sin que tal separación se haya presentado por circunstancias de fuerza mayor, por enfermedad o por asuntos laborales u otro motivo que justificara el distanciamiento pues ni la demandante ni la testigo dieron cuenta de alguna justificación más cuando la demandante en la declaración rendida ante notario adujo algo muy diferente a lo indicado en el interrogatorio de parte al asegurar en las manifestaciones extra juicio que desde un principio tenía conocimiento que su compañero iba de vacaciones a la ciudad de Cali donde a la casa de un primo y amigos de la familia mientras que ante el Juzgado 24 laboral señaló que no llegó a las festividades de fin de año a pesar de que el asegurado le había indicado que iban a pasar Navidad y fin de año en la casa de habitación de una de sus hijas en el municipio de puerto Gaitán, adicional a lo anterior quienes asistieron al señor Faustino Uribe durante su estadía en la clínica nuestra Señora del Rosario ubicada en la ciudad de Cali fueron las hijas Yolanda Uribe y Nubia Uribe indicando la señora Yolanda Uribe que la demandante Clara Montes no lo pudo hacer por cuestiones de salud pero nótese que la accionante en ninguna parte de la demanda relacionó este hecho o situación ni en la declaración extra juicio ni en el interrogatorio de parte ni se probó las patologías que tenía la señora Montes para la calenda del deceso de su compañero y que le impidieron

desplazarse a la ciudad de Cali además esta testigo adujo que 11 años atrás había muerto su madre es decir esa situación se remonta para el año 2010 al ser rendida esta declaración para el 2011 y que después de 3 años empezó la convivencia entre la pareja en mención lo que quiere decir que lo fue para el año 2013 y dado que el asegurado falleció en el 2014 no podemos pregonar los 5 años de convivencia más cuando quedó claro que desde el mes de diciembre del 2003 al mes de febrero del 2014 la demandante y el pensionado estaba en ciudades distintas sin que dicha separación se encuentre justificada más aún cuando la misma hija en su testimonio dijo que nunca conocieron al supuesto amigo de su padre.

Por otra parte se logró determinar que la señora Yolanda Uribe Camacho hija del pensionado fallecido en la declaración que rindió, que su padre duró prácticamente 15 días hospitalizado y que ella fue la que lo asistió junto con su hermana que la señora Clara no pudo asistir pues por cuestiones de salud y así lo dejé ya aceptado presentemente pero pese a que justificó la ausencia de la demandante durante los últimos días del mencionado pensionado nótese que la misma señora Montes en ningún momento y ya lo dije durante su interrogatorio aduce que tenía problemas de salud incluso indicó que pasarían las festividades de fin de año en una finca ubicada en el municipio de puerto Gaitán de propiedad de una de las hijas del señor Uribe lo que implica también un desplazamiento por lo que la razón que señala la testigo no tiene validez pues sí estaba en condiciones para viajar a puerto Gaitán y no así para asistir a su compañero que estaba enfermo a la ciudad de Cali lo que descarta la justificación que dio la señora Yolanda, ninguna de las testigos ni la demandante lograron probar la causa o razón o justificación del desplazamiento del pensionado a la ciudad de Cali por lo que además de no probarse con certeza el término de la convivencia de la pareja en mención quedó claro que no convivieron durante los meses de diciembre de 2003 a febrero del 2014 por lo que se concluye que no se logró demostrar por parte de la demandante la señora Clara Montes los requisitos legales esto es convivencia por el lapso citado para la causación del derecho pensional por lo que no hay lugar a reconocer prestación alguna y finalmente en lo referente a la demandante María Deyanira Amórtegui Castellano no se logró demostrar la convivencia por un término de 5 años previos al descenso del pensionado requisito que era necesario probar dado que alegaba su calidad de compañera permanente en la medida que las pruebas documentales obrantes dentro de la acción que presentó no dan cuenta del cumplimiento de este presupuesto más cuando no asistieron los testigos decretados a su favor ni se hizo presente para rendir su declaración a lo que se agrega que las testigos Yolanda Uribe, Nubia Uribe y Damaris agregaron en su declaración que no la conocieron en ningún momento y que tampoco estuvo presente en la vida del pensionado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante señaló:

Sí se logró demostrar que la señora Clara Montes cumplió los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes con su interrogatorio de parte que fue muy claro y da cuenta de que en realidad como fue los extremos y bajo las circunstancias cómo se dio en esta convivencia indicando que inició en el año 2008 que esa convivencia se dio en el lugar de domicilio ubicado como fue indicado por una de las testigos en la calle 58 número 77I- 39 de la localidad de Kennedy en este caso dicha situación fue corroborada por Yolanda Uribe Camacho como testigo, en segundo lugar como fue manifestado también por la señora Damaris el causante era una persona que manejaba un temperamento, que le gustaba viajar manejar sus tiempos como fue también ratificado por las mismas hijas del causante por lo tanto lo que hizo la señora Clara Montes fue ajustarse a las condiciones que él le daba como pareja por lo tanto no podemos decir que el tema de que se haya ido en unos días antes de su fallecimiento para la ciudad de Cali pues ya era por la misma terquedad o la misma personalidad del señor donde le gustaba viajar y compartir con sus amistades en este caso en su momento pues la señora clara Montes sí mantuvo comunicación constante con él y tenían un proyecto de pasar sus festividades de navidad y fin de año para ese mes pero por circunstancias de su salud que tuvo que padecer en Cali pues no se pudo efectuar tales proyectos en este caso la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado en sentencias como radicado 45779 de fecha 25 de abril del 2018 que cuando se ha sostenido esa convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso dado que pueden existir eventos que los compañeros no

cohabitan bajo el mismo techo, en razones o circunstancias especiales por su salud, trabajo, fuerza mayor o similares a lo que puede suceder lo cual no conduce a que de manera inexorable a que desaparezca pues esa comunidad de vida en pareja sí notoriamente subsisten esos lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, rasgos esenciales para que esta convivencia sea la pareja y que se supere esa concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio en este caso como fue indicado ya por circunstancias ajenas a mi representada y no porque en su momento se hubiese terminado una relación o la convivencia que ellos tenían, sino fue porque el señor decidió pasar unos días por su salud no se pudo efectuar lo demás y en su caso la misma testigo doña Yolanda da razón de que por la situación económica también por la salud de aquí por la edad que tiene la señora Clara Montes el hecho de haberse trasladado a otra ciudad pues no era el sentido de afectarla hay circunstancias que a veces no necesariamente se tiene que mencionar sino la misma declaración testigo puede dar fe en realidad de lo que puede pasar entre una pareja por esta razón la señora Clara no pudo estar en la clínica cuando sucedió todo lo de su compañero.

Por otro lado al Honorable Tribunal debe evaluar detalladamente las declaraciones rendidas por las partes en el interrogatorio que fue muy claro y tanto las testigos escuchados en estrado donde dan cuenta de los extremos de la convivencia aquí alegados en la demanda y se pueda reconocer esta pensión de sobrevivientes en favor de mi representada en este caso dejo sustentado mi recurso de apelación para que el honorable tribunal lo analice.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor Faustino Uribe, que tuvo lugar el 13 de febrero de 2014, como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado por vejez, prestación que le fuera concedida por el entonces ISS en resolución 19142 de 1997, como en efecto lo indica el acto administrativo proferido por la demandada GNR 303393 del 31 de agosto de 2014 allegado por las partes en expediente digital y mediante el cual negó el reconocimiento pensional de sobreviviente reclamado por la demandante.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, disposición que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;***

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditada la convivencia de que trata la norma en cita, alegando el recurrente que esta quedó suficientemente demostrada en primer lugar con las declaraciones rendidas por las señoras Damaris Hernández y Yolanda Uribe; no obstante, contrario a lo señalado por el recurrente de los dichos de tales testigos y como bien lo indicara la decisión de instancia, la primera de ella no logró dar cuenta de la fecha de inicio de la convivencia de la pareja conformada por la demandante y el señor Faustino, ya que señaló que para el 2008 data en que murió la abuelita, ellos iniciaron convivencia **1 ó 2 años después**, de tal manera no se logra determinar si la misma inició para el 2009 o 2010 y conforme la fecha deceso del causante, que como se dijo tuvo lugar en febrero de 2014, sólo en el evento que dicha convivencia haya iniciado en febrero de 2009, se lograría acreditar los 5 años de que trata la norma en cita, no obstante ello, se itera no es posible afirmar tal cuestión como quiera que la testimonial bajo estudio no da cuenta de la fecha exacta de inicio de la convivencia de la pareja, máxime si se tiene en cuenta que como lo indicó la misma demandante al rendir interrogatorio de parte, **desde diciembre de 2013**, el señor Faustino había viajado a la ciudad de Cali, lo que determina que en dicho punto se interrumpió la convivencia alegada y conforme al dicho de la testigo bajo estudio si la convivencia inició en el 2009 o 2010, bajo ninguno de tales presupuestos se acreditaría el tiempo de convivencia requerido por la normatividad legal.

Ahora, en cuanto al dicho de la testigo Yolanda Uribe, de igual forma no da cuenta de la convivencia alegada por el término de 5 años previos al fallecimiento de su padre, contrario sensu, indicó haberlo cuidado en su enfermedad previo a su fallecimiento, circunstancia que permite corroborar que en efecto desde diciembre de 2013 que viajó el señor Faustino a la ciudad de Cali, no convivía con la demandante, aunado a ello como bien lo aduce la decisión de primer grado, esta testigo se contradice en su versión extrajuicio rendida el 14 de marzo de 2014 (fl. 26), oportunidad en que señaló que la señora Clara había convivido con su padre hasta la fecha de fallecimiento y en sede judicial como se señaló, pone de presente que ella fue quien estuvo con él hasta la fecha de su fallecimiento cuando permanecía hospitalizado y en ninguna de las declaraciones en comento, dio cuenta de la fecha de inicio de la convivencia entre su padre y la demandante.

Conforme lo señalado en precedencia, es claro que contrario a lo indicado por la parte demandante en recurso y alegaciones en esta oportunidad no quedó probado el requisito de convivencia requerido en la norma en cita, el que no puede suplirse como lo indica esta parte únicamente con el dicho de la parte demandante, pues no puede beneficiarse de su propio dicho, sino que debía allegar prueba de sus afirmaciones, lo que conforme en análisis efectuado, no ocurrió, argumentos que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 24-2018-303-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CLAUDIA DEL PILAR DÍAZ

DEMANDADO: PUBLICAR S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

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

En Bogotá D.C., a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 27 de mayo de 2021 proferido por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante y demandada, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora CLAUDIA DEL PILAR DÍAZ por intermedio de apoderado judicial, solicita que se DECLARE que entre ella y la demandada existe un contrato de trabajo, que fue desmejorada laboralmente desde el año 2015, que a partir de dicha anualidad el cargo que desempeñó fue el de Key Account Manager y no el de venta, que percibe un salario variable y a la finalización del año 2014, este ascendía a \$6.444.482, que tiene derecho a las comisiones adeudadas, bonificación de navidad, vacaciones extralegales, prima de escolaridad, quinquenio de 10 años, auxilio de universidad y al pago de las diferencias salariales teniendo en cuenta el cargo de Key Account Manager que desempeña; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a efectuar el pago a su favor de las diferencias salariales y comisiones alegadas, reliquidación de las prestaciones sociales, reliquidación de vacaciones, teniendo en cuenta los pagos de bonificación de navidad, vacaciones extralegales, prima de escolaridad, quinquenio y auxilio de universidad, pago de indemnización moratoria por mala fe e indexación de las sumas objeto de condena. (fl. 429 y 430).

Fundamentó sus pretensiones afirmando en síntesis que el 16 de febrero de 2004 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada para desempeñar el cargo de asesor de publicidad, cargo que desempeñó hasta el 30 de noviembre de dicha anualidad, que suscribió otro contrato en la modalidad señalada para el desempeño el mismo cargo a partir del 14 de febrero de 2005 y hasta el 15 de noviembre del mismo año, que el 16 de noviembre suscriben las partes otro contrato a término indefinido y el cual se encuentra vigente a la fecha, que recibe una asignación salarial de \$4.969.000.

Afirma que el cargo genérico para todos los asesores de la demandada es asesor de publicidad, teniendo en cuenta que en el área comercial existen diferentes canales de ventas, los que determinar los salarios y categorías dentro de dicha área, que al inicio de la vinculación laboral con la demandada, años 2004 y 2005, perteneció al grupo de venta nueva; lo que significaba que las ventas por ella realizadas, debían ser producto de los clientes que no hubieran comprado ningún producto de los que ofrece la demandada, que a partir del año 2006, se empezó a desempeñar en el canal de ventas actuales que para el 2007 al 2012, se desempeñó como asesora

de cuentas actuales, por el resultado obtenido en las campañas de los años inmediatamente anteriores y con los que se planeó su salario; que para el año 2012, recibió una invitación para participar en una movilidad interna y ser ascendida al canal de grandes cuentas, con lo que su salario básico aumentó así como los porcentajes de comisiones, que se le proporcionaron los clientes y cuentas del canal de grandes cuentas al que había sido ascendida.

Señala que para el año 2015, la demandada abrió grupos de ventas y zonificó a los consultores basados en criterios de cercanía a su vivienda; no obstante ello, indica que fue la única enviada a un equipo que no cumplía con tales características, ya que le correspondió el grupo de occidente ubicado en la localidad de Barrios Unidos, a más de 1 hora de distancia de su lugar de vivienda, que en febrero de dicha anualidad le informan que será cambiada en sus condiciones laborales, asignándole un total de meta de ventas por \$1.698.850.000, el que es desproporcionado con respecto al nuevo cargo, informándole igualmente que las comisiones le serían pagas únicamente después de cumplir con el 50% de las metas asignadas, que al finalizar el año 2014, recibía como asignación salarial la suma de \$6.444.482 y en el nuevo grupo en el que fue asignada, se le fijaron las metas más altas de toda la regional sin justificación alguna, evidenciándose la desmejora en sus condiciones laborales al condicionar el derecho al pago de comisiones a las ventas superiores al 50%.

Indica que se le adeudan los valores relacionados en cuentas de cobro por concepto de comisiones causadas en mayo, julio, septiembre y octubre de 2015, por cuanto no acepta el cambio de condiciones laborales que operó a partir de dicha anualidad y las que ascienden a \$7.322.415, que a través de comunicación elevada ante la demandada el 9 de marzo de 2015, le expone que no se están respetando sus condiciones laborales pactadas con anterioridad, que se le adeuda bonificación de navidad de los años 2014 y 2015, vacaciones extralegales de 2015 y 2016, prima de escolaridad durante dichas anualidades, quinquenio, auxilio de universidad entre el 2015 y 2018.

Refiere por último que el cargo por ella desempeñado para el año 2015, corresponde al de Key Account Managere y no al de nueva venta, que en

marzo de 2017, la jefe de gestión humana le notificó que debía presentarse en las instalaciones de la célula oriente, en donde le especificarían su nueva meta de ventas, notificándola de que su cargo es de nueva venta, lo que le generó un perjuicio patrimonial. (fls. 422 a 429).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada, se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 2, manifestó no constarle los No. 8, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 20, 22, 28, 32 a 41, 43 y 51 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de desmejora en las condiciones laborales de la demandante, carencia de derecho, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe. (fl. 469)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 27 de mayo de 2021, absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, declarando probados los hechos sustento de inexistencia de desmejora en las condiciones laborales, carencia del derecho y cobro de lo no debido, condenando en costas a la demandante. (fl.797).

Como fundamento de su decisión, señaló la Juez:

No suscita mayor controversia el hecho que entre la demandante y la sociedad Publicar Publicidad Multimedia S.A.S., existe una relación de trabajo regida por un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 20 de enero 2006, vínculo de trabajo que continúa vigente; incluso hasta la fecha, ello es así pues además de ser aceptado por la encartada al momento de dar contestación de la demanda, así da cuenta el contrato de trabajo visto a folio 495 a 496 del expediente certificados laborales de fecha 6 de enero 2015, 3 y 7 de septiembre 2015, 17 de febrero 2016, 29 noviembre 2016 ,13 de enero 2017, 31 de enero 2017, 20 noviembre 2017, 29 noviembre 2018, 5 de abril de 2019, 23 de mayo 2019 que aparecen a folios 23 a 26, 537 a 538 ,548, 549, 602, 606 a 611, 761, 762 reporte semanas cotizadas que reposa al folio 722 a 729 y comprobantes de nómina que aparecen de los folios 619 a 690 documentales que al no ser desconocidas ni refutadas de falsas dan fe de lo que allí se consignó no siendo por tanto necesario ahondar en razones frente a este particular; seguidamente y bajo estos presupuestos procede el juzgado a abordar lo que en derecho corresponde frente a la remuneración del cargo desempeñado por la demandante; considera entonces las suscrita pertinente hacer algunas precisiones con el fin de comprender con mayor claridad los argumentos planteados por la demandante y las excepciones presentadas por la encartada análisis que de igual manera supone el estudio de las pruebas y demás piezas procesales resultando por tanto importante indicar que la defensa descansa en encontrarse pactado con la demandante un salario variable el cual contaba con dos componentes a saber; el primero un salario fijo y el segundo constituido por comisiones por venta de acuerdo a las políticas aplicadas por la compañía, no presentándose desmejora alguna resaltando que el cargo desempeñado por la demandante así como todos aquellos que desempeñan esa función es el de consultor de ventas.

Acentuado lo anterior se hace necesario indicar que conforme lo expone el artículo 1 del convenio 95 de la OIT aprobado mediante la ley 54 de 1962, salario significa la remuneración o ganancia sea cual fuera su denominación o método de cálculo siempre que pueda evaluarse en efectivo fijada por acuerdo con la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal por el trabajo que este último haya efectuado o por servicios que haya prestado o deba prestar, seguidamente nuestra legislación autoriza o si se quiere deja en libertad a las partes integrantes de un contrato de trabajo entiéndase trabajador y empleador de pactar la cuantía modalidad, periodicidad de la remuneración tal y como lo enseña el artículo 132 del CST de ahí que resulte aceptado concluir que en efecto resulta válido por expresa autorización legal el pacto del salario variable y dentro de aquella el pacto de remuneración por comisiones y así es aceptado de una lectura de lo dispuesto por el artículo 127 del CST el cual contempla que precisamente las comisiones integran en todo el salario del trabajador hacer una retribución del servicio desempeñado por aquel; aclarado lo anterior a fin de acreditar entonces el acuerdo de remuneración suscrito entre las partes particularmente en lo que respecta a la modalidad y cuantía del salario variable percibido por el trabajador una y otra parte allegaron; 1. comunicación fijando metas de venta de fechas 20 diciembre 2011, 1 de febrero, 1 de marzo 2012, 23 de enero y 14 de junio 2013, 6 de enero 2014, 25 de febrero de 2015, 2 de marzo y 6 de junio 2016 y 9 mayo 2017, 2. Acuerdo por ajuste al modelo de compensación variable de porcentajes para cancelar salario variable periodo de 6 de julio a diciembre de 2016, 3. Otrosí del 29 de julio de 2011, 4. adiciones al contrato escrito celebrado entre las partes de fecha 6 de marzo el 3 de mayo de 2006 y 24 de abril de 2008 memorando del 22 de marzo 2006, 8 de marzo 2007, 14 de febrero de 2008, 6. contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes y 7. Constancias del 9 de abril, 14 de mayo de 2019 documentos que reposan en el expediente a Folio 98 a 99, 283 a 296, 298, 302, 304, 306, 308, 312, 316, 495, 497, 506, 508 a 510, 512 a 514, 536, 707 a 715, 763, documentales de las cuales se concluye por razones de certeza que contrario a los supuestos en los hechos de la demanda la demandante sólo a partir del año 2013 se desempeña en la categoría consultor de ventas de grandes empresas, 2. tal y como se leen los desprendibles de nómina antes relacionados y de la certificación laboral de 6 de enero 2015 vista a folio 603 y 604 del expediente mientras que en lo que respecta a la remuneración aquella en efecto era variable integrada por un componente fijo de una comisión por venta de acuerdo con el porcentaje de cumplimiento de la meta o cuotas de venta establecidas año a año por la convocada a juicio; de esa manera inicialmente por concepto de salario básico si se quiere de salario fijo se le reconocía la suma 500.000 mil pesos a partir del 2011 esta suma se incrementó un millón de pesos y a partir del 2012 en la suma de 1200.000 mil pesos, mientras que el componente por concepto de comisiones por ventas año a año se fijaban las metas respectivas ocupándose el juzgado a continuación y por razones de pertinencia de este último componente a partir del año 2013 calenda en la que inició a prestar servicios en la categoría de grandes empresas.

Es así que en comunicación del 23 de enero 2013 folios 290 a 293 se le informó a la demandante que tendría derecho a dos ingresos adicionales al salario básico el primero denominado comisión básica y el segundo comisión preferencial desde un: 2.74% y hasta un 3.28% dependiendo de la clase de venta que efectuara fijándosele como meta total de venta material impreso la suma de \$1.289.891,10, que incluían la venta por renovación y venta nueva como meta total, de venta de internet la suma de \$339.510.800, que incluía venta por renovación y venta nueva y la suma de \$1.778750.900 como meta total planes nacionales para el año 2014, se establecieron 3 tipos de comisiones a saber así: comisión básica en 1.7% comisión privilegiada en 3.3% comisión de venta nueva en 7%, finalmente a partir del 2015 cuando fue asignado al grupo Occidente de la zona de Barrios Unidos la sociedad accionada modificó el esquema de comisiones estableciendo entonces que el cumplimiento mínimo para comisionar iniciaba a partir del 50% de cumplimiento de la cuota asignada fijándose las comisiones desde 0.9% y hasta el 6%; aclarado entonces el esquema remuneración procede el despacho a estudiar las súplicas de la demanda así: **de la desmejora en las diferencias salariales**, a fin de resolver este aspecto de la controversia conviene recordar que la promotora de la litis señala que fue objeto de desmejora salarial producto del cambio del esquema de comisiones de la asignación al grupo Occidente de la zona de Barrios Unidos lo que le demandaba un tiempo de desplazamiento de más de una hora y no le fueron asignados clientes que pertenecían a la categoría grandes cuentas mientras que sus compañeras de trabajo Luz Melida Amado y María Angélica Montero

si le fueron mantenidas sus condiciones laborales; a su turno la parte accionada pone presente que a partir de 2015 a raíz de un proceso de organización interna se expuso la creación de células distribuidas en diferentes puntos de la ciudad para facilitar el acceso de los consultores a los clientes asignados con base en el factor de ubicación geográfica de estos últimos mientras que la remuneración variable y porcentaje de comisión a partir de esta calenda se fijó de acuerdo con la política de remuneración comercial fijando las metas en aras de que a los trabajadores de la fuerza comercial se les permitiera mantener la porción variable de asignación salarial por lo que concluye no existe desmejora, aclarada entonces la tesis de la demanda y la defensa en los términos antes expuestos advirtiendo que forzosamente de la relevante incidencia de la intervención del empleador en la modificación de las condiciones salariales de la demandante así como el lugar o si se quiere la sede donde debía prestar sus servicios tales aspectos serán dilucidados bajo la óptica del ius variandi como facultad propia del empleador para lo cual y de manera argumentos introductorios es importante precisar que ius variandi en los términos de la Corte Suprema de Justicia es el derecho que tiene el empleado dentro de ciertas limitaciones a imponer cambios en las circunstancias de modo tiempo del lugar de calidad y de cantidad que conlleva la actividad laboral de allí que en ejercicio de sus facultades puede el patrono con las limitaciones aludidas ordenar modificaciones, variaciones, alteraciones y cambios en tareas horarios promociones, traslados etc., tal y como en forma pacífica la doctrina o en las decisiones del 31 de julio 2007 radicado 28097 del 2 de septiembre de 2008 recaudó 31701 y más recientemente en el 27 de enero 2021 recaudó 75605 entre muchas otras aclarando no obstante que el ejercicio tal facultad mal podría interpretarse como ilimitada pues de ser así de forma desmedida y sin mayores miramientos se tornaría ilusoria la protección especial del trabajo como actividad humana de tal forma que en todos los casos que el empleador pretenda variar en cuanto al modo tiempo cantidad de trabajo deberá atender los criterios razonables y equitativos evitando siempre afectar el honor la dignidad y los derechos mínimos del trabajador bajo este hilo conductor toda modificación a las condiciones laborales incluidas per se las salariales no es facultad que de forma arbitraria y abusiva pueda tomar de mano el empleador en ejercicio del poder subordinante pues como vimos en presencia tales alteraciones no deben trastocar los derechos mínimos irrenunciables del trabajador ni desmejorarlo debiendo eso sí entenderse como el mejor acto alteración unilateral en las condiciones de trabajo que sea provocada por parte del empleador en ejercicio de su poder dominante y que de forma arbitraria desproporcionada injusta atente contra la situación de salud económica, personal, social o incluso familiar del trabajador, aclarado entonces lo anterior el despacho considera procedente recordar a la demandante que al pretender una sentencia acorde con el deprecado en la demanda esto es el restablecimiento de sus derechos salariales producto de una desmejora por el abuso de ius variandi tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contiene los derechos reclamados pues al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable de que era menester acreditar al menos 1 afectación económica entendiéndose está por la percepción de una cantidad dineraria eminentemente menor en el cargo de consultora de ventas grandes hasta finales del año 2014 en contraposición al salario vengado a partir de la modificación en el esquema de comisiones del año 2015 su asignación a la zona Occidente barrios Unidos y el cambio de categoría remuneración que dicho sea de paso forzosamente incluye el factor fijo y el variable en los términos que fueran expuestos anteriormente; en este contexto además de la profusa prueba documental relacionadas se recibieron los testimonios de Freddy Quiroga, René Montenegro Ortiz, Alba Lucía López Bernal, Diana Marcela vuelvas Michel y María Angélica Barrera, es así como el interrogatorio que absolvió cada una de las partes integrantes a la litis de esta forma el señor Freddy Quiroga señaló que fue empleado en la sociedad demandada desde junio 2009 hasta enero 2018 desempeñando varios cargos por lo que sabe y le constan los hechos de la demanda aclarando que para los años 2016 a 2017 fue jefe de la actora en la zona centro y chapinero de esa ciudad conociendo que a partir del 2017 cambio de rango pasando de consultora de grandes cuentas al de consultora de ventas nuevas no costándole sin embargo el salario al momento en que se le indagó de las condiciones laborales de la señora luz Melida Henao y María Angélica Montero puso de presente que ambas eran consultoras de grandes clientes como la demandante pasando la primera a un canal denominado grandes anunciantes en el año 2015 por lo que se le incrementó su salario básico justificando la apertura de ese nuevo canal para concentrar

clientes más grandes con un modelo diferente, sin embargo aclaró que tal estrategia no funcionó y es por ello que en el año 2016 regresó la señora Luz Mélida Henao al cargo de consultora de grandes cuentas en las células de centro y chapinero a su cargo, que había entre 64 a 70 consultores más o 4 o 5 consultores asignados al canal fallido de grandes anunciantes concluyendo que estos últimos fueron escogidos a dedo porque no hubo concurso de méritos para escoger los mejores siendo estas últimas personas a quienes les fue aumentada la remuneración mientras que los restantes fueron distribuidos en varias células, siguió indicando que la zonificación en células como estrategia comercial se implementó a partir del año 2015 teniendo en cuenta que desde el año 2009 empezaron a caer las ventas poniendo de presente que inicialmente se abrieron 8 células en Suba, Cedritos, Fontibón, Barrios Unidos, Restrepo, Centro y una que quedaba en el Centro comercial Dorado Plaza mientras que para el año 2016 se redujo a cuatro células para manejar la calidad de atención calidad de vida y cercanía del lugar donde habitaba el consultor no teniendo conocimiento de las razones por las que ubicaron a la actora en la célula de barrios Unidos cuando su lugar de residencia era Suba aclarando que no en todos los casos se pudo cumplir la intención de ubicar a los consultores en una célula cercana a su sitio de residencia poniendo de presente que la accionante para los años 2015, 2016 estaba asignada a zona Occidente dependiendo del porcentaje de venta del histórico de las ventas de la cartera que se entregaba a cada vendedor y de acuerdo a eso se les fijaba la meta, respecto a las políticas de venta adujo que aquella era fijada con base en la cartera que se le daba a cada uno de los consultores haciéndose exigencias también en cumplimiento de metas en ventas nuevas; sin embargo el porcentaje variaba año a año no recordando con precisión cada período. Frente a la demandante puso de presente que para el año 2016 y 2017 tenía una meta igual a 30,40 millones de pesos en ventas nuevas y no de cartera sin embargo antes de que fuera asignada a la zona centro y chapinero estaba en la categoría de consultoras de grandes cuentas por lo que debería tener una meta que oscilaba en los 100 millones de pesos resaltando que la meta no era igual para todos los consultores pues la fijación dependía de la asignación de cada uno conforme a la cantidad de clientes que había para la zona que los consultores de grandes cuentas son los que manejan la cartera más importante, luego vienen los clientes medios o venta personal que manejan una cartera más pequeña y luego los consultores de venta nueva que no tenían ninguna responsabilidad en cartera existiendo entre ellos una diferencia salarial tanto en el básico como en las comisiones siendo más alta la remuneración de los consultantes de grandes cuentas de los demás.

Por su parte el señor René Montenegro Ortiz manifestó que prestó sus servicios a favor de la sociedad convocada a juicio hasta el mes de octubre de 2019 desempeñando como último cargo el de director comercial de Colombia desde enero de 2018 estando por fuera del país En época anterior señaló que conoce a la demandante porque ha sido consultora de ventas siendo compañeros de trabajo por lo que sabe y le consta que siempre se ha desempeñado como consultora de ventas en el año 2015 se le asignó a una célula aclaró que no había un rango entre los consultores sino que eran asignados a distintas estrategias trayendo a colación la estrategia comercial que dio origen al grupo de trabajo grandes anunciantes donde fueron asignadas la señora Luz Melida Henao y María Angélica Montero con otras 4 personas quienes recibieron una remuneración más alta en la parte fija debido a la complejidad de las acciones que tenían que desarrollar, sin embargo esa estrategia terminó como a mediados del año 2016 recordándolo porque él formaba parte de un comité comercial donde también estaba el señor Jaime Morales que era el director comercial del país para esa época y se hacía referencia a esas estrategias cuando terminó ese grupo ganó los 5 consultores fueron asignados a otras estrategias comerciales manteniendo sin embargo ese incremento en la parte fija para no vulnerar los derechos salariales; afirma que la selección de las consultoras para ser parte de la estrategia se seleccionaron trabajadores expertos en los temas digitales a través de una serie de capacitación y pruebas tendientes a establecer quiénes eran los mejores consultores en los temas digitales mientras los que no fueron seleccionados siguieron como consultores de ventas manteniendo sus condiciones salariales, seguidamente respecto a los criterios para ubicar a los consultores en las células informó que se hacía de acuerdo a las carteras asignadas al vínculo que podía tener con los clientes de esa zona buscando dar un mejor servicio a los clientes y la localización de los clientes puso en presente que a la demandante siempre se le asignó cartera porque no perteneció al grupo de venta nueva frente a las condiciones de la demandante y la señora luz Melida Henao y María Angélica Montero al pertenecer a la estrategia ganó incrementando su

remuneración en razón a la complejidad en las funciones teniendo a cargo carteras muy grandes y por tanto la pérdida de uno o varios de sus clientes en particular generaba grandes perjuicios a la compañía, tales aspectos fueron confirmados a su vez por Alba Lucía López Bernal y María Angélica Barrera la primera como compañera de trabajo y la segunda como coordinadora comercial siendo conscientes en indicar que la Doctora no fue seleccionada para pertenecer al grupo de grandes anunciantes y que solo seleccionaron 5 personas en promedio del total de la fuerza de ventas a quienes se les mejoró el salario básico; finalmente la señora Viviana Marcela vuelvas relató que es jefe de gestión humana al interior de la sociedad demandada desde el 18 de noviembre de 2014 por lo que sabe y le consta que el actora se desempeña como consultora de ventas encargada de la comercialización de productos en la compañía y recibía una remuneración fija y un salario variable y debía cumplir unas metas señaló que en el año 2015, 2016 existió una estrategia comercial a la cual estaba atada a una participación en el mercado que fuera más zonificado todo lo que son fuerza de ventas y ahí respecto de los clientes que ellos tenían asignados ubicando a la demandante en Barrios Unidos pudiendo haber modificación de clientes en dicha zona manifestó que la señora Luz Melida Henao y María Angélica Montero eran consultoras de ventas en una estrategia diferente llamadas grandes anunciantes, agregó que los consultores asignados al canal de grandes anunciantes tenían estrategias de venta diferente con clientes más grandes a los que tenían los otros consultores pues eran clientes que pedían productos a la medida y tenían una atención particular en la compañía, ser segmentos diferentes que para esta estrategia de 70 consultores que viven en Bogotá solo fueron seleccionados 3 y los que no fueron asignados a esa estrategia comercial siguieron desempeñando sus labores, asimismo señala que en el año 2015 se organizaron por células basándose en clientes y que en algunos casos los consultores eran asignados a una célula cerca de su residencia pero el criterio de zonificación eran los clientes por lo que se presentaron casos que los consultores no quedan ubicados cerca del lugar de su residencia.

Analizado entonces el caudal probatorio antes reseñado conforme lo expone el artículo 61 del CST, no resta sino concluir que la afectación económica a la que hace alusión la parte actora se desdibujó en juicio; pues en primer lugar encontramos que contrario a lo expuesto por aquella en los apartes pertinentes del libelo genitor, el salario básico demandado por la actora no se vio afectado en el año 2015 ni en época posterior; nótese que el salario básico asignado a la señora Claudia del Pilar Pía Rodríguez a partir del año 2012 se fijó en la suma de \$1.200.000 tal y como da cuenta los comprobantes de nómina reseñados con anterioridad donde se evidencia que la accionada ha efectuado incrementos legales y aún los convencionales como da cuenta la documental que reposa a folio 765 y 766 del expediente donde se lee que a la actora por concepto incremento le fue reconocida una suma de \$6.879.000 de ahí que fácil resulte concluir que el salario básico fijado entre las partes no ha sufrido cambio alguno en detrimento de la trabajadora a partir del año 2015, sino que por el contrario se han efectuado los incrementos legales en aras de conservar su poder adquisitivo, en la misma medida no es de recibo para el juzgado como argumento principal para acreditar una desmejora salarial en monto del salario básico percibido por la señora Luz Melida Amado Ortiz, Angélica Patricia Prado Martínez y María Angélica Montero Díaz, como quiera que si bien es cierto el despacho no desconoce conforme a las certificaciones laborales que obran a folios 781 a 783 del expediente aquellas trabajadoras a partir del año 2015 les fue incrementado el salario básico en una suma superior a la que percibía la actora, no es menos cierto que tal modificación obedeció a la selección de trabajadores para participar en una estrategia comercial diseñada por la convocada a juicio denominada grandes anunciantes tal y como al unísono aclararon los testigos Freddy Quiroga, René Montenegro Ortiz, Alba Lucía López, Viviana Marcela Vuelvas y María Angélica Barrera, estrategia comercial abiertamente distinta a la que se encontraba asignada la demandante explicándose que conforme a la complejidad de la cartera y la relación con esos clientes era necesario aumentar el salario básico de aquellos trabajadores que resultarán seleccionados para participar en este nuevo grupo, seguidamente y no es menos importante es de resaltar que la accionante no fue seleccionada para ser parte de esta nueva estrategia comercial sin que dicha decisión resulte desacertado o se traduzca en una discriminación pues nótese que la sociedad convocada a juicio de la totalidad de los consultores de ventas designó aproximadamente a 5 personas para integrar este nuevo grupo no pudiéndose entonces exigir a la demandada la vinculación de la totalidad de todos los trabajadores que hacen parte de la fuerza de ventas a este nuevo grupo, pues de entenderlo así se atenta contra la libertad de la que expone el

empleador para establecer por razones económicas pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia en la producción e intercambio de bienes y servicios de esta manera y al encontrarse justificado el cambio del salario y las causas que dieron origen al mismo yerra la promotora de la litis al alegar el ejercicio irracional del ius variandi por parte de la pasiva en la medida que las decisiones adoptadas por la compañía particularmente la de no incluir a la actora en el nuevo grupo comercial no afectó sus derechos y garantías mínimas al no ser desmejorada resaltando el juzgado que el salario básico no disminuyó y por tanto sus condiciones salariales se mantuvieron intactas no bastando para la prosperidad de las pretensiones la modificación del cargo de la actora conforme se lee en los desprendibles de nómina al cargo de asesora Times pues lo cierto es que el salario se mantuvo inmodificable.

La anterior conclusión no varía tampoco frente a la asignación de la demandante a una célula ubicada en una zona distinta al sitio donde tiene su residencia en la medida que conforme a la prueba que milita en el expediente la distribución de los consultores de ventas en las mencionadas células se basó en un criterio de acercamiento a los trabajadores a los clientes que tenía asignados en aras de garantizar una mejor atención ante la disminución en las ventas donde si bien es cierto era intención de la empleadora tener en cuenta también el sitio de residencia de los trabajadores no siempre pudo cumplirse tal propósito pero determinante era la ubicación del cliente de cada consultor tal y como así fue aceptado por los señores Freddy Quiroga, Viviana Marcela vuelvas y René Montenegro de esta manera al pretender la parte actora una sentencia conforme a sus pretensiones tenía el deber en los términos del artículo 167 del CGP allegar al expediente el material probatorio que diera cuenta que la decisión de la compañía de ubicarla en una zona lejos de su residencia no fue con el propósito de dejarla cerca a los clientes que tenía asignados sino que por el contrario tal determinación fue caprichosa en aras de generarle u ocasionarle un perjuicio o una desmejora material probatorio que brilla por su ausencia pues no se allegó la lista ni el sitio de residencia a los clientes que tenía asignada la promotora de la litis antes ni después de ser asignada a la célula de Barrios Unidos no pudiendo el despacho efectuar conjeturas o suposiciones acomodaticias para encontrar estructurada una desmejora solo por el hecho que la demandante antes vivía en un sitio distinto al de la ubicación de las células donde fue asignada máxime cuando tampoco acreditó juicio antes de su traslado en qué sitio se prestaba sus servicios y que aquel además de estar cerca de los clientes que tenía asignado también estaba mucho más cerca a sus sitios de residencia por lo que es menester desestimar en este entendido la desmejora alegada; a igual de conclusión se arriba en lo que respecta a la cuantía del salario variable de la demandante en atención a que si bien es cierto el despacho no desconoce que se modificó por parte de la accionada la forma de calcular las comisiones tal y como fuera explicado anteriormente no es menos cierto que de acuerdo a las declaraciones rendidas estos cambios no fueron aplicados en forma exclusiva a la trabajadora accionante sino que por el contrario les fue aplicado en idénticos términos a todos y cada uno de los trabajadores que pertenecían a la fuerza de ventas resaltando el despacho que contrario a lo expuesto por la parte actora de acuerdo con los comprobantes de nómina arrimados a aquella en efecto continuó comisionado en suma si cuantía similares a las que percibía antes de la mencionada modificación cumpliendo entonces la demandante con las metas asignadas las que dicho sea de paso no le eran ajenas pues un monto también se mantuvo en condiciones similares aclarando aquí y ahora que no se pasa por alto que a partir del año 2016 el monto del salario variable sufrió una disminución, las mismas se justifica con los días efectivamente trabajados por la actora y las incapacidades reconocidas aquella que de forma mensual como da cuenta los pluri mencionados desprendibles de nómina y la historia clínica allegada, no siendo por tanto ajustado a derecho pretender percibir de forma constante el mismo salario variable los años anteriores cuando no fue posible prestar el servicio por razón de enfermedad en las mismas condiciones y con ello causar las comisiones echadas de menos cuando las ventas no eran las mismas de ahí de esta manera la variación en los ingresos de la actora más allá de tener como causa las nuevas políticas en la causación de las comisiones obedeció a no poder prestar el servicio ni generar las ventas en las condiciones normales en razón a sus padecimientos de salud lo que nuevamente derruye de forma contundente la desmejora salarial alegada, no resultando pertinente para los anotados propósitos los documentos de nómina denominados Ranking de asesores como quiera que los mismos poco o nada se puede deducir frente a las condiciones que dan lugar a la desmejora alegada y por estas

breves consideraciones el juzgado absolverá a la demandada de todas y cada una de las pretensiones relativas al restablecimiento de condiciones laborales producto de una presunta en desmejora salarial al no encontrar acreditada en este juicio un abuso del ius variandi por parte del empleador.

Pretende la actora el reconocimiento y pago de quinquenios, bonificación de Navidad, vacaciones extralegales, prima escolaridad, auxilio escolaridad; súplica a la que se opone la accionada al indicar que tales acreencias fueron suprimidas en ejercicio de la total autonomía del empleador desde el año 2011. Se hace necesario recordar que los auxilios o beneficios extralegales diseñados por el empleador adicional a los derechos mínimos e indiscutibles derivados de una relación laboral son denominados por la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como derechos disponibles y por tanto se encuentran dentro del ámbito negociable que está por encima de los mínimos fijados por las normas laborales agregando que al ser conseguidos de forma unilateral y por mera liberalidad el empleador puede modificarlos incluso revocarlos sin embargo tal facultad no es omnímoda para con ello entender que pueden ser desconocidos a su antojo como erradamente lo argumenta la parte accionada sino que por el contrario debe garantizarse la no afectación de derechos adquiridos y así lo ha entendido la máxima corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral en decisión SL 16925 de 2014 entre muchas otras de ahí que para verificar si se presentaron o no afectaciones a los derechos adquiridos de la trabajadora aquella ha debido allegar al menos las pruebas que den cuenta del pacto de los beneficios extralegales que echa de menos donde conste la causación titularidad cuantía y periodicidad de los mismos para que de esta manera el juzgado pueda dilucidar si la extensión de tales Beneficios dinerarios contraria las normas tuitivas y principios jurídicos protectores del derecho de trabajo, carga factorial que en el caso se reputa incumplida pues además de lo manifestado por el señor Freddy Quiroga y René Montenegro Ortiz en lo que respecta al reconocimiento y pago de estos beneficios, no obra prueba adicional que permita al juzgado determinar las condiciones de existencia de las acreencias reclamadas, no ofreciendo el acervo probatorio arrimado la precisión requerida para acceder a las súplicas de la demanda pues por sabido se tiene que al momento en que un trabajador pretende el reconocimiento de prestaciones de esta estirpe está en la obligación inexcusable de acreditar conforme al principio de la carga de la prueba contemplada en el artículo 167 CGP, no solo las sumas pagadas por el empleador sino las sumas adeudadas por aquel pues como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral, cuando se alega que lo cancelado no se ajustó a la convención o la ley no se está en presencia de una negociación indefinida por tanto recae en quien sostiene la carga de probarlo aportando la información detallada del cálculo de cada uno de los conceptos reclamados pudiendo consultarse así la sentencia SL 1195 del 23 de marzo de 2021 entre muchas otras por lo que el despacho negará el reclamo de quinquenios, prima de escolaridad y auxilio de escolaridad ahora en lo que respecta a la bonificación de Navidad y vacaciones extralegales estas encuentran contempladas en el laudo arbitral que milita Folio 731 a 743 del expediente; sin embargo tales acreencias fueron reconocidas y pagadas por la accionada a favor de la demandante tal y como consta en los comprobantes de nómina arrimados y en particular en los documentos que aparecen a folios 765 a 766 que da cuenta del cumplimiento del laudo arbitral en los términos allí pactados. Aclarando el juzgado que la actora no demostró además de encontrarse inmersa en las condiciones establecidas en el mencionado laudo para hacerse acreedor al denominado auxilio de rodamiento cómo fue disponible al servicio de la empresa previo requerimiento de un vehículo de su propiedad por estas consideraciones no surge alternativas distintas a este juzgado salvo la de absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

En primer lugar me aparto por completo de la manera cómo analiza el despacho el concepto de desmejora laboral pienso que si bien la señora juez comienza invocando

una norma de una trascendencia enorme como es el convenio 95 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad lo menciona lo entiende pero no lo aplica esa parte que impacta de la decisión el convenio se hizo para proteger realmente ese concepto tan importante de salario y como bien lo mencionó la señora juez hace referencia a todos aquellos ingresos que tienen como finalidad contraprestar el servicio y el salario puede ser una parte variable y una parte fija pero ambos conceptos son salario por lo tanto cuando analizamos una eventual desmejora si estamos en presencia de ese concepto de salario hay que analizarla integralmente no de la manera como equívocamente lo hace el despacho de primera instancia que fundamenta prácticamente su decisión en el tema del salario fijo señalando que se aumentó el salario fijo por lo tanto no puede haber desmejora pero la pregunta es qué pasó con el salario variable hubo o no hubo desmejora esa es la pregunta que yo hago Honorables Magistrados del Tribunal superior analicemos ese concepto el tema desmejora aunque hay que advertir que tiene sus discusiones muchas veces pero el tema de desmejora laboral cuando estamos haciendo referencia a una prestación de carácter económica pues es muy fácil determinarlo cuáles fueron finalmente los ingresos se desmejoraron o no se desmejoraron esa es la situación y aquí matemáticamente creo que se demuestra con toda la documentación que se aportó ampliamente al proceso ósea que el concepto de desmejora se presentó, ahora otra cosa es que eventualmente se pudiera considerar que existe alguna justificación que en este caso no lo hay este caso para mí es absolutamente claro que el empleador abusa, abusó y seguirá abusando seguramente del ius variandi como ha sido la costumbre de esta empresa que está aquí convocada al proceso; de todas maneras yo lo que quiero es que se tenga en cuenta la primera observación objetiva una desmejora en el salario variable la señora juez parece justificar la desmejora por el cambio del sistema que se utiliza para efectos de las comisiones pero si se hace una modificación del sistema de las comisiones esa comisión no puede ser arbitraria no puede tener como propósito el que se desmejore el trabajador y creo que aquí igualmente se demuestra ello.

Finalmente la señora lo que dice es que de todas maneras suponiendo que fuera así a todos los desmejoraron entonces la pregunta que yo hago es que si a todos los desmejoraron eso significa que es válida la actuación del empleador o será por el contrario muy evidente que es un empleador incumplidor totalmente de sus obligaciones de carácter laboral esa parte a mí me parece que debemos llamar la atención porque creo que aquí efectivamente sí se dio el concepto de desmejora, la definición que trae a colación el despacho creo que ahí es donde comenzamos con ciertas diferencias conceptuales antes de mirar la parte probatoria alteración unilateral que de manera arbitraria efectúe demora de manera desproporcionada el empleador eso para el despacho es la desmejora y pienso que a partir de esa equivocación es que llega a la conclusión y digo que esa equivocación porque una desmejora puede ser un acuerdo de las dos partes también si la conclusión es que una desmejora pues obviamente es desmejora laboral y entonces sí fue un acuerdo bilateral sería válido pienso que aquí también el despacho se equivoca al no aplicar primero el convenio 95 de la OIT que es trascendental para este caso que prohíbe precisamente que haya afectaciones desmejoras y tratos discriminatorios. La carta política del 91 especialmente en la parte final del artículo 53 que señala que ni la ley, ni los contratos, ni los convenios pueden afectar los derechos de los trabajadores suponiendo que hubiera habido un acuerdo aquí se hubiera afectado por lo tanto no podría tener eficacia y no puede tener eficacia porque va en contravía de sus propios derechos que recordemos que estamos hablando del derecho social esto no es derecho privado aquí estamos hablando de un derecho donde la parte débil está protegida pero adicionalmente por qué lo dispone así el artículo 43 del CST no pueden haber pactos, acuerdos o decisiones unilaterales que desmejoren las condiciones de los trabajadores suponiendo que efectivamente existiera algún pacto en ese sentido no podría ser eficaz y esta es la parte que a mí me parece que omite realmente el despacho o sea que hay dos temas que son trascendentales acá es el análisis primero las comisiones como se varió la realidad como concluyó la demandada que unas comisiones irrisorias que además es una parte muy importante dentro del salario y que son salario y el otro aspecto es que definitivamente sí hubo un abuso de parte del empleador.

Con relación a la parte probatoria que la señora juez reclama como inexistente utilizó la expresión brilla por su ausencia yo sin entrar a analizar en detalle cada prueba porque no terminaríamos simplemente voy a referirme a algunas de ellas las obrantes a folio 24 a folio 35 un documento de la gerente de gestión humana fechado el 31 de enero de

2017 donde certifica cuál es el cargo de la señora Claudia Díaz consultora de grandes cuentas ese es un cargo que implica obviamente funciones y dicen esas funciones están ligadas a la remuneración moverla a ese cargo implica pues sin duda una afectación ¿será que eso es parte del ius variandi? pienso que no porque esa afectación de la demandante en este caso implicó la desmejora a que hemos hecho referencia entre folios 36 al 38 se evidencia que el cargo certificado por gestión humana es distinto, a folios 40 al 52 se puede observar a través de los certificados de ingresos y retenciones dos hechos relevantes que se tiene que tener en cuenta son hechos objetivos que el ingreso hasta el año 2015 se observa el aumento normal que debería tener cualquier trabajador es que tengamos en cuenta la antigüedad del trabajador y obviamente los ingresos normales los ingresos regulares que tiene un trabajador que en el caso de la señora demandante desde el año 2016 en adelante aparece esa desmejora las certificaciones obviamente la Dian hay que tenerlas presente porque es una prueba, a folio 547 existe una certificación laboral con respecto a una de las personas que desempeñaban la misma actividad de Claudia Díaz y se muestra la diferencia lo cual nos ratifica ese trato discriminatorio el despacho considera que se justifica ese trato diferente porque supuestamente no fue beneficiaria de una especie de selección pero esa selección, creo que quedó totalmente demostrado que fue absolutamente discriminatoria como se dice popularmente fue a dedo, no se tuvieron en cuenta realmente para este ejercicio los testigos cómo debió de haberse considerado, los cuadros donde de metas que fueron aportados que es clarísimo que las metas que se impusieron fueron totalmente desproporcionadas esto no puede ser algo que legitime el ius variandi o sea así aceptaríamos cualquier cosa aceptaríamos cualquier persecución frente a un trabajador como ocurrió en este caso y eso yo pienso que la Administración de Justicia no lo puede hacer porque es que esos sistemas de comisiones como los manejan muchas empresas y especialmente esta pues lo que terminan siendo es absolutamente arbitrarios y terminan siendo discriminatorios y finalmente en muchos casos como ocurre con la demandante terminan afectando la de manera en su salud personal, salud mental con circunstancias y consecuencias sumamente graves, a folios 602 a 604 la gerencia de gestión humana certifica las funciones y cargos desempeñadas por la demandante desde la vinculación; igualmente de folio 163 a 702 la comunicación de la trabajadora a la empresa donde hay evidencia de la desmejora que ya ha venido advirtiendo esa situación con mucha angustia y es una angustia conocida por la empresa que adicionalmente por el desprecio de la empresa la coloca en una situación de salud sumamente difícil, de folio 707 a 715, se identifica como la empresa asignaba los clientes anteriormente respetando el cargo y el salario, a folio 81 se demuestra cómo se hace un traslado sabiendo del estado de salud de la trabajadora con el perjuicio evidente que ella padecía sin duda por esta circunstancia, en folio 92 tenemos la modificación de las condiciones laborales que se notifican con ese documento, folio 137, 138 y 143 las recomendaciones médicas de reubicación laboral que finalmente no fueron atendidas y así tenemos muchos documentos que yo omito relacionarlos uno a uno pero si lo vamos hacer para la segunda instancia porque consideramos que el despacho no los analiza adecuadamente, adicionalmente también es importante destacar que en nuestro criterio la juez de primera instancia analiza parcialmente los testigos yo creo que un análisis adecuado de los testimonios que hay que darles valor sin duda se trató de un abuso del empleador en este tema, de una discriminación así las cosas el ius variandi no es válido fue absolutamente arbitrario; de otra parte hay algo también que voy a mencionar tiene que ver con la supuesta consecuencia que tiene unas incapacidades frente al tema salarial que también la señora juez la justifica pero realmente considero que cuando estamos en presencia de esas incapacidades el ingreso de esa persona no se puede afectar y menos de la manera como se afecta, está violentando un derecho fundamental, un derecho consagrado expresamente en el artículo 53 de la carta política que es la remuneración mínima vital y más cuando la causa de la incapacidad tiene origen en actuaciones u omisiones de la misma empresa, por tal razón si se produjo la desmejora y hay elementos de juicio para ello y están todos los elementos de prueba que lo acreditan claramente de otra parte con respecto a la discriminación también me parece que es muy evidente hay certificaciones de la misma empresa que además trato de evadir el cumplimiento de un requerimiento que de manera bastante lógica le hizo la señora juez pero si se ve como otras personas que en un momento desempeñan el mismo cargo terminan teniendo unos ingresos sumamente altos frente a los salarios ya desmejorados de la demandante porque las comisiones también son salario no lo podemos dejar a un lado, de otra parte frente a los auxilios extra legales la señora juez considera otro tema

que ameritaría pues una profunda discusión si lo que es irrenunciable son derechos mínimos legales eso pues no aparece ni en la constitución ni en la ley son los derechos laborales los que son irrenunciables independientemente la fuente del derecho afortunadamente la sala laboral de la corte suprema ha venido reconociendo recientemente la importancia de las fuentes formales del derecho independientemente de que no sea la ley, dice que no se puede renunciar derechos convencionales en actas extralegales esa es la mejor manera de ver el concepto de las fuentes del derecho que en buena hora la están empezando aplicar pero con respecto a los que se han reclamado la señora juez que serían renunciables que no lo comparto pero que serían renunciables adicionalmente considera que no hay prueba y dice algo que me parece muy particular si bien es cierto hay unos testigos que hicieron referencia a ello es como una única prueba entonces no lo valgo, no entiendo porque me descalifica unos testimonios que son una prueba absolutamente valida entonces llamo la atención también sobre ese punto porque si los testigos son claros en su manifestación esa prueba es válida no tiene que estar en un documento escrito, igualmente también creo que quedo claro que la demandante si tenía derecho al rodamiento tema que destaco la señora juez como que no se hubiera acreditado independientemente del medio de prueba aquí está demostrado los testimonios de mi cliente fueron claros en ese sentido y la respuesta de la demanda también ósea que para mí también hay una indebida interpretación del material probatorio.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no ofreció reparo la existencia de la relación laboral existente entre la demandante y la demandada, la que fue aceptada por esta última y quedó suficientemente probada durante el trámite procesal de primer grado, y que dicho sea de paso, se encuentra vigente.

Es así como procede la Sala en primer lugar a referirse sobre la desmejora salarial objeto de recurso que se alega tuvo lugar a partir del 2016; sobre el particular y contrario a lo indicado por el recurrente, el análisis efectuado al respecto en primer grado se encuentra acertado como quiera que las testimoniales vertidas durante el trámite procesal, dieron cuenta de manera clara que a partir de dicha anualidad, la sociedad demandada realizó un plan de ventas que igualmente se encuentra documentado en el expediente bajo la modalidad de células por sectores que llevó al cambio de las metas de comisiones y contrario a lo indicado en el escrito de demanda, que también quedó claro con las testimoniales, la situación laboral de la demandante, no era equiparable con las de las señoras Luz Amado y Angélica Prado, pues los testigos dieron cuenta al unísono que las trabajadoras en mención, fueron asignadas al manejo de los clientes denominados **grandes anunciantes**, lo que implicaba un aumento en sus funciones y por ende un aumento en su asignación salarial, sin que ninguna prueba de cuenta del hecho de que la demandante no haya sido promovida al manejo de dicho sector de clientes, obedeciera a una estrategia discriminatoria o vulneratoria de sus derechos

laborales como erradamente lo señala la parte demandante en alegaciones, ya que igualmente los testigos al unísono indicaron que la decisión de las personas encargadas del manejo de grandes anunciantes, se dio al azar.

De lo anterior, se desprende con claridad que como en efecto lo indicó la juzgadora de primer grado, a la demandada nada le impedía reubicar a la demandante en la localidad de Barrios Unidos para el desempeño de sus funciones, como tampoco estaba obligada a promoverla al manejo de los grandes anunciantes, sin que se evidencie en esta oportunidad un abuso al ius variandi por parte de la demandada, contrario a lo señalado por el recurrente ya que el cambio en el modelo de comisiones y la reubicación de la actora en la célula de Barrios Unidos, no transgreden tal facultad que encuentra límites en el honor, dignidad, seguridad y derechos mínimos del trabajador como lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4991 de 2016, M.P., Rigoberto Echeverri Bueno, oportunidad en que indicó a este respecto:

*En concordancia con lo anterior, la Corte no puede suscribir una tesis como la que defiende la censura, relativa a que las cláusulas iniciales del contrato de trabajo son inmodificables de manera unilateral, en la medida en que, por el respeto a la libertad contractual, las reformas siempre deben constar por escrito y provenir de un acuerdo entre las partes. Ello en virtud de que, como anteriormente se mencionó, por la naturaleza especial del contrato de trabajo y sus diferencias sustanciales respecto de los contratos civiles y comerciales, en desarrollo del poder subordinante y por razones de eficiencia, racionalización de la producción y organización de la empresa, etc., **es posible para el empleador alterar unilateralmente algunas de las condiciones no esenciales de la relación de trabajo, sin que le sea oponible la libertad contractual o algún principio de bilateralidad en las reformas.** Esta Sala de la Corte, en sentencias como la CSJ SL, 2 sep. 2008, rad. 31701, ha señalado al respecto que,*

*...siendo el ius variandi un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, **son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo...** (Negrilla fuera del texto original).*

Conforme criterio jurisprudencial en cita, se itera, en esta oportunidad no se vislumbra ninguna transgresión al ius variandi, máxime cuando quedó determinado con las testimoniales vertidas que la asignación de la demandante a la localidad de Barrios Unidos a pesar de vivir en Suba, obedecía también a criterios de ubicación de los clientes y no en todos los

casos era posible observar el lugar de residencia del trabajador, concluyéndose así que no le estaba vedado a la demandada modificar el esquema de comisiones como tampoco disponer el cambio del lugar en que la demandante prestaba su servicio.

De otra parte, el recurrente señala que a folio 547 obra certificación de quien desempeña el mismo cargo de la demandante y en la que se evidencia una suma superior a la devengada por esta última; en efecto revisada dicha documental se tiene que se trata de certificación laboral de la señora Luz Amado y en la que si bien consta que desempeña el mismo cargo de la demandante con una asignación **variable** superior a la de esta, ello no implica un desconocimiento de los derechos de la demandante, pues como bien adujo la decisión de primera instancia, la documental bajo estudio, fue expedida en el año 2017, data para la cual, la demandante padeció afecciones de salud, cuya prueba allegó al expediente y que le significaron varias incapacidades, impidiéndose así la prestación efectiva de su servicio, que sin duda repercute en su ingreso variable debido a la labor de ventas en que se desempeña; aunado a ello, no se demostró que la actora hubiera efectuado las mismas ventas en el periodo en mención que la señora Luz Amado, para así determinar que a la demandante se le estuviera desconociendo ingreso alguno.

De igual forma y si bien en dicha documental también se evidencia un ingreso superior fijo de la señora Luz Amado respecto al de la demandante, también se demostró que la primera, fue promovida en 2016 al manejo del grupo de clientes denominado grandes anunciantes, lo que a dicho de los testigos, implicaba un aumento en su asignación salarial, evidenciándose así causales objetivas que determinan la alegada diferencia salarial a pesar del desempeño del mismo cargo.

De otro lado y en lo que respecta al argumento del recurrente según el cual, no se analizaron en debida forma las testimoniales vertidas, esta Sala no observa ningún análisis erróneo de esta prueba; contrario sensu, los deponentes dieron cuenta de manera clara de los hechos que les constaba respecto a la situación de la demandante, afirmando al unísono el por qué de la diferencia salarial de la demandante respecto de otros trabajadores con su mismo cargo y ninguno adujo un trato diferencial que como se dijo, no obedeciera a circunstancias objetivas. En cuanto al estado de salud de la demandante y que trae a colación el recurrente, no hay lugar a referirse a este

respecto como quiera que tal circunstancia no fue objeto del debate procesal, pues no se alegó en ningún momento que las decisiones del empleador hubieran repercutido en el estado de salud de la demandante.

Por último, tampoco hay lugar a variar la decisión en lo que respecta al auxilio de rodamiento como quiera que en efecto no se demuestran los requisitos para considerar a la demandante beneficiaria del mismo; el laudo arbitral visible a folio 731 y s.s., contempla en su artículo 9 que devengará el mismo, el empleado que ponga el vehículo de su propiedad a favor de la demandada y en esta oportunidad no se probó que la señora Claudia hay puesto vehículo de su propiedad al servicio de la pasiva.

Es así como al no salir avante ninguno de los argumentos del recurrente, se **confirmará** la decisión de primer grado en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

Mo-10-11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Lorenzo - R

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-636-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: BLANCA INÉS VENEGAS
DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido el 6 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

La señora BLANCA INÉS VENEGAS, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se DECLARE que el fondo demandado es el obligado al pago de las obligaciones de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, condenándolo al reconocimiento y pago a su favor de sustitución pensional vitalicia a partir del 4 de octubre de 2016, de que disfrutaba en vida el señor Hernando García, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a la fecha del fallecimiento el señor Hernando García Pallares, ostentaba la calidad de pensionado por parte de la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia, prestación que se reconoció en

resolución 0555 de junio de 1973, a partir de su fecha de retiro del servicio que tuvo lugar el 14 de enero de 1973, que falleció el 4 de octubre de 2018.

Indica que desde el 3 de enero de 2003, comenzó vida marital con el causante bajo el vínculo de unión libre, compartiendo techo, lecho y mesa desde dicha data y dependía económicamente de él ya que siempre fue ama de casa, que él la tenía afiliada al servicio médico desde el 5 de octubre de 2011 y reclamó sustitución pensional ante la demandada sin obtener resultado alguno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El fondo demandado contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 3 a 5 y 15, negó el No. 14 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER al fondo demandado de las pretensiones incoadas por la demandante declarando probadas las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe propuestas por este, condenando en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no había sido objeto de controversia la fecha de fallecimiento del señor Hernando García Pallares, que tuvo lugar el 4 de octubre de 2018, como tampoco que en vida se le reconoció la pensión mensual vitalicia de jubilación conforme Resolución 055 del 6 de junio de 1973 emitida por Ferrocarriles nacionales de Colombia; señaló que el testimonio del señor Héctor Guillermo Venegas Chaparro y quien manifestó ser el hermano de la demandante, fue tachado por la apoderada de la parte demandada teniendo en cuenta que se escuchaba a una persona indicando el sentido de las respuestas al testigo; conforme a ello y una vez verificado el audio de la audiencia que reposaba en el expediente digital se advertía que pese a que el señor Venegas Chaparro se encontraba bajo la gravedad de juramento, le asistía razón a la apoderada de la demandada teniendo en cuenta que se escuchaba a minuto 7:47 cómo una persona le indicaba el sentido de las respuestas, señalándole que diga que el

causante y la demandante se conocieron en el año 2002, luego cuando se le pregunta cuánto convivieron se escucha a minuto 8:50 le dicen que diga que 11 años, a minuto 9:27 cuando se le pregunta cada cuanto visitaba a la demandante y el causante el testigo manifiesta que todas las tardes y se escucha como le dicen que diga que cada mes, y el testigo rectifica su respuesta diciendo que los visitaba cada mes; a minuto 14:42 cuando se le pregunta en que año falleció le dictan 2018, y así sucesivamente, por tanto, era claro que la declaración del testigo no podía ser tenida en cuenta y perdía cualquier credibilidad, encontrándose claramente contaminado ya que en su declaración se limitaba a repetir lo que otra persona le dictaba, siendo clara intención del testigo de engañar al Despacho, teniendo en cuenta su familiaridad con la demandante quien busca el reconocimiento de una pensión en su favor.

Que conforme a la fecha de fallecimiento del señor Hernando García la normatividad aplicable para el estudio de la prestación era el artículo 47 de la ley 100 de 1993, que exige a la cónyuge, compañera o compañero permanente del causante una convivencia mínima de 5 años anteriores a la fecha del deceso y conforme lo indicado en sentencia SL 22.560 del 5 de abril de 2005 y SL 1108 de 2018 en cuanto a la convivencia exigida en la Ley 100 de 1003 esta puede resumirse como un auxilio mutuo que consiste en el acompañamiento espiritual permanente, amor, apoyo económico y vida en común, entendida esta aun en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias o a causas razonables que la justifiquen, que refleje el propósito de realizar un proyecto de pareja responsable y estable.

Señaló que una vez analizadas todas las pruebas y estudiadas en su conjunto, las mismas presentaban serias contradicciones, las cuales no permitían llegar al convencimiento de que efectivamente la demandante haya convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento y que esta convivencia haya sido en razón del ánimo de constituir una familia, de tener una relación sentimental entre ellos, por cuanto en primer lugar, en el hecho sexto de la demanda se afirmaba que la demandante había convivido con el causante desde el 3 de enero del 2003, a folio 324 del archivo “PRUEBAS Y ANEXOS CONTESTACION BLANCA INES VENEGAS 2019-636” aparece el registro de defunción de la señora Silvia Rodríguez de García, en el que se indica que falleció el 1° de agosto del 2003, la señora Blanca al absolver el interrogatorio de parte manifestó que luego de que se le murió la esposa esperaron 1 año y

la llamaron a ella y que ella convivió con el causante hasta el fallecimiento, es decir, si comenzó la convivencia en un año después del fallecimiento de la cónyuge del causante el 1° de agosto del 2003, se hablaría del año 2004, sin embargo en la demandante hace referencia a una fecha incluso anterior a la fecha en que falleció la cónyuge del señor García, lo cual contradice lo dicho por la demandante; aunado a ello, cuando la apoderada de la demandada le pregunta si conocía al causante y quiera él, si bien la demandante dice que vivieron en unión libre refiere que ella era la que hacía todos los oficios, le planchaba, le lavaba, iban a traer el mercado, él pagaba los servicios, que ella le colaboraba mucho en los quehaceres de la casa la que le hacía comida, le planchaba y le colaboraba mucho en la casa, que ella lo llevaba, lo paseaba, cuando se le pregunta si tuvieron una relación sentimental con el causante manifestó: yo estuve en la casa de él viviendo y todo que los últimos días cuando el murió se lo llevaron para Girardot, luego manifiesta en su declaración que el viejito iba hasta la casa y le decía que no se fuera ir porque entonces quien le iba hacer la comida. Cuando se le pregunta si alguna vez se casaron manifestó que ellos vivían en unión libre, pero luego dice que eran vecinos y todo y que él le decía que ya para qué se casaban, luego refiere “él se casó por lo católico, la esposa murió de diabetes ellos tenían una tienda y yo fui ayudarles a la tiendita me tocaba lavar planchar lo mismo que estaba haciendo en la casa de DON HERNANDO me tocaba ayudarle a doña Silvia ella murió el señor permanecía solo y ahí yo era la que le ayudaba al señor”

Si bien inicialmente la demandante había dicho que la llamaron para que estuviera con el causante cuando se le interroga quien la llamó cambia su dicho y dice que el causante fue a su casa y le tocó y le dijo que él estaba solo y le dijo vaya me acompaña me colabora y me ayuda, dice además que ella fue y le colaboró porque era muy buena gente y le dejaba la casa impecable, lo acompañaba a retirar la pensión, a pagar servicios, arreglar las alcobas, arreglar todo; que le tocaba quedarse con él y que cuando estaba aburrido le tocaba llevarlo a pasear.

Que de dicha declaración de la demandante y de la forma en que se refiere al causante como DON HERNANDO lo que se advertía era que si bien el señor García Pallares convivía en la misma de la demandante, lo cierto es que no se evidenciaba pese a que la declarante refiere que vivió en unión marital de hecho con el causante, que su relación fuera derivada del amor a base de

sentimientos o del acompañamiento espiritual permanente; por el contrario lo que dejaba ver su declaración es que la relación que mantuvieron fue una relación laboral en donde la señora Venegas Chaparro le prestó sus servicios para realizar el aseo del hogar y para ayudar al demandante en los cuidados requeridos por su enfermedad, pues como ella misma lo refiere fue contratada inicialmente para ayudar con las labores de aseo por la señora Silvia quien era la cónyuge del causante y la demandante refiere que estaba en las mismas condiciones con Don Hernando, es decir, que también le estaba prestando los mismos servicios de aseo, aunado a ello indicó que convivieron desde el año 2010, lo cual se contradice con lo dicho en la demanda en donde refiere que la convivencia fue desde el año 2003.

Recalcó que, durante todo el interrogatorio de parte, la demandante siempre indicó que la relación que sostuvo con el demandante fue sentimental pero siempre habló de los oficios y servicios que le prestaba al señor García Pallares y que por eso era su compañera permanente. Adicionalmente, la señora Fabiola Salgado, en declaración indicó que la señora Venegas Chaparro convivió con el señor García Pallares desde el año 2010 hasta su fallecimiento en el año 2018, respecto de lo cual, al igual que la demandante en su interrogatorio de parte indicó que le constaba que eran compañeros permanentes porque la señora Venegas Chaparro se dedicaba a realizar los oficios del hogar y porque el señor siempre fue muy cordial con la señora Venegas Chaparro razón que como ya se indicó no es suficiente para declarar una convivencia, existiendo igualmente contradicción en las declaraciones extra juicio aportadas por la parte demandante al expediente e incluso en los testimonios rendidos ante ese estrado judicial ya que la señora Aura María Quevedo en declaración extra juicio del 18 de diciembre de 2018 (fl. 355 archivo 03. Contestación) indicó que la demandante convivió con el señor García Pallares desde el año 1993 y en el año 2010 contrajeron matrimonio, pero ello difirió en la declaración que rindió ante este estrado judicial porque aquí indicó que la convivencia que mantuvieron estuvo vigente desde el año 2010 hasta el año 2018 y siempre fueron compañeros permanentes no cónyuges, también la declaración extra juicio de la señora María del Carmen Rodríguez y del señor Jorge Tafur rendida el 7 de octubre de 2011, indicaron que les constaba que los señores García Pallares y Venegas Chaparro llevaban 8 años conviviendo bajo el mismo techo, lecho y mesa, cuando la demandante en su declaración refirió que la convivencia había sido desde el 2010, no siendo

posible por las contradicciones anotadas determinar la convivencia alegada dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento del señor García Pallares con la demandante.

A su turno, obraba en el expediente declaración extrajuicio rendida por el mismo señor Hernando García Pallares, en la cual señaló que desde el fallecimiento de su esposa Silvia Rodríguez de García, no había convivido con persona alguna y no tenía beneficiario de su pensión de jubilación, apareciendo escrito de uno de los hijos del causante, señor Mauricio García, en la cual manifestó que su padre siempre convivió después del fallecimiento de la señora Silvia con una de sus hijas, su nieto y su yerno y denunció penalmente a la demandante por una declaración extrajuicio que firmó su progenitor señalando que convivió con el causante manifestando que se hizo aprovechándose de su padre para ser afiliada a salud, siendo claro que no se lograba demostrar la convivencia de la demandante como pareja del señor Hernando dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento de este al ser las pruebas aportadas abiertamente contradictorias, debiéndose absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante señaló que se encontraba conforme con los hechos que se encontraron probados por el despacho; no obstante no con la manifestación de las contradicciones en las pruebas y menos que el juzgador encontró como una contradicción grave el hecho de que al formular la demanda se señaló como inicio de convivencia el año 2003 y la demandante haya señalado que en el 2004, y el mismo difunto en su declaración extraproceso, afirmó junto con la demandante que hacían convivencia hace más o menos 8 años, lo que coincidía con las declaraciones allegadas al plenario por las señoras Aura Quevedo y Fabiola Salgado, quienes afirmaron que la convivencia que se inició entre el señor Hernando y la demandante inició luego del fallecimiento de este, ya que si bien podían existir 2 respuestas del testigo Guillermo Venegas, por los sonidos sospechosos, ello no quería decir que toda la declaración estuviese contaminada; evidenciándose de todas las pruebas que lo que realmente se había dado entre la demandante y el señor Hernando fue una convivencia en unión libre, donde todas las personas que están externas esta relación y lo que vieron fue un trato cariñoso tal como lo mencionaron, un trato

de pareja, de marido y mujer y dónde la señora que le Venegas al dedicarse a ser ama de casa atendía a todos los oficios domésticos, lo que hace cualquier compañera o esposa que se dedique solamente a ser ama de casa.

Señaló que sí se logró cumplir con la carga probatoria de demostrar que realmente la relación que tuvo con el señor Hernando, de los testimonios vertidos de audiencia nos encontramos ante una unión libre que arranca o inicia desde el año 2004 y no tienen una solución de continuidad sino hasta la fecha de fallecimiento del causante en el 2018, los testigos hablan de todas las vicisitudes que se presentaron en la relación de la demandante y el señor Hernando en cuanto a que la señora le hacía todos los cuidados y atención al señor Hernando, no le conocieron otra pareja a este, todos son contestes en afirmar cuándo fue la muerte de señor Pallares, y hay que tener en cuenta la declaración en vida rendida por este en la indica que su convivencia con la demandante se inicia después del fallecimiento de su esposa, la que reiteró los testigos eran contestes en afirmar el lugar y cómo era la casa de la convivencia, el barrio, la ciudad, dan cuenta de los aspectos de modo tiempo y lugar en que se dio la convivencia de la pareja siendo testigos directos de ello.

Afirmó que el hecho de que se haya dado por demostrado que la demandante hacía los oficios domésticos al señor Hernando, esto no desdibujaba ni enervaba que lo que aconteció realmente fue una relación de pareja, un acompañamiento, una solidaridad, entrega total durante más de los últimos 5 años y teniendo en cuenta que el señor Hernando estaba atravesando por una etapa dolorosa, merecía que tuviese al lado una mujer abnegada entregada a su compañero permanente que fue lo que aconteció en el caso bajo estudio, demostrándose una convivencia mayor a los 5 últimos años de vida del causante como lo indicaron los testigos, su hermano, la señora Aura, la señora Fabiola y del mismo dicho de la demandante que se debían valorar de manera imparcial y concluyéndose que la demandante no era una ayudante del servicio doméstico del causante, sino su compañera sentimental.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado sea lo primero señalar que como quedó determinado en la instancia, no ofreció reproche la fecha de fallecimiento del señor Hernando García, que tuvo lugar el 4 de octubre de 2018,

como tampoco que a dicha data ostentaba la calidad de pensionado por jubilación, prestación que le fuera concedida por la entonces Ferrocarriles Nacionales de Colombia y de la que disfrutaba desde 1973.

Determinado lo anterior, como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, **deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**;*

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

Es así como la decisión de primer grado no encontró acreditada la convivencia de que trata la norma en cita, alegando el recurrente que esta quedó suficientemente demostrada en primer lugar con la declaración extra proceso que rindiera el mismo causante junto con la demandante el 3 de octubre de 2011; no obstante, contrario a lo señalado por el recurrente del contenido de dicha documental, no se puede concluir la convivencia deprecada, pues si bien

fue rendida por el causante, lo cierto es que este mismo rinde declaración de igual naturaleza con posterioridad, esto es, el **16 de diciembre de 2012**, la que allega la parte demandada y en la que señala, contrario a lo indicado en la primera declaración a que se alude, que desde el fallecimiento de su esposa, **no ha hecho vida marital con ninguna otra persona** y por ende no le subsisten en caso de muerte beneficiarios de la prestación pensional que devengada; de tal manera de la declaración a que alude el recurrente, no es posible demostrar la convivencia alegada, cuando se itera, se rindió una con posterioridad y sentido totalmente contrario.

De igual manera, del dicho de los testigos, como bien lo adujo la decisión de primera instancia, tampoco se puede derivar la existencia de la convivencia como pareja bajo estudio, pues contrario a lo indicado por el recurrente, ninguno de ellos fue conteste en indicar la fecha desde que inició la convivencia de la que dieron fe, declarando que esta correspondía a una fecha en las declaraciones extrajuicio aportada y a otra cuando fueron interrogados en sede judicial y menos se le puede otorgar credibilidad a la declaración rendida por el testigo Guillermo Venegas, cuyo dicho quedó claro en ese momento procesal, fue inducido por otra persona que le indicaba el sentido de las respuestas a las preguntas que se le formulaban, concluyéndose que su testimonial no fue vertida de manera **libre y espontánea**, como requisito ineludible de cualquier declaración en sede judicial.

Ahora bien, tampoco le asiste razón al recurrente en su dicho según el cual la demandante era una ama de casa abnegada en la convivencia de pareja que alega existió y por ello realizaba todos los oficios de la vivienda en que indica vivió con el señor Hernando, lo que en efecto observa esta sala, no obedece a la realidad, pues la misma demandante al rendir interrogatorio de parte, manifiesta de manera clara que en vida de la esposa del señor Hernando, les ayudaba con los oficios del hogar y lo continuó haciendo con posterioridad al deceso de esta última por petición del señor Hernando, quien le solicitó ayuda con las labores del hogar, sin que de tal prestación de servicios se pueda derivar una convivencia de pareja, pues de ello no da cuenta la misma demandante quien en su dicho se refiere con expresiones hacía el señor Hernando que dejan entrever un trato muy formal hacía este y no de pareja, argumentos que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 28-2019-878-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GLORIA NIETO RAMÍREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las entidades de seguridad social demandadas.

ANTECEDENTES

La señora GLORIA NIETO RAMÍREZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la anulación por ineficacia del traslado que realizara del RPM al RAIS, ante la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

omisión de Colpatria AFP hoy Porvenir S.A., de cumplir con el deber de información; como consecuencia de tal declaratoria peticiona se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado de dicho régimen, ordenando a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales junto con rendimientos y gastos de administración, condenándola a que en caso de haberle otorgado pensión, siga pagando la misma como si permaneciera afiliada al RPM. (fls. 5 y 6).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al sistema general de pensiones el 24 de mayo de 1982, afiliándose a Colpatria AFP el 29 de marzo de 1999, como consecuencia de la publicidad de dichas entidades administradoras del RAIS, que Colpatria fue absorbida por Porvenir S.A., que a la data de su afiliación el asesor de esa pasiva, sólo se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría del RAIS versus las consecuencias negativas de este, que no le entregaron proyección alguna de lo que sería el valor de su mesada pensional en ambos regímenes, no se le indicó sobre qué ingreso debía cotizar para obtener una pensión en cuantía similar a la del RPM, como tampoco una sobre el SMLV.

Que no se le informó sobre el derecho que tenía a retractarse de dicha afiliación; contrario sensu, se le indicó que en el RAIS se pensionaría a menor edad que la requerida en la ley, que su mesada pensional allí sería de mayor cuantía a la que recibiría en el RPM y que dicho régimen desaparecería; afirma que solicitó ante Porvenir S.A., el suministro de los documentos que se utilizaron para hacer efectivo su traslado, los que no le fueron entregados, que solicitó ante Colpensiones la anulación de su traslado y esta fue negada, lo propio ocurrió con Porvenir S.A.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Señala por último que de haber permanecido afiliada al RPM, recibiría una mesada pensional de \$1.213.143, mientras que en Porvenir, su mesada ascendería a \$828.117, encontrándose actualmente afiliada a la AFP en mención. (fl. 2 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 17, 18, 24 y 26 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, inexistencia causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe. (fl. 243).

Por su parte, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó los No. 3, 15, 19, 20, 25, 26 manifestó no constarle los No. 1, 17, 18 y 24 y negó los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por falta de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 269).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 29 de marzo de 1999 a través de Porvenir S.A., declarando como afiliación válida la del RPM administrado por Colpensiones, condenó a Porvenir a trasladar a órdenes de Colpensiones los aportes pensionales, con todos sus frutos y sin efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración, condenó a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las entidades demandadas. (fl. 284)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que se encontraba probado que la demandante había estado vinculada al ISS desde



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

1982 en el que acumuló 839,29 semanas, igualmente que el 29 de marzo de 1999 suscribió formulario de afiliación ante la entonces Colpatria hoy Porvenir S.A. y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había sido pacífica y reiterada al que cuando se alegaba la falta al deber de información, tal aspecto se estudiaba bajo la óptica de la ineficacia y no la nulidad; no obstante ello, también dicha corporación había señalado que ambas figuras tenían los mismos efectos.

Precisado lo anterior, señaló que para para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia, se resalte no sólo lo favorable sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, e incluso si fuera el caso en desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la nulidad del traslado, tal como lo ha señalado la corte, entre otras en las sentencias SL12136 de 2014 y las sentencias SL1421, 1452, 1688 y 1689, todas del año 2019.

Señaló que teniendo en cuenta dicha línea jurisprudencial, revisadas las pruebas aportadas al plenario no se había logrado acreditar que la demandante hubiese recibido una información por parte de la AFP Colpatria s.a., que diera cuenta que le había manifestado a esta las ventajas y desventajas que conllevaba su cambio de régimen pensional al momento de ser acogida como afiliado ya que al respecto el representante legal de esa demandada en diligencia de interrogatorio de parte había manifestado que la información que se le brindó a la actora en el acto de traslado, debió haber sido de manera verbal y respecto de la cual, no se dejaba soporte documental, por no existir obligación de ello, de igual forma la demandante narró en qué condiciones se había dado su afiliación; razón por la cual, analizados dichos medios probatorios, concluía que no se había acreditado que a la señora Nieto el asesor de la época no le suministró toda la información requerida en el acto de traslado, no le puso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORJA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de presente proyección pensional alguna en su caso particular ni cuadro comparativo de las condiciones y características de los dos regímenes pensionales determinándose que había incumplido con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada, a fin de realizar un traslado de régimen pensional.

Afirmó que aun cuando en el formulario de afiliación se consignó la voluntad de afiliación; lo cierto es que tal documental no resultaba ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se le hubiera proporcionado toda información del traslado al demandante referente a las ventajas y desventajas del mismo, pues conforme lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dicha circunstancia a lo sumo acreditaba un consentimiento, pero no informado. Que era pertinente recordar que cuando una persona firmaba un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente si se es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada, en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme las reglas establecidas para el régimen pensional en aras de construir su derecho. Así las cosas, pese a que en el formulario de vinculación se había plasmado la firma como aceptación de lo allí contenido, no era menos cierto que la AFP encartada no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar su anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras y los comunicados de prensa aportados por la AFP demandada tampoco tenían la virtud de concluir que a la demandante se le había suministrado la información en los términos señalados, pues esta se debe suministrar en el acto del traslado y no con posterioridad a este; no quedando más que declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, realizado el día 29 de marzo de 1999, a través de Colpatria hoy Porvenir s.a.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORJA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Declaración que traía como consecuencia el regreso automático de la accionante al RPM administrado hoy por Colpensiones, con el consecuente traslado de todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante debiendo Colpensiones, activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

Afirmó en cuanto a la excepción de prescripción, que la nulidad del traslado al régimen pensional no estaba sometido al término trienal que rige en materia laboral por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, indicó que la figura denominada actos de relacionamiento tenía 2 escenarios, los traslados horizontales y la permanencia del afiliado al RAIS con el transcurso del tiempo, en el último caso para el caso de la demandante se configuraron tales actos de relacionamiento, habiendo permanecido una cantidad de años considerable afiliada al RAIS, que tal aspecto había sido esbozado por la jurisprudencia y la Ley 169 de 1896, expresaba que 3 decisiones sobre un mismo punto constituían doctrina probable y al respecto ya se habían proferido tal cantidad de decisiones.

Solicitó de confirmarse la ineficacia, se mantuviera la decisión de trasladar a esa administradora los gastos de administración, primas de seguros, por cuanto las pólizas adquiridas no amparaban el riesgo de la eventual condena de la devolución de gastos administrativos con relación a la ineficacia por incumplimiento del deber de información siendo este un riesgo que no fue trasladado al asegurador, en los términos del Código de Comercio.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORJA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

La demandada **Porvenir**, indicó en su recurso que no se configuraban los supuestos para declarar la ineficacia del traslado régimen pensional, ya que contrario a lo indicado en la decisión en cuanto a señalar que no hubo un consentimiento informado por la parte actora al momento de la afiliación, ya que se le debió haber informado en su momento ventajas y desventajas de dicho actor y efectuar una simulación pensional para que pudiera conocer eventualmente el valor de su mesada pensional, consideraciones respecto de las cuales se aparta ya que no era dable imponer a esa AFP obligaciones que no se encontraban vigentes a la fecha del traslado pues conforme el artículo 13 de la ley 100 de 1993 consagra que la afiliación es libre y voluntaria cuando no hay ningún tipo de coacción por parte de las entidades del sistema y como consecuencia impone una sanción, por lo que de una lectura literal de dicha norma para el año 1999, no permitía inferir que existiera ningún tipo de obligación por parte de la AFP de brindar una información en los términos señalados por la decisión, el Decreto 656 de 1994, tampoco estableció dicho deber a cargo de las AFP el que solo surge a partir de 2010, no siendo dable dar efectos retroactivos a las normas.

Que de acuerdo con el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, era dable concluir que la verdadera motivación de la demanda más allá de una omisión en la información al momento de la afiliación, era el valor de la mesada pensional que es superior en el RPM a la del RAIS; abusándose de la figura de la ineficacia del traslado del régimen pensional para efectos de acceder a pensiones de mayor valor en un régimen al cual no se ha venido cotizando, siendo pertinente recordar que la Corte Constitucional ha indicado que la finalidad del sistema general de pensiones no es preservar el equilibrio de las prestaciones, sino la debida cobertura de las contingencias de IVM, por ello la demandante debe continuar afiliada al RAIS y acceder a su derecho pensional en dicho régimen, adicionalmente a esa AFP tampoco es dable exigirle haber realizado una simulación al momento de la afiliación pues ello no era una obligación que se encontrara vigente y a cargo de las administradoras para la fecha del traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Indicó que recae toda la responsabilidad en las administradoras de fondos de pensiones pasando por alto las obligaciones de la demandante como afiliada al sistema general de pensiones y como consumidor financiero, ya que de acuerdo con el interrogatorio de parte se podía establecer que ella nunca se aceptó a esa AFP a solicitar ningún tipo de información o a averiguar sobre su derecho pensional y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no servía de fundamento para efectos de la ineficacia porque no es una norma que establezca sus efectos frente a una eventual omisión de información al momento del traslado de régimen, sino que era una norma de carácter sancionatorio por lo que no era aplicable al caso.

Solicitó de confirmarse la ineficacia, se absolviera de las condenas impuestas por concepto de traslado de gastos de administración y primas de invalidez y sobrevivencia, ya que no se aplicaban de forma integral los efectos de la misma, ello por cuanto si el acto de traslado deja de existir, dejaban de existir todas las gestiones y acciones realizadas con posterioridad, como el manejo de las cotizaciones por parte de esa AFP, lo que tornaría improcedente el traslado de los rendimientos que se generan por la debida administración de los recursos que se encuentran en la CAI de la demandante y de haber permanecido esta en el RPM, los rendimientos allí generados no hubieran sido si quiera equivalentes a los del RAIS; inclusive de haber permanecido en el RPM una parte de sus aportes también se hubieran destinado a gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993, razón adicional para revocar dicha condena y las sumas destinadas a seguros de invalidez y sobrevivencia también era improcedente y que la demandante en el RAIS ya tuvo dicha cobertura y tales sumas se habían trasladado a las aseguradoras.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora GLORIA NIETO, se circunscribe a la declaratoria anulación por ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la entonces Colpatria AFP hoy



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Porvenir S.A., el 29 de marzo de 1999, como se verifica de copia de formulario de afiliación, visible a folios 110 del plenario allegada por la demandada Porvenir S.A. (fl. CD 269)

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

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

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Gloria Nieto, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada en mención, fondo al que se trasladó la demandante en dicha época Colpatria AFP, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

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

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

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

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo la afirmación de la recurrente Porvenir S.A., esbozada también en sus alegaciones según la cual, para la fecha de traslado de la demandante a las administradoras del RAIS, no le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado ni menos dejarla documentada en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993, y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la demandante, pues como se dijo, nada lleva a tal conclusión.

De igual forma, no es de recibo la afirmación de dicha AFP respecto a que cumplió sus obligaciones y de ello da cuenta el formulario de afiliación, documental que si bien no fue desconocida por la demandante, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la simple suscripción del formulario, no implica el cumplimiento de dicho deber de información,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

como quiera que no contiene datos relevantes respecto de la situación pensional de cada afiliado en particular.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en sus alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, sin que se haya alegado vicio alguno del consentimiento, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Respecto a los actos de relacionamiento a que alude Colpensiones como sustento de su recurso, se tiene que contrario a lo manifestado por esta, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que la permanencia en el RAIS por el transcurso del tiempo, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, no saneándose con ello la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021, atendiendo igualmente al carácter de imprescriptible propio de esta acción.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Porvenir, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

De igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, dado que el acto de traslado se reputa inexistente, por virtud de lo cual, **no resulta procedente aplicar la prescripción a los mismos**; en cuanto a dichos gastos, la procedencia del reintegro de los mismos, de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la decisión recurrida en cuanto a la declaratoria de ineficacia y los efectos como consecuencia de la misma.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28201900878-01 Dte: GLORIA NIETO RAMÍREZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-201-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: DIANA YANETH GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Porvenir y Colpensiones y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora DIANA YANETH GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

y/o ineficacia del traslado que realizara el 1 de junio de 1994 del ISS a Porvenir S.A., por la indebida y nula información que le suministró ese fondo; como consecuencia de tal declaratoria peticiona se ordene el anular los traslados efectuados dentro del RAIS, ordenando a Protección, Porvenir S.A. y Colpensiones a realizar todas las gestiones tendientes a anular su traslado al RAIS, ordenando a Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren en su CAI y a esta última a recibirla como afiliada en el RPM y a recibir los dineros objeto de traslado, declarando como única afiliación válida la que realizara al ISS en el año 1990.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 18 de agosto de 1965, cumpliendo la edad para pensión en el año 2022, se afilió al RPM el 18 de mayo de 1990 al que cotizó 198 semanas, que el 1 de junio de 1994 se trasladó al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración e información por parte de dicho fondo, que el 1 de julio de 1997 realizó traslado de Porvenir S.A. a Protección S.A., y el 1 de mayo de 2004, retornó a Porvenir S.A, cotizando para el RAIS 1151 semanas, las que sumadas a las cotizadas al RPM, acredita un total de 1349.

Refiere que era obligación de Protección S.A. informarle sobre el año de gracia para retornar al RPM previsto en el Decreto 3800 del 2003, que igualmente Porvenir S.A., debió haberle informado sobre la posibilidad de volver al RPM antes de que le faltaren 10 años para cumplir la edad pensional, que esa demandada le indicó que para el año 2022, su mesada pensional sería de \$1.381.506, cuando revisada su historia laboral se observa que el IBL sobre el que cotizó los últimos 10 años es de \$6.689.742.

Afirma por último que elevó petición ante Protección y Porvenir solicitando la nulidad del traslado a ese régimen y elevó petición en el mismo sentido ante Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PROTECCIÓN S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 y 13, negó los No. 5 y 9 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del SGP, 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, 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.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 15 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos de ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas..

Por su parte, PORVENIR S.A, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, manifestó no constarle los hechos No. 5, 9, 13 y 15 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciere la señora DIANA YANETH GÓMEZ ante Porvenir S.A., el 28 de abril de 1994. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir de PORVENIR S.A. dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no existía duda respecto de la afiliación de la demandante primero al RPM en el año 1990, como al RAIS en el año de 1994, por intermedio de Porvenir S.A., que en año de 1997, se afilió a Protección S.A., y regresó a Porvenir en marzo de 2004; habiendo lugar a determinar si dichos traslados se tornaban válidos y qué incidencia tenía el traslado horizontal realizado dentro de ese último régimen, señaló que la Ley 100 de 1993, había creados 2 regímenes pensionales que obedecían a características diferentes de acuerdo con las cuales, aplicadas a un afiliado en particular, le podían resultar ventajosas o desventajosas, que a partir del año 2008, la Corte Suprema de Justicia había creado línea jurisprudencial en donde detalla las obligaciones que comportaba dicho deber de información y la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, como también entre otros aspectos importantes, que la firma de formulario de afiliación, no daba cuenta de un consentimiento informado en el acto del traslado, como también que los traslados horizontales realizados en el RAIS, tampoco permitían concluir el cumplimiento de la obligación de información por parte de las AFP; ni una ratificación de la voluntad de permanecer en dicho régimen; dicha línea jurisprudencial venía siendo reiterada hasta la actualidad por la Corte Suprema de Justicia y siendo que en el plenario la única prueba que obraba respecto de dicho acto, eran el formulario de afiliación del año 1994, cuando había entrado a regir la Ley 100 de 1993, momento para el cual existía el deber de información y debía ser probado en juicio, ya que la afirmación en tal sentido era suficiente y al respecto del interrogatorio de parte, la demandante había señalado que no se le había brindado información alguna referente a las características y consecuencias de su traslado, siendo claro que no se había demostrado el suministro de la información para dicha data, máxime teniendo en cuenta la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

fecha de traslado de la demandante, data para la cual poca información se brindaba respecto de la entrada de un nuevo sistema pensional, ya que no había personal especializado en la materia; razón por la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial en cita, ante la falta de demostración del deber de información en el acto del traslado pensional bajo estudio, debía declararse la ineficacia del mismo con el consecuente traslado de aportes y rendimientos, no habiendo lugar a devolver los gastos de administración, pues ellos estaban contemplados en ambos regímenes y no se podía desconocer la gestión de las AFP privadas en el manejo de los aportes de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones**, recurrió señalando que se debía adicionar el numeral que ordenó el traslado de los recursos, incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración, ya que la línea jurisprudencial al respecto había sido clara en señalar que ello era una consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, que dichos gastos desde siempre debieron ingresar al RPM.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora DIANA GÓMEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 28 de abril de 1994, así como del traslado posterior a Protección que realizara dentro de dicho régimen, los que quedaron suficientemente probados durante el trámite procesal.

En este orden, la figura de la ineficacia, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

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

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Diana Yaneth Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Porvenir en sus alegaciones, en el presente no obra prueba del cumplimiento del deber de información.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Es así como contrario a lo señalado por Porvenir y Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De otra parte, se observa que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de lo descontado por gastos de administración, **los que no están sujetos al término prescriptivo** aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A., en sus alegaciones, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso se dispondrá **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A., como fondo administrador de los aportes efectuados por la demandante, trasladar junto con dichos aportes y sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados dispuesta en la decisión de primer grado.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionarán** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí descrito, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000201-01 Dte: DIANA YANETH GÓMEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

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

PROCESO ORDINARIO No. 29-2020-389-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de noviembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de las demandadas Porvenir y Colpensiones y las de la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS ALFONSO JIMÉNEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Porvenir S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional, como consecuencia solicita se declare la ineficacia de dicho acto y que por ende nunca se trasladó al RAIS y se encuentra válidamente afiliado al RPM; solicita se condene a Porvenir a registrar dicha afiliación como ineficaz, ordenándole trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en su CAI, sin efectuar ningún descuento y a esta última a activar su afiliación en el régimen que administra recibiendo la totalidad de los aportes objeto de traslado, incluidos rendimientos y bonos a que hubiere lugar.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de marzo de 1955, iniciando su vida laboral realizando cotizaciones a través de Cajanal, entidad a la que estuvo afiliado entre el 14 de marzo de 1981 al 30 de mayo del 2000, que posteriormente realizó aportes al ISS, cotizando en el RPM un total de 993 semanas, que suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., el 17 de marzo del 2000, a la edad de 45 años, que dicha AFP no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras de dicha decisión, no le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada uno de los regímenes, como tampoco el posible monto de su mesada pensional mediante proyecciones objetivas que le permitieran conocer cuáles eran las condiciones en las que podría acceder a una pensión superior a 1 SMLV.

Refiere que la AFP Porvenir S.A., no le explicó los factores a tener en cuenta para determinar el monto de su mesada pensional en ambos regímenes, ni respecto de la posibilidad de retornar al RPM antes del cumplimiento de los 62 años de edad, que conforme proyección pensional expedida por esa AFP, a los 62 años, recibiría una mesada pensional de \$2.378.700, mientras que de permanecer en Colpensiones esta ascendería a \$5.284.621.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Afirma por último que el 3 de septiembre de 2019 solicitó ante Porvenir S.A., anular dicha afiliación, de igual forma ante Colpensiones petitionó activar la afiliación en esa administradora, a lo que Porvenir le indicó que su solicitud no era procedente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle los No. 1 a 6, 20, 25 a 24 y 29 a 32, y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de obligación y compensación.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 5, 25, 29 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos de ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe e imposibilidad de condena en costas..

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que hiciere el señor LUIS ALFONSO JIMÉNEZ ante Porvenir S.A., el 1 de mayo de 2000. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir de PORVENIR S.A. dichos valores y actualizar la historia laboral del demandante. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que no existía duda respecto de la afiliación del demandante primero al RPM,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

posteriormente al RAIS por intermedio de Porvenir S.A., en el año de 2000; habiendo lugar a determinar si dicho traslado al RAIS se tornaba válido. Señaló que la Ley 100 de 1993, había creados 2 regímenes pensionales que obedecían a características diferentes de acuerdo con las cuales, aplicadas a un afiliado en particular, le podían resultar ventajosas o desventajosas, que a partir del año 2008, la Corte Suprema de Justicia había creado línea jurisprudencial en donde detallaba las obligaciones que comportaba dicho deber de información, que existía desde la creación de las AFP y la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, como también entre otros aspectos importantes, que la firma de formulario de afiliación, no daba cuenta de un consentimiento informado en el acto del traslado; que dicho deber había venido evolucionando pasando en el año 2014 al del buen consejo y para el 2015, se había adicionado el deber de doble asesoría.

Que dicha línea jurisprudencial venía siendo reiterada hasta la actualidad por la Corte Suprema de Justicia y siendo que en el plenario la única prueba que obraba respecto de dicho acto, eran el formulario de afiliación del año 2000, cuando había entrado a regir la Ley 100 de 1993, momento para el cual existía el deber de información y debía ser probado en juicio, ya que la sola afirmación en tal sentido no era suficiente y al respecto del interrogatorio de parte, el demandante había señalado que su traslado había sido de manera libre y voluntaria, sin embargo, tal afirmación tampoco se podía tener como prueba del cumplimiento del deber de información y de tal dicho, no se lograba confesión alguna respecto al deber en comento, pues indicó que no se le había brindado información alguna referente a las características y consecuencias de su traslado, siendo claro que no se había demostrado el suministro de la información para dicha data, máxime teniendo en cuenta la fecha de traslado del demandante, este ya tenía una densidad de cotizaciones cercana a las 1000, debiendo haber sido muy exigente el fondo respecto a la información brindada al actor respecto de su traslado; razón por la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial en cita, ante la falta de demostración del deber de información en el acto del traslado pensional bajo estudio, debía declararse la ineficacia del mismo con el consecuente traslado de aportes y rendimientos, no habiendo lugar a disponer la devolución de los gastos de administración, pues ellos estaban contemplados en ambos regímenes y no



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

se podía desconocer la gestión de las AFP privadas en el manejo de los aportes de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que si bien existía la línea jurisprudencial fundamento de la decisión en cuanto al deber de información, se debía aplicar este conforme las circunstancias de cada caso en concreto, no asistiéndole razón al juez en declarar la ineficacia ya que al momento de realizar el traslado del actor, no se encontraba disposición vigente que dispusiera la obligación de documentar la asesoría brindada por AFP diferente al formulario de afiliación, sino que con este el afiliado expresaba su voluntad de realizar el traslado, decisión que fue libre, voluntaria y que se había ratificado con el tiempo, siendo el demandante negligente al contar con la posibilidad de retornar al RPM antes de que le faltaren 10 años o menos para arribar a la edad pensional, pero no lo hizo y no se acercó al fondo al que pertenece para manifestar su inconformidad y si había advertido la existencia de algún vicio en la toma de su decisión, contaba con 4 años para solicitar la rescisión del contrato conforme las previsiones del código civil y como no lo hizo, debía entenderse ratificada su voluntad de pertenecer al RAIS y saneada cualquier nulidad.

Indicó que de considerarse que dicha AFP había incumplido con algún deber, no había lugar como lo indicó la decisión recurrida de trasladar los gastos de administración, aspecto que se debía mantener.

Por su parte, **Colpensiones** señaló que se debía adicionar el numeral que ordenó el traslado de los recursos, incluyendo lo descontado por concepto de gastos de administración, ya que la línea jurisprudencial al respecto había sido clara en señalar que ello era una consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, que dichos gastos desde siempre debieron ingresar al RPM.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

el señor LUIS ALFONSO JIMÉNEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 17 de marzo de 2000, documental que fue allegada al plenario digital por dicha AFP y por la parte demandante.

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

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

Es así como en casos como en el presente contrario a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante en sus alegaciones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Jiménez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual y contrario a lo manifestado por Porvenir en su recurso y alegaciones, en el presente no obra prueba del cumplimiento del deber de información y el acto de traslado bajo estudio, no se puede considerar libre y voluntario cuando el demandante no conocía las incidencias del mismo.

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

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

En ese orden, concluyó que:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP en mención, probar el suministro de dicha información al demandante, no siendo suficiente para el efecto el formulario de afiliación suscrito por este. Lo anterior por cuanto el formulario suscrito por el actor ante esta AFP no da cuenta de haberse suministrado el deber de información en los términos antes señalados, pues únicamente cuenta con los datos personales del señor Luis, pero nada dice acerca de la información que se le brindó en el acto de traslado, ni respecto a sus condiciones pensionales particulares.

Es así como contrario a lo señalado por Porvenir y Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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

Por lo anterior, no hay lugar a aplicar la normatividad que regulan el código civil al caso bajo estudio como lo indica Porvenir S.A., ya que en esta acción no se está discutiendo la rescisión del contrato de afiliación bajo la óptica de la nulidad, sino la ineficacia del mismo por falta al deber de información.

De otra parte, se observa que la decisión de primer grado no ordenó el traslado de lo descontado por gastos de administración, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

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

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A., en sus alegaciones, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprocha la AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso se dispondrá **modificar** el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A., como fondo administrador de los aportes efectuados por el demandante, trasladar junto con dichos aportes y sus rendimientos, lo descontado por concepto de gastos de administración.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 20000**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado dispuesta en la decisión de primer grado, siendo pertinente indicar que el hecho de que el actor esté inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen, nada impedía que promoviera esta acción para solicitar la ineficacia del mismo, ya que la misma es de carácter imprescriptible.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionar** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de sentencia recurrida en el sentido de señalar que el traslado de aportes allí descrito, debe comprender lo descontado por concepto de gastos de administración.

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

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 29202000389-01 Dte: LUIS ALFONSO JIMÉNEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

M o - 1 1

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

Lorenzo - R
LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE RENÉ RAÚL BONILLA ÁLVAREZ VS
CONJUNTO RESIDENCIAL EL PINAR DE LOS ALAMOS RAD N° 30-2020-311-01**

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes, solicitando la demandada, se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia proferida el veintiocho (28) de octubre de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se ABSOLVIÓ a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas. (Expediente Digital).

HECHOS

El señor **RENÉ RAÚL BONILLA ÁLVAREZ** actuando en su propio nombre y en juicio ordinario laboral demandó a **CONJUNTO RESIDENCIAL EL PINAR DE LOS ALAMOS**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato realidad desde el 2 de enero de 2019 y hasta el 31 de diciembre del mismo año definido como a término fijo pero iniciado en verdad el 24 de diciembre de 2018. En consecuencia, solicita pago de salarios, prestaciones y sanciones por el tiempo comprendido entre 2018 y 2019, indemnización por despido sin justa causa desde la verdadera fecha en que se inició el contrato. (Expediente Digital).

Fundamenta sus pretensiones en que entre las partes se dio un contrato de trabajo **desde el 24 de diciembre de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2019**, para desempeñar el cargo de administrador, que fue despedido sin justa causa, que el despido fue por un imprevisto de salud, que el salario fue de \$2.000.000, que a la fecha de presentación de la demanda no le han cancelado la liquidación. (Expediente Digital).

La demandada, fue contestada mediante apoderado, el cual se opuso a las pretensiones asegurando que lo que existió fue un contrato de prestación de servicios, que los 15 días que reclama el demandante fueron de empalme e insiste de un contrato de prestación de servicios, que no existió contrato de trabajo a término fijo que debe ser realizado por escrito. En cuanto a los hechos aceptó la prestación de servicios, pero bajo la modalidad ya señalada, siendo los dos millones pactados a título de honorarios. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, temeridad de la demanda, falta de causa legítima en la presentación de la demanda, genérica e innominada. (Expediente Digital).

Para llegar a esa decisión afirmó en síntesis el Juez: *“...Se escucharon a Edgar Steven Contreras a Mario Durán Mejía y a José Reynaldo Sastre Beltrán como también los interrogatorios que fueron absueltos por representante legal y por el demandante con esas pruebas vamos a resolver este asunto; Lo primero que debo advertir es que La Constitución Política en su artículo 4 habla de que en caso de incompatibilidad entre Constitución y la ley o norma jurídica se aplicarán las disposiciones de la primera, el artículo 3 del inciso tercero del artículo 13 de la Constitución Política determina que el Estado debe proteger especialmente a las personas que por su condición económica física o mental se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que se cometan contra ellas y el CST en su artículo 9 indica que el trabajador goza de la protección del Estado razón por la cual los funcionarios públicos propenderán por una debida protección para garantizar la eficacia de sus derechos de acuerdo con sus atribuciones igualmente establece el artículo 22 del CST el contrato de trabajo es aquel por medio del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona que puede ser natural o jurídica bajo la continua subordinación de la segunda y percibiendo la remuneración; de tal definición se inducen los elementos que configuran la relación del trabajo como son la actividad personal realizada por el trabajador lo que implica la prestación personal del servicios al que se haya comprometido con ocasión de esa relación, el salario como retribución del servicio y la continua subordinación o dependencia respecto a su empleador que lo faculta precisamente para darle ordenes, señalarle directrices, indicarle la forma cómo debe realizar la labor estableciendo el modo, el tiempo y el lugar para su desarrollo pero esta situación debe encontrarse presente durante toda la existencia de la vinculación, los 3 elementos deben concurrir para que pueda decirse que en efecto se está presente de una relación contractual especialmente el elemento de subordinación ya que es el carácter de esa relación laboral pues de no existir éste puede hablarse de la existencia de otro tipo de contrato, los contratos de prestación de servicios pues están regulados también por el Código Civil y permiten precisamente en determinados casos hacer uso de esta posibilidad, el Código Civil también permite la contratación por medio de los contratos de prestación de servicios precisamente para determinadas actividades; se ha establecido que son para las actividades o profesiones liberales como son para los médicos, para los abogados para los agrimensores y para determinadas personas como también contadores públicos, ingenieros entre otros*

aspectos y ahí pues se mira la autonomía y el desarrollo de esa labor, es decir la total ausencia de subordinación, toda vez que la persona natural si es contratada bajo ese tipo de contratos tiene pues la libertad de realizar su trabajo de acuerdo a lo que allí se parte. Vamos a verificar entonces con las pruebas que ya acabo de relacionar y por la regulación que establece el CST y el Código Civil si existió o no entre las partes el contrato de trabajo pretendido por la parte actora o en su defecto existió fue un contrato de naturaleza diferente como lo alega la parte demanda por eso analizaremos las pruebas fundamentadas en el artículo 60 del CPTSS, podemos entonces verificar claramente con los documentos en principio que no hay un contrato escrito no se allegó el contrato no fue posible establecerlo toda vez que los testigos como el demandante y el representante legal no dieron cuenta de la existencia de ese contrato, existen unas actas de nombramiento del administrador y existen los testimonios y las confesiones que se han hecho al respecto con relación a la invitación que se hizo por parte del conjunto para recibir hojas de vida, la convocatoria como ellos lo denominaron manifestó el señor demandante no haberla leído, no conocer los pormenores de esa invitación a esa convocatoria, los testigos Mario Durán, Steven Escobar y Reinaldo Sastre especialmente Mario Duran y Steven Escobar manifiestan que en esa convocatoria pues se hablaba de la invitación a que postularán hojas de vida para hacer un estudio correspondiente bajo un contrato de prestación de servicios, el testigo Reinaldo Sastre Beltrán dice llevar un tiempo considerable al servicio de la empresa no observó que el demandante firmara algún tipo de control para el ingreso y salida del edificio pero sí lo vio durante varios días allá en ese lugar, Nubia Henao Piñeros que es la testigo de la parte demandante manifestó que el señor le había ofrecido la posibilidad de laborar para lavar unos pisos concretamente, que un martes le llevó la hoja de vida pero no lo encontró, posteriormente habló por teléfono le dijeron que había sido despedido o le comentó que había sido despedido pero no tiene mayor información sobre la forma de contratación, pero sí da cuenta que efectivamente él estuvo en ese lugar prestando los servicios; también se habla de unos tiempos en los cuales debía atender a los residentes del conjunto Pinar de Álamos, los testigos de la parte demandada manifiestan que esos tiempo el señor demandante los atendió; sin importar si fueron impuestos o fue el señor demandante quién los estableció debo indicar que cualquier tipo de contrato bien sea en el contrato de trabajo o en el contrato de prestación de servicios efectivamente tiene que haber una serie de corresponsabilidad, es decir debe prestarse un servicio y debe determinarse el momento en el cual debe realizarse porque el contrato de prestación de servicios aunque tiene absoluta independencia para realizarlo pues tampoco puede hacerlo de una manera suelta es una serie de coordinación porque hay una serie de obligaciones de parte y parte por eso es que vamos a analizar esto bajo la tesis del contrato realidad porque así lo establece el artículo 53 de la Constitución política. Se habla de que existió un contrato a término fijo desde el 24 de diciembre del 2018 hasta 31 de diciembre del 2019 que fue lo que le ofrecieron, esa es la tesis que habla la parte demandante mientras que la parte demandada argumenta que fue un contacto de prestación de servicios; frente a la prestación de servicio la parte demandante reclama desde el 24 de diciembre del 2018 fecha en que empezó el empalme con la anterior administradora y que fue nombrado como representante legal del conjunto a partir del 2 de enero del 2019 y está claro pues que fue retirado del servicio el 17 de enero del 2019 sobre este tiempo que no hay discusión al respecto, vamos a analizar entonces los elementos del contrato de trabajo; El primero es lo que tiene que ver con la prestación del servicio opera a favor del trabajador una presunción del artículo 24 y le corresponde entonces a la parte que alega la existencia del contrato demostrar que prestó personalmente los servicios, como no hay documentos escritos ni de prestación de servicios ni de contrato de trabajo la prueba que tenemos frente a ese tipo de vinculaciones; **es el acta número 147 del 2 de enero del 2019 se habla de que es nombrado como representante legal del conjunto y lo firman 6 miembros del Consejo de administración esta fue el acta que dio lugar al nombramiento de la alcaldía como representante legal por eso la tengo en cuenta aunque se habla de que presentó otra acta que únicamente iba relacionada por el presidente y vicepresidente pero esa tuvo implicaciones de su nombramiento solamente la que acabo de hacer referencia, es decir que sí hubo una prestación personal del servicio parte del demandante durante esos días pues así lo establecieron y el Consejo dentro de sus funciones legales tiene la de nombrar y elegir la**

modalidad contractual por la cual debe contratar al administrador y puede ser de varias maneras; puede ser por un contrato a término fijo de carácter laboral puede ser por un contrato indefinido o puede darse un contrato de prestación de servicio de carácter civil, es decir no hay limitación. Al respecto encontramos que la ley 675 de 2001 en su artículo 38 y 50 concretamente en el 38 cuál es la naturaleza y funciones de la Asamblea General de propietarios cuando dice que es un órgano de dirección de las personas jurídicas que surge por mandato de esta ley y tendrá como funciones básicas las siguientes; Nombrar de modo libre al administrador y a su suplente como si fuera el caso para periodos determinados y fijarle su remuneración, elegir y remover a los miembros del Consejo de administración en su artículo 50 habla de la naturaleza del administrador y dice que la representación legal de la persona jurídica y la administración del edificio o conjunto corresponderá a un administrador designado por la Asamblea General de propietarios en todos los edificios o conjuntos y el artículo 51 indica que cuáles son las funciones del administrador, el administrador del edificio o conjunto estará a cargo del administrador que tiene facultades de ejecución, conservación y representación y recaudo y las funciones básicas son convocar a la asamblea a reunión ordinaria o extraordinaria y someter a su aprobación el inventario y balance general de las cuentas de ejecución anterior, un presupuesto detallado de los gastos de ingresos correspondientes al nuevo ejercicio anual incluyendo primas de seguros llevar directamente bajo su responsabilidad dependencia y responsabilidad, los libros actas de asamblea, registro de propietarios de residentes y atender la correspondencia relativa al edificio del conjunto, poner en conocimiento de los propietarios y residentes del edificio conjunto las actas de Asamblea General y el Consejo de administración si lo hubiere, preparar o someter a consideración del Consejo de administración las cuentas anuales el informe para la Asamblea General anual de propietarios y el presupuesto de ingresos y egresos por cada vigencia, el balance general de las cuentas del ejercicio anterior el balance de prueba y la respectiva ejecución presupuestal, llevar bajo su dependencia la responsabilidad y contabilidad del edificio o conjunto, administrar con diligencia y cuidado los bienes del dominio de la persona jurídica que sufran como consecuencia de la desafectación de los bienes comunes no esenciales y destinarlos a los fines autorizados por la Asamblea General y en el acto de la desafectación de conformidad con el reglamento de Propiedad Horizontal, cuidar y vigilar los bienes comunes y ejecutar los actos de administración conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas por el reglamento, cobrar recaudar directamente o a través de apoderados cuotas ordinarias y extraordinarias, multas en general cualquier obligación de carácter peculiar y a cargo de los propietarios ocupantes de bienes del dominio particular del edificio o conjunto iniciando oportunamente el cobro judicial de las mismas sin necesidad de autorización alguna elevar a escritura pública y registrar las reformas al reglamento de Propiedad Horizontal aprobado por la Asamblea General de propietarios, inscribir ante la entidad competente los actos relacionados con la existencia y representación legal de la persona jurídica representar judicial y extra judicialmente a la persona jurídica y conceder poderes especiales para tales fines cuando la necesidad lo exija, notificar a los propietarios de bienes privados por los medios que señale el respectivo reglamento de Propiedad Horizontal las sanciones impuestas en contra de la Asamblea General por el Consejo de administración según el caso por cumplimiento de obligaciones eso fue estudiado por la Corte Constitucional y fue declarado exequible según la sentencia C 318 de 2002 esas son entonces las obligaciones generales pero hay más hacer efectivas las sanciones por incumplimiento de las obligaciones previstas en la ley, expedir el paz y salvo de las cuentas de administrador del edificio, demás funciones previstas en la ley ahí están las funciones taxativas del administrador y también está las funciones del Consejo de administración artículo 53 a 55 dice que el presidente del Consejo puede firmar un contrato con el administrador sin embargo no implica que el primero se convierta en un jefe del segundo ya que no puede interferir en lo que compete a las funciones de administrador pues aunque se realice un trabajo en conjunto el administrador no hace parte del consejo, es claro entonces por ley que el administrador recibe un mandato para representar legal a la Propiedad Horizontal y someterla al régimen de copropiedad y por ley tiene plena autonomía pues existe una serie de organismos que deben rendir informes y que deben quedar plasmados en la sala entonces la parte demandada invoca una vinculación de carácter civil, prestación de servicios la parte

*demandante le corresponde demostrar la prestación del servicio toda vez que no existe el contrato escrito para que se ampare con la presunción del artículo 24, aquí está clara pues la prestación personal de servicio en esos días sin importar quién fijo esos horarios y operaría el artículo 24 pero como le queda la posibilidad a la parte demandada de desvirtuar la presunción del artículo 24 es decir que **allegando los documentos, las pruebas los medios de convicción para establecer que no era contrato laboral debe entonces desvirtuar la presunción y entonces con los testigos allegados se pudo desvirtuar esa presunción toda vez que no quedó clara ni suficientemente probada, no llegó con grado de convicción al conocimiento de este servidor judicial que existiera la subordinación toda vez que a pesar del esfuerzo argumentativo de la parte demandante pues aquí se allegaron dos o 3 testigos que nos dieron claridad al respecto, si bien es cierto uno es el presidente de la administración y el otro era vicepresidente e inclusive uno de ellos se le indica que fue quien lo contrató al momento mismo de su declaración, indicaron que en la entrevista había sido claro del cual iba a ser el tipo de contratación, que iba hacer un contrato de prestación de servicios e igualmente indican que la convocatoria se habló del tipo de vinculación y no encontré en ninguna orden que subordinación de las pruebas allegadas no pude llegar a la conclusión con grado de certeza que se le indicaran órdenes se le exigirá el cumplimiento de determinadas obligaciones pero las obligaciones generales están en la ley y las debe conocer el administrador y debe someterse a ellas, tampoco se puede establecer en qué modo en que tiempo cuál era la cantidad de trabajo que debía de cumplir tampoco se observa que le hayan impuesto algún reglamento diferente a lo que está consignado en la ley y como la norma dice que la subordinación debe mantenerse durante toda la existencia de la relación laboral y el contrato de prestación de servicios también puede en un momento dado pactarse de manera verbal encuentro que no se logró establecer con exactitud los 3 elementos constitutivos del contrato de trabajo especialmente no se logró establecer a pesar de la presunción que exige a favor del trabajador el elemento de subordinación, la persona jurídica demandada logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST pues con las pruebas allegadas quedó claro llegó con certeza al conocimiento de este servidor judicial que no existió elemento de subordinación si bien es cierto existió la prestación personal de servicio esa presunción quedó desvirtuada razón por la cual se absolverá la parte demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.***

CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el grado jurisdiccional de consulta; (Art 69 C P del T y de la S S); toda vez que la sentencia no fue apelada y desde ya advierte la Sala que el argumento del Juez de primera instancia es completamente acertado y adecuado a las pruebas del proceso, pues ni aún con las declaraciones de testigos, aportados por la parte actora se puede concluir en la existencia del contrato y sus extremos.

Entonces lo primero que debe recordarse es que la actividad probatoria de quien alega la existencia de una relación laboral en la cual concurrió como trabajador, debe conducir al fallador por lo menos a la certeza **acerca de la efectiva prestación personal del servicio, en las condiciones materiales en que eventualmente se desempeñó y durante unos extremos temporales determinados.**

Así las cosas, le asiste razón al Juez, pues no hay duda sobre la prestación de servicios a la demandada en el cargo de administrador lo que efectivamente da lugar

a la presunción de contrato de trabajo. Pero para que se abra paso la presunción establecida en el art 24 del C P del T y de la S S, presunción que le otorga una ventaja probatoria al demandante pues será quien niega el contrato quien deba desvirtuarla.

Tal y como señaló el Juez no hay duda de la prestación de servicios del actor como administrador del conjunto demandado y ello está debidamente acreditado pues así se aceptó en la contestación de la demanda y además fue narrado por los testigos, así como en el acta de asamblea, número 147 del 2 de enero del 2019, valorada en debida forma por el Juez.

Y es aquí donde resulta oportuno indicar, que, aunque el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 24 establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el artículo 167 del C G del P, aplicable en materia laboral, las presunciones establecidas por la ley **“serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”**.

Respecto al tema de los alcances de la prestación del servicio resulta ilustrativa la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Mayo 31/65, quien desde esa época señaló:

*“No se crea que quien se presente a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente de derechos o causa de obligaciones a su favor nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considere amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. **Esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto, indicador, sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado. Este hecho es la “relación de trabajo personal”** de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido, en la prestación o ejecución de **un servicio personal** materia o inmaterial continuado, dependiente y remunerado”*.

Bien claro es y se itera, que el demandante prestaba un servicio a la demandada como **administrador, ejerciendo las labores propias de este cargo**.

Efectivamente entonces operó la presunción de contrato de trabajo, no obstante; en criterio de esta Sala y tal como encontró el Juez y contrario a lo indicado por la demandada en sus alegaciones, esta fue debidamente desvirtuada, razón por la cual desde ya advierte la Sala la sentencia será confirmada.

Y es que para la Sala, la propia labor desempeñada por el demandante y en las condiciones en que se da la misma suponen la exclusión de una relación de carácter laboral, habida consideración de que el administrador **es el director del conjunto residencial con funciones tales como las de ejecución, conservación, representación y recaudo (Ley 675 de 2001), que suponen un margen amplísimo de autonomía y discrecionalidad en el ejercicio de las funciones, tan sólo limitado por las legítimas decisiones de la Asamblea General.** En ese sentido no resulta de recibo las afirmaciones carentes de sustento de cumplimiento de horas excesivas de trabajo, de las cuales dicho sea de paso ni aun los testigos pudieron dar fe, porque, aunque se aseguró que el demandante atendía a los residentes, dicha labor y horario son determinados por las partes y que por simple lógica no requieren de jornadas extensas; y por el contrario si quedó acreditado incluso con lo narrada en la carta por medio de la cual se termina el contrato que era el demandante quien esa autonomía otorgaba permisos e incluso hacía selección de personal a contratar como narró la testigo Nubia Henao Piñeros, quien manifestó que el demandante le había ofrecido la posibilidad de laborar para lavar unos pisos concretamente y que un martes le llevó la hoja de vida pero no lo encontró.

Además de lo anterior, en el cargo de administrador en un conjunto residencial la Asamblea **puede nombrar y remover a la persona encargada libremente (Art. 38 Ley 675 de 2001), contrario a la estabilidad propia de los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a la afirmación del demandante** tendiente a que fue removido por asuntos o inconvenientes de salud de lo que entre otras cosas no hay prueba, pues aunque se hace mención en la comunicación por medio de la cual se termina el contrato de prestación de servicios, también se indica que se pudo haber encargado a otra persona o entregarle la llave para poder entregar la facturación, lo que no hace más que corroborar que era el demandante quien con autonomía determinaba como desempeñar su labor.

Insiste la Sala en que en este caso la demandada pudo demostrar que el contrato era de servicios desarrollado con plena autonomía, demostrando el hecho contrario que dio lugar a la presunción.

Debe advertirse también que la remuneración de las labores del actor (tercer elemento del contrato de trabajo), tampoco implica de suyo la existencia del contrato de trabajo, pues es natural que una labor que ocupe tiempo de quien así se desempeña reciba retribución monetaria, que bien puede recibir el nombre que se le quiera dar, (honorarios etc) sin afectar con ello la verdad de la relación autónoma e independiente del administrador, con respecto al conjunto y siendo claro que todo contrato también comporta obligaciones.

No sobra agregar que los mismos testigos indican que lo ofrecido fue un contrato de prestación de servicios y que la subordinación jurídica propia de la relación laboral, entraña una realidad que trasciende el mero señalamiento de directrices, horarios, la asignación de elementos de trabajo, lo cual, si bien es cierto son características presentes en una relación de estirpe laboral, no en todos los casos, indefectiblemente, pueden tenerse como plena prueba de su existencia. Ello exige que se analicen en el contexto de cada caso en particular, sobre todo cuando se trata, como en el asunto de autos, que conlleva al administrador a orientar su ejercicio en pro de las necesidades del conjunto que administra.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado **que los distintos tipos de contratos presentes en nuestro ordenamiento jurídico, representan de algún modo un grado de subordinación sin que ello implique que se desnaturalice el vínculo acordado.** Así lo expresó en sentencia como la que viene en cita, *“(...) es menester precisar que aun cuando la diversidad de obligaciones que se derivan de los distintos tipos de contrato existentes en nuestro ordenamiento jurídico, representan de algún modo un grado de subordinación de quien ejecuta el servicio en relación con la persona que la contrata, no por ello, se desnaturaliza el vínculo acordado. De esta suerte, se concluye que en el caso de autos, el actor en ejercicio de una profesión liberal como lo es la abogacía, gestionó asuntos judiciales en representación de la demanda en cumplimiento de un contrato de naturaleza ajena al campo laboral.*

Para la Sala entonces, no existe duda sobre el acierto del Juez al analizarlas las pruebas, que lo llevaron a su conclusión esto es la inexistencia de subordinación y por ende del contrato y en ese orden de ideas, forzoso concluir en la confirmación de la decisión de primera instancia.

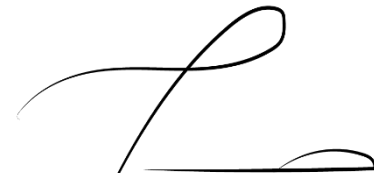
Sin costas en el grado jurisdiccional.

RESUELVE

PRIMERO:- CONFIRMAR la providencia consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO:- COSTAS. No se causan en el grado jurisdiccional.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSBY

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

PROCESO ORDINARIO No. 31-2021-255-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA AMPARO BERNAL MARTÍNEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

De igual manera, **RECONÓZCASE PERSONERÍA** al Doctor Daniel Felipe Ramírez, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de octubre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A., Colpensiones.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

ANTECEDENTES

La señora MARTHA BERNAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado de régimen que realizara a través de Porvenir S.A., el 12 de agosto de 1999, como consecuencia de tal declaración peticiona se ordene a esta última a entregar o restituir a Colpensiones la totalidad de los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y rendimientos, condenando a Colpensiones a recibirla como su afiliada al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 11 de noviembre de 1964, contando con 56 años de edad, que cotizó para el ISS entre el 29 de mayo de 1991 al 8 de agosto de 1999, siendo trasladada del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación expedido por Porvenir S.A., y que suscribiera el 12 de agosto de 1999, que la AFP en mención no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS frente al RPM, indica que los asesores de esa AFP no se encontraban capacitados para realizar la asesoría en los términos anotados, que no fue informada de la posibilidad de trasladarse de régimen cuando tuviera 47 años de edad.

Afirma que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A., no se encuentra pensionada y solicitó a Colpensiones el 19 de enero de 2021 tenerla como afiliada al régimen que administra, solicitud que le fue negada; que igualmente en él solicitó ante Porvenir anular su afiliación, a lo que esta no accedió; que de permanecer afiliada al RAIS, su mesada pensional sería de \$908.526, mientras que en el RPM, ascendería a \$2.073.886.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 3, 7, 8, 11 y 12, manifestó no constarle los No. 2, 9 y 10. Propuso las excepciones de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1 a 3, 7, 9 a 13 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante a Porvenir S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros entre otros.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM., como si nunca se hubiere trasladado.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Sea lo primero señalar que en cuanto a la intervención de la Procuraduría General de la Nación, en sentencia del 23 de septiembre del año 2009 radicación 36132 señaló: para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que los Ministerios Públicos por intermedio de sus procuradores judiciales están plenamente facultados para intervenir en los procesos que se adelanten ante la jurisdicción del trabajo como expresamente lo indica el artículo 16 del CPTSS, por lo que podrán sin restricción de ninguna naturaleza ejercer sus actividades para la promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia y la conducta oficial por así autorizarlo la CP artículo 118 y para la defensa del orden jurídico el patrimonio público o de los derechos y garantías numeral 7 artículo 177 de la Constitución; siendo claro que en el caso que nos ocupa que la Doctora Laura Manotas estaba plenamente facultada para intervenir como a bien lo hizo participando en la práctica de pruebas, participando en interrogatorio y rindiendo el concepto final.

Tendríamos que revisar ahora una de las demandadas es la administradora de pensiones Colpensiones. Al revisar el expediente obra copia de la petición radicado por la demandante ante Colpensiones, acreditándose de esta manera el cumplimiento del requisito de procedibilidad. El 48 de la CP consagra el derecho a la seguridad social, derecho que se le ha otorgado la connotación de fundamental, en la sentencia C 986 del año 2009, señaló la Corte que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, el artículo 13 de la ley 100 consagra las características del sistema integral



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de seguridad social y en el literal B que la selección de uno de los regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, por su parte, el artículo 11 del Decreto reglamentario 692 de 1994 indica la selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de este.

Es así como para el caso bajo estudio, al revisar la documental aportada al expediente a aparece una impresión de la página de Asofondos en donde se indica que la demandante encontrándose afiliada a Colpensiones se traslada a Porvenir en el año de 1999, misma circunstancia se evidencia en el formulario de afiliación aportado por dicha demandada por lo que es claro que la demandante se encuentra afiliada en el RAIS de donde llegó después de trasladarse del RPM como se indica en la certificación; al revisarse los presupuestos legales establecidos para que este traslado tuviese plenos efectos jurídicos; al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en reiteradas sentencias ha explicado que deben cumplirse unos presupuestos básicos para que se entienda cumplido este deber de información, en fallos de tutela la Corte Suprema indica la obligatoriedad de seguir el precedente judicial, no estoy señalando que los fallos de tutela tengan el efecto de erga omnes, solamente aplican para el caso frente al cual se pronuncia, se señala a seguir la obligatoriedad de seguir el precedente de la sentencia SL1452 del año 2019, para la Corte es claro que desde su fundación las administradoras ya se encontraban obligadas a dar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, más adelante señala la Corte en esta misma sentencia sobre el deber de información a fin de que puedan tomar una decisión consciente, de esta manera el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador, usuario como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales como de los riesgos y consecuencias del traslado, de la carga de la prueba inversión a favor del afiliado según lo expuesto precedentemente es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen el que la virtud de generar en el juzgador la convicción que este contrato de aseguramiento goza de plena validez, estando la parte demandante exenta de probar negaciones indefinidas, correspondiéndole tal carga a Porvenir S.A.

Lo primero que debe señalarse en el caso que nos ocupa es que el proceso laboral admite libertad, lo que indica que los hechos que constituyen el fundamento de las pretensiones y de las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio probatorio siendo entonces pruebas válidas, los documentos, testimonios o lo confesado por la parte en el interrogatorio. Procedemos entonces a revisar de las pruebas halladas en el expediente si la parte demandada Porvenir cumplió con su carga, esto es si demostró que en el momento de traslado de régimen del demandante agosto de 1999 le suministró la información clara, completa y comprensible que le permitiese tener un conocimiento pleno de las características, consecuencias e implicaciones del traslado, esto es si su consentimiento fue en forma; del interrogatorio de parte realizado a la demandante esta manifestó no recordar mayor cosa respecto del acto del traslado, de su dicho, no se deriva confesión alguna y en síntesis, no recibió ningún tipo de información referente a su traslado; resaltándose en primer lugar que Porvenir S.A., no realizó despliegue probatorio alguno de que se cumplió con este deber de información, debiéndose declarar la ineficacia del acto de traslado bajo estudio.

Como consecuencia de lo anterior, esa AFP deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero recibidas de la demandante por concepto de aportes junto con los intereses y los rendimientos sin que pueda descontar suma alguna correspondiente a gastos de administración o seguros entre otros, deberá condenarse a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir** recurrió señalando que si bien había una línea jurisprudencial sentada en el tema bajo estudio, la Corte también había reiterado que se debían estudiar las particularidades de cada caso, ya que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

el traslado realizado por la demandante cumplía con los requisitos que para la fecha del mismo exigía la normativa vigente, había suscrito el formulario aprobado por la Superintendencia Bancaria de forma libre y voluntaria ya que para el año 1999, recibió una asesoría personalizada por parte de esa AFP; que si bien es cierto, el deber de información se encontraba previsto desde la creación de las AFP debía analizarse bajo la óptica de las disposiciones legales que regulaban la materia en la época del traslado.

Que durante el trámite procesal no se había evidenciado vicio alguno en el consentimiento de la demandante que influyera en su decisión de traslado, siendo una persona completamente capaz de adquirir derechos y obligaciones y quien suscribe ese formulario de vinculación de manera voluntaria.

Indicó respecto de la condena a devolver los gastos de administración y primas de seguro que no resultaba coherente aplicar la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, ya que si la consecuencia de dicha figura es tener que el negocio jurídico nunca se celebró es claro que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante tampoco nunca se generaron, es decir los rendimientos profesionales generados por los aportes de la demandante se dieron con la única ocasión a que la demandante se afilió al RAIS, de otra manera, no se hubieran generado; que el descuento de dichos gastos y primas de seguros, se encontraba autorizado por virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esto es, por mandato de la Ley y como lo había considerado la Superintendencia Financiera, el traslado de los recursos se debía realizar a la luz del Decreto 3995 del 2008, disposición normativa que contempla restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA BERNAL, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 12 de agosto de 1999,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

como se verifica de copia del mismo, allegado por la demandada en mención y por la parte demandante.

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

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

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo**



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A. ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Bernal, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue libre y voluntaria como lo manifiesta esta AFP en su recurso y alegaciones, como quiera que la actora no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

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

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

En ese orden, concluyó que:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

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

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

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., el formulario de afiliación, no resulta válido para dar por cumplido el deber de información, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir y Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio alguno en su consentimiento o perjuicio que se le haya causado con su traslado al RAIS, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

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



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Sobre este punto, de igual forma no sale adelante el argumento planteado en el recurso de apelación y alegaciones por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración y primas de seguro previsional, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, sin que se vean afectados por el fenómeno prescriptivo, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

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

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, corporación que como se señaló ha reiterado la procedencia de dicho traslado.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no se puede considerar libre y voluntario; circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado respecto de la declaratoria de ineficacia y sus consecuencias.

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

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202100255-01 Dte: MARTHA AMPARO BERNAL Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OMAR JERÓNIMO PRIETO RUIZ VS FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA RAD N° 32-2020-278-01

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor **OMAR JERÓNIMO PRIETO RUIZ**, actuando mediante apoderado judicial, entabló demanda laboral contra de **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA**, para que previos los tramites de un proceso ordinario laboral de primera instancia se declare que se condene al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías por el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2018. 2, al reconocimiento de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el no pago del auxilio de cesantías del año 2018, esto es desde el día 15 de febrero de 2019 hasta el día 14 de febrero de 2020 al reconocimiento y pago del auxilio de cesantías por el periodo comprendido entre enero y diciembre de 2019 al reconocimiento de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el no pago del auxilio de cesantías del año 2019, esto es desde el día 15 de febrero de 2020 hasta la comprobación de su pago al pago de la indexación de las sumas reconocidas judicialmente, extra y ultra petita y costas; todo ello previa declaración de la no cancelación de las cesantías por los periodos 2018 y 2019. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones relata en síntesis que el señor OMAR

JERÓNIMO PRIETO RUIZ suscribió el día 24 de julio de 2006 contrato laboral a término fijo con la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA con plazo de finalización el 12 de diciembre de 2006, que, con posterioridad al primer contrato, se suscribieron contratos laborales con término fijo por los semestres académicos de 2007 y 2008, que el 04 de agosto de 2008 las mismas partes suscribieron contrato laboral a término indefinido, el cual se encuentra vigente a la fecha de la demanda, determinó los salarios de 2018 y agregó que se le informó sobre el pago de cesantías por \$3.074.296, pero que el pago de cesantías por el periodo 2018 no fue consignado al fondo de cesantías elegido por el demandante ni pagado directamente. Determinó de igual forma los salarios de 2019 e indicó de la misma manera que las cesantías por \$1.863.454 de 2019, no fueron consignadas al fondo de cesantías ni pagado directamente, sin que a la fecha de la demanda se hayan realizado los pagos. (Expediente Digital).

La demanda fue contestada a través de apoderado quien se opuso a las pretensiones, asegurando que no le asiste al demandante derecho alguno. En cuanto a los hechos fueron aceptados del 1 al 4, 6, 7 y 10, negados los demás. Se aclaró que la mora en el pago no obedece a un capricho del empleador, sino que es consecuencia de **la crisis financiera y administrativa por la que atraviesa la institución y que originó que el Ministerio de Educación decretara medidas preventivas y de vigilancia especial**. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y compensación. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, calendada cinco (5) de octubre de 2021, por medio de la cual resolvió: PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de buena fe y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por la demandada, conforme las consideraciones expuestas SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTONÓMA DE COLOMBIA a pagar al demandante las cesantías causadas durante los años 2018 y 2019, cesantías que deberán ser consignadas al fondo al cual se encuentre afiliado el demandante que para el año 2018 corresponde a la suma de \$3.074.296 y para el año 2019 a la suma de \$1.863.454 TERCERO.- CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a reconocer al demandante intereses sobre las sumas señaladas en el numeral anterior a la tasa de interés bancario certificada por la Superintendencia Financiera, intereses que correrán desde el 15 de febrero de 2019 respecto de las cesantías causadas en el año 2018 y desde el 15 de febrero de 2020 respecto de las cesantías causadas en el año 2019 y hasta el momento en que se efectúe la consignación al respectivo fondo de cesantías. CUARTO.- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra...” Condenó en costas a la demandada.

Para llegar a esa conclusión señaló en síntesis la Juez lo siguiente: “ ... De conformidad con la situación fáctica planteada corresponde al despacho entrar a resolver si al demandante se le adeudan las cesantías que está reclamando de los años 2018, 2019 y que debieron haber sido canceladas a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación y en caso tal si procede la sanción de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 o si existe buena fe por parte de la demandada para incumplir con el referido de aparte legal; para resolver el presente caso y atendiendo lo señalado tanto en el escrito demanda como en la contestación se reitera entonces que no es objeto de controversia que entre Omar Jerónimo Prieto Ruiz y la demandada Fundación Universitaria Autónoma de Colombia existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 4 de agosto de 2008 de lo cual obra copia a folios 23 y 24 del archivo 01 del expediente electrónico, así mismo se allegaron los diferentes desprendibles de nómina del demandante desde el mes de enero de 2018 hasta el mes de diciembre de 2019 en los que se puede evidenciar los pagos a Omar Jerónimo por concepto de salarios y en los que se establece que para el año 2018 causó unas cesantías a su favor en cuantía \$3.074.296, folio 39 del archivo 01 y por el año 2019 cesantías en cuantía de \$1.863.454 folio 52 del archivo 01 del expediente electrónico con lo que se tiene entonces que está acreditada en el proceso y no desvirtuado que el demandante causó unas cesantías en los años 2018, 2019 y que las mismas no han sido consignadas a un fondo de cesantías el artículo 99 de la ley 50 de 1990 señala en su numeral 1 que el 31 de diciembre cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía por la anualidad o por la fracción correspondiente sin perjuicio de la que deba efectuarse en la fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, a su vez el numeral 3 del artículo 99 señala que el valor liquidado por concepto de cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija, el empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo teniendo en cuenta entonces que está acreditado la acreencia a favor de Omar Jerónimo debemos analizar entonces si el incumplimiento de esta obligación por parte del empleador está amparado en una buena fe y en esa medida si hay lugar a absolverla frente al reconocimiento de la sanción que se reclama. Para el efecto la demandada al contestar la demanda, al hacer uso de su derecho de contradicción y defensa **aportó como pruebas las copias de las resoluciones por medio de las cuales el Ministerio de Educación Nacional ordenó medidas preventivas y de vigilancia especial para la Fundación Universidad Autónoma de Colombia, así como las que designaron el reemplazo del representante legal de la Fundación universidad Autónoma Colombia y la resolución a través de la cual se prorrogó el reemplazo de la designación del representante el rector y representante legal de la Universidad, en la resolución 005766 del 6 de junio 2019 por la cual se ordenaron medidas preventivas y de vigilancia especial** se hace referencia en el acápite de antecedentes a la situación que presentaba la Universidad para ese momento en las que se evidenciaba entre otras cosas el pasivo de la institución para el año 2016 ascendía a \$22.060.000 reflejado en el rubro de cuentas por pagar a corto plazo se hacía referencia a los costos de la Universidad los gastos de administración, se señalaba que para los periodos 2013 hasta el año 2016 cada uno de los períodos analizados para proferir la resolución daban cuenta de un resultado negativo es decir que en cada uno de esos años analizados la Universidad había presentado pérdidas, se hacía referencia también a la disminución de los ingresos operacionales entre otras circunstancias señalándose en un informe realizado que teniendo en cuenta el análisis de los Estados financieros se presentaba un deterioro grave y progresivo de la situación financiera sobre la cual se concluye que la institución no cuenta con capacidad económica para cumplir con sus compromisos así como también se concluía el deterioro grave del patrimonio de la Universidad, situación que llevó al Ministerio de Educación Nacional a adoptar medidas preventivas estableciendo condiciones de carácter administrativo y financiero para que la Universidad pudiera corregir y superar en el menor tiempo posible las irregularidades y deficiencias evidenciadas y designando un inspector en sitio, en la resolución 007402 del 12 del 2019 se designó un rector y representante legal,

medida que fue prorrogada por la resolución 012815 del 10 de julio de 2020; de igual manera se allegó por parte de la Universidad el documento que da cuenta del levantamiento de la huelga imputable a la Fundación Universidad autónoma de Colombia donde en los antecedentes se hacía referencia a los incumplimientos de la Universidad desde el año 2017 de sus obligaciones laborales, que se votó como brasero para el inicio de la huelga el 20 de mayo de 2019 y que con la intervención del Ministerio de trabajo se levantó la huelga conforme acta del 6 de agosto 2019, que entre otras cosas se acordó establecer una mesa de diálogo y presentar un plan de choque para pagos de las acreencias laborales documento que obra a folios 72 a 77 del archivo 12 en expediente electrónico, también se allegó la certificación de la nómina docente de la Universidad de los costos de la carga prestacional legal y extralegal y se allegó también documentos relacionados con la emergencia sanitaria que se decretó por el Gobierno nacional el año pasado mes de marzo del año pasado así como se allegaron los Estados financieros de la Universidad y documentos que dan cuenta de la gestión que ha adelantado la Universidad a efectos del pago de las acreencias laborales a sus trabajadores así como encaminados a la consecución de créditos que permitan solventar la situación y dar cumplimiento a las obligaciones lo cual fue puesto de presente también el día de hoy por los testigos Juan Carlos Osorio Echeverri vicerrector administrativo financiero de la demandada al igual que el señor Guillermo Alexander Cubillos jefe de la unidad financiera quienes hicieron referencia a la situación financiera de la Universidad, al deterioro de sus finanzas desde hace aproximadamente 10 años, la reducción del número de estudiantes y que los ingresos provienen principalmente de esto señalando que pasaron de contar con 8000 estudiantes matriculados a la actualidad a contar más o menos con 1400 estudiantes, que esta situación se vio acrecentada con ocasión de la huelga del año 2019 que para el año 2019 antes de la huelga contaban con 4700 estudiantes y para el segundo semestre 2019 una vez levantada la huelga pasaron a 2900 estudiantes y con los años siguientes se enfrentaba otras circunstancias que han reducido más el número de estudiantes; también se hizo mención en las declaraciones a la carga laboral a los altos costos que tiene la nómina docente de la Universidad y qué cuentan con un número de docentes que no se equipara con el número de estudiantes matriculados que hay demasiados docentes respecto al número de estudiantes, también se hizo referencia en los documentos allegados a la contestación de la demanda los beneficios de la convención colectiva de trabajo y se señaló que la certificación que fue allegada con la contestación de la demanda que la totalidad de los docentes de la Universidad se encuentran afiliados a la organización sindical y son beneficiarios de la convención, certificación que obra a folio 85 del archivo 12 donde señala que sintraprofuec agrupa a 273 trabajadores docentes que equivale al 100% de la planta de trabajadores docentes. Así las cosas y cómo la controversia en este proceso más allá de la deuda lo que se controvierte es que **la Universidad no ha podido honrar con sus obligaciones sino ha cumplido con este derecho cierto indiscutible de los trabajadores como es el pago de las cesantías y que ello se da en razón a la situación por la que está atravesando la universidad, la situación de carácter administrativo y financiero y que si bien no es responsabilidad de los trabajadores el que la Universidad se encuentra en este momento en esa crisis se debe al proceder de la administración en este caso de quienes elegían los destinos de la Universidad con anterioridad a la intervención del Ministerio de Educación Nacional; lo cierto es que los incumplimientos en la no consignación de las cesantías en el 2018, 2019 se encuentra que hay una serie de circunstancias o motivos que permiten evidenciar que el no cumplimiento de la obligación es por circunstancias si bien no ajenas a la administración como se acaba de referir sí circunstancias que impiden honrar o cumplir con la obligación en este momento pero que se observa de la contestación y de lo referido por los testigos se están adelantando las gestiones necesarias para cumplir con la obligación que no ha sido desconocida, por ello el despacho considera que en el presente caso si están acreditada la buena fe de la demandada lo que lleva a absolver a la demandada del pago de la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990; no obstante lo anterior y cómo lo cierto es que se adeudan las cesantías habrá de condenarse a la demandada a efectuar la consignación de las cesantías del demandante Omar**

Jerónimo Prieto Ruiz al fondo de cesantías al cual se encuentra afiliado y adicionalmente como quiera que dichos fondos de cesantías generan unos rendimientos sobre los dineros de los trabajadores que se encuentran allí depositados el despacho considera que en el presente caso la demandada Fundación Universidad Autónoma de Colombia debe efectuar la consignación del adeudado y debe reconocer los intereses a la tasa certificada por la Superintendencia financiera sobre los valores adeudados desde la fecha en que debieron haber sido consignados hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago; lo anterior porque de no procederse así se estaría generando un detrimento en contra del demandante que él tampoco tendría por qué soportar, reitero los fondos de cesantías dentro de sus obligaciones tienen las de administrar los dineros de propiedad de los trabajadores que les son allí consignados y generar unos rendimientos que se van acreditando en la respectiva cuenta de cada trabajador por lo que al no haberse cumplido con la obligación oportunamente el demandante se ha visto privado de esos rendimientos y en esa medida al no haber cumplido con la obligación la Fundación universidad Autónoma de Colombia de manera oportuna debe reconocer lo que le reconocería el fondo de cesantías al trabajador. Conforme a lo anterior el despacho declarará entonces probada la excepción de buena fe formulada por la demandada y ello, la absolverá en lo que respecta a la sanción correspondiente al pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías; sobre las demás excepciones formuladas denominadas falta de causa para pedir estando acreditado que se adeudan las cesantías dicha excepción no está llamada a prosperar frente a la excepción de prescripción debe señalarse que las cesantías que aquí se reclaman son de los años 2018, 2019 que el contrato de trabajo continúa vigente y que en todo caso para cuando se formuló la demanda ni siquiera había transcurrido el termino de 3 años que señala las normas laborales como término prescriptivo frente a la excepción de compensación no se acreditó en el proceso que el demandante adeude algún valor a la demandada y que sea susceptible de ser compensada.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso así: “...Lo primero que se desea apelar y que se desea ser analizado por el Tribunal en su Sala Laboral, lo procedente a la cuantificación de las cesantías y cómo se trató infructuosamente en la demanda era necesario, se entregaron todos los recibos de pago de los salarios de enero a diciembre del 2018 y de enero a diciembre de 2019 para determinar la correcta liquidación de esas cesantías dado que mi poderdante tiene un salario variable en este caso incluso los cálculos del suscrito para el año 2018 eran un poco menores a las cesantías que el empleador le dijo que le iba a pagar, que no le pago y las del 2019 eran altamente distintas en este caso el promedio conforme lo devengado durante todo el año 2019 por mi poderdante terminó siendo \$2.484.232 que es muy por encima del \$1.863.454 en este caso el primer punto de la apelación es contrarrestar el verdadero valor de las cesantías para lo cual se allegaron los respectivos desprendibles de pago. **Como bien lo precisó el despacho en su fallo hay que analizar el comportamiento de buena o mala fe del empleador, el despacho considera que el empleador son las personas que han pasado como directivos no considera al empleador como esa persona jurídica que ha existido y que contrató originalmente a mi poderdante entonces su comportamiento depende de lo que haya hecho algún directivo en alguna época o en algún momento y en este caso pues los directivos podrán ir y volver pero la persona jurídica es el empleador de mi poderdante el fallo distancia lo que está dando es una patente de no pago de las obligaciones laborales a los trabajadores** de un empresario en crisis entonces como está en crisis o tiene problemas económicos tiene el aval de no pagar las prestaciones sociales o tiene el aval de no pagar salarios eso es el contenido esencial del fallo que está llevando toda la discusión a que efectivamente hay unas circunstancias económicas difíciles que hay están probadas que causaron la intervención del Estado al empleador que es un empleador vigilado ese empleador vigilado obviamente es intervenido, pero esa intervención no avala sus incumplimientos o esa intervención no le da un patente para que no pague oportunamente sus obligaciones y esa patente se la está dando el despacho al considerar que las difíciles causales o condiciones económicas le permiten no

cumplir con sus obligaciones en este caso efectivamente mi poderdante no sólo no le han pagado las cesantías del 2018 no le han pagado las del 2019 tampoco le han pagado las del 2020 que no fueron posibles en ser incluidas en la pretensión por la fecha de presentación de la demanda pero la Universidad o en este caso el empleador podrá seguir actuando con total tranquilidad de no consignar las cesantías puesto que hasta que no se recupere económicamente tendrá derecho a no hacerlo sin sanción alguna conforme la explicación del despacho judicial, en este caso el despacho está condenando a lo que ya la ley tiene preceptuado que es que mi poderdante tiene derecho legalmente y sin discusión a la consignación oportuna de sus cesantías y le está permitiendo que con causales posteriores simplemente eso no se consigne ni que tampoco tenga ninguna sanción, observe el despacho debería fijarse también por ejemplo y en esto hago un llamado también al tribunal de las pruebas que fueron allegadas el día de hoy sobre encima de la obra de la diligencia esas pruebas son supuestamente el ejercicio proactivo del empleador en la procura de consecución de sus recursos de los recursos para lograr el pago de las acreencias laborales debidas desde hace un montón de tiempo todos esos contratos son firmados este año a lo sumo el año pasado en el 2020 y entonces el comportamiento o la buena fe en qué se basa en el comportamiento del empleador o en lo que le pasó al empleador el empleador está en una crisis económica si por estar en una crisis económica se presume su buena fe o por estar en una crisis económica o no tener ingresos tener una empresa que está quebrada tener una empresa que no produce tener una empresa con la cual no tiene futuro es suficiente para evitar una sanción moratoria porque eso le hace presumir su buena fe, la que tiene que estar basada en comportamientos y cuáles son esos comportamientos decirle a los trabajadores que no le van a pagar o decirle a los trabajadores que le envían un recibo de pago pero que olvídense que ese dinero no se le va a consignar o que el trabajador deba soportar el no pago oportuno de las cesantías por que las administraciones tomaron malas decisiones, esos comportamientos a lo sumo tienen una buena fe a partir de una fecha X en adelante cuando se comenzaron a buscar los recursos pero con todo eso y se solicita encarecidamente al Tribunal analizar si efectivamente están en crisis hace presumir la buena fe y 2, no negar las obligaciones también es actuar de buena fe y 3, buscar créditos para pagar es indicativo de buena fe, en este caso ninguno de los elementos constitutivos debe crear a favor de un empleador incumplido avalar ese comportamiento y en este caso es lo que se está permitiendo por parte del despacho por lo tanto solicito con todo el respeto al honorable Tribunal primero analizar correctamente la liquidación de la prestación social de cesantías en la cual se presentaron los con suficiencia los documentos para poderla liquidar, 2. observar que los recibos de nómina son recibos indicativos que se le debe unas cesantías que no le fueron pagadas comportamiento que no fue ni siquiera analizado.3, el estar en crisis económica no es una presunción de buena fe. 4, en reconocer la obligación no significa que la actuación del empleador sea de buena fe....”

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del CST la Sala resolverá la apelación en cuanto específicamente se absolvió de indemnización moratoria, anunciado desde ya que le asiste razón al recurrente por lo que la sentencia en este punto será revocada. Veamos las razones.

Debe la Sala en primer lugar que la mala fe no debe probarse y que por el contrario el empleador que pretenda exonerarse de la sanción por no pago de salarios y prestaciones debe probar que su conducta estuvo guiada por la buena fe.

Aseguró la demandada desde el juicio que la omisión el pago fue por la crisis económica y el Juez argumentó la no consignación de las cesantías en el 2018, 2019 obedece a una serie de circunstancias o motivos que permiten evidenciar que ese incumplimiento es por circunstancias si bien no ajenas a la administración, si impiden “honrar” o cumplir con la obligación, pero dijo que se observa de la contestación y de lo referido por los testigos, se están adelantando las gestiones necesarias para cumplir con la obligación que no ha sido desconocida, por ello el despacho considera que en el presente caso si están acreditada la buena fe de la demandada lo que lleva a absolver a la demandada del pago de la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

No obstante, la Sala cree necesario recordar, que de conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales, respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. que: i) **Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer;** ii) **en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que, si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago;** iii) **puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y;** iv) **en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.**

En ese orden, para exonerar a la demandada de esta sanción, era necesario que demostrara, **que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe.**

Y es que, en cuanto a la crisis económica, que fue la defensa de la demandada y que el Juez encontró acreditada; de vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de

que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Claro resulta entonces, que además de afirmar que está en crisis, la demandada debía probar que esa iliquidez era resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, y lo que dice la Corte es que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador, y que frecuentemente se debe a conductas inadecuadas de la misma. Por el contrario, reitera la Corte, se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para, solucionarla, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe probar el empleador.

Se equivocó el Juez en este caso, porque ni con testigos, ni con las “buenas intenciones” de pagar, ni incluso con las resoluciones que mencionó la demandada que debe aclarar la Sala no son de intervención, se acredita la buena fe necesaria para exonerar de la sanción y muy por el contrario dan fe es de actividades preventivas; lo que claramente indica como se podía evitar de otra manera la aludida crisis, sin afectar los derechos de los trabajadores.

Efectivamente vemos como mediante Resolución 005766 de junio 6 de 2019 se ordenan medidas preventivas y de vigilancia especial para la Universidad

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia>...”

Señala la misma resolución, que las medidas están orientadas o encaminadas a promover la continuidad del servicio, el restablecimiento de la calidad y el adecuado uso de rentas y bienes de la institución entre otras; con el fin de superar las situaciones que la están afectando. Es más, en la resolución se lee que la Universidad debe corregir las deficiencias e irregularidades en el menor tiempo posible, que son atribuibles a ella, argumento que, de haber sido analizado, jamás podría ser considerado como prueba de buena fe, para exonerarla de la sanción moratoria y menos aún que la intención de pagar aún sin que se de cumplimiento a lo exigido por el Ministerio lo sea. Es también en esa resolución que se decide designar un “inspector in situ”, para que vigile la gestión administrativa y financiera.

De otra parte, mediante resolución 7402 de julio 12 de 2019 el Ministerio decidió remplazar al representante legal de la Universidad, señor EDUARDO ENRIQUE HOYOS VILLAMIZAR hasta por un año prorrogable por una sola vez, como parte de las medidas, tendientes al restablecimiento, prorroga que se dio mediante resolución N°12815 de julio 10 de 2020; toda vez que según la motivación del actor administrativo; el rector y el representante legal de la Fundación fueron remplazados por no cumplir, omitir, entorpecer, no entregar o entregar en forma incompleta información solicitada, desatendiendo deberes estatuarios, lo que imposibilitó el cumplimiento de medidas, con las cuales **se buscaba superar las causas que les dieron origen.**

En consecuencia, se concluye que no existió intervención, como tal lo que habría conducido a otro análisis sobre la sanción moratoria, pero mucho menos prueba alguna de la buena fe de la demandada en la omisión de pagos en 2018 y 2019 de acreencias laborales, y que las medidas preventivas expedidas por el Ministerio del ramo, solo reflejan que la situación habría podido ser solucionada de otra manera entre otras con más eficiencia de la gestión de las directivas.

Por manera que, se itera, de manera alguna puede admitirse como argumento o justificación de no pago, la crisis financiera, porque sabido es que el trabajador de acuerdo con lo establecido en el art 28 del CST, puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, **pero nunca asumir sus riesgos o perdidas, razón por la que se REVOCARÁN los numerales PRIMERO Y TERCERO de la sentencia apelada para en su lugar DECLARAR NO probada la excepción de buena fe y CONDENAR a la demandada, a pagar al demandante un día de salario desde según lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así:**

Por el año 2018: se determinó conforme comprobantes de nómina allegados junto con escrito de demanda que el promedio salarial del actor para dicha data correspondía a \$2.921.495, por lo que liquidada dicha indemnización entre el 14 de febrero de 2019, data para la cual se hizo exigible la misma y hasta el 13 de febrero de 2020, día anterior a que la demandada debió efectuar el pago correspondiente de las cesantías causadas en el año 2019, la indemnización bajo estudio, asciende a la suma de \$35.447.473.

Por el año 2019: Sobre esta anualidad, se determinó un promedio salarial de \$2.501.383, por lo que la demandada deberá pagar a favor del actor la suma diaria de \$83.379 diarios desde el 14 de febrero de 2020 y hasta que haga efectivo el pago de la indemnización bajo estudio.

Sin costas en esta instancia.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO. – REVOCAR los numerales PRIMERO Y TERCERO de la sentencia apelada para en su lugar DECLARAR NO probada la excepción de buena fe y CONDENAR a la demandada, a pagar al demandante la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 de la siguiente forma:

Por el año 2018: La suma de \$35.447.473.

Por el año 2019: La suma diaria de \$83.379 diarios desde el 14 de febrero de 2020 y hasta que haga efectivo el pago de la indemnización bajo estudio

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE

W. O. - 1111
EL EDUARDO SERRANO BAQ

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
ACQUADRAZIONE

~~LORENZO TORRES RUSSY~~

ACLARACION DE VOTO

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

PROCESO ORDINARIO No. 32-2020-00333-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: SIXTO MANUEL FIGUEROA
DEMANDADO: ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por el demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y las de la demandada, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor SIXTO MANUEL FIGUEROA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación prevista en el artículo 54 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1985 – 1987 por cumplir con los requisitos previstos en el artículo 71 de la misma, a partir del 9 de noviembre de 2010, fecha en la que cumplió 55 años de edad y tenía acreditado más de 23 años al servicio del Banco, que la prestación se debe liquidar en la forma prevista en la misma Convención



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

Colectiva, conforme los artículos 54 y 55, igualmente, que dicha prestación es compatible con la pensión legal que percibe actualmente; como consecuencia de tales declaraciones solicita se condene al pago de dicha prestación en cuantía del 100% del salario junto con indexación del valor de la primera mesada pensional entre el 16 de septiembre de 2002, fecha de terminación del contrato y el 9 de noviembre de 2010, fecha de cumplimiento de la edad; igualmente solicita se condene al pago de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas o en su defecto indexación de las mismas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de noviembre de 1955, por lo que cumplió 55 años de edad el 9 de noviembre de 2010, refirió que prestó sus servicios al Banco demandado desde el 4 de enero de 1979 al 16 de septiembre de 2002, esto es, por más de 23 años, que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita el 23 de agosto de 1985, la que continuó vigente cuando cumplió 20 años de servicio, que en el último año de servicio, devengó en promedio la suma \$1.818.980 y el cual indexado desde hasta el 10 de noviembre de 2010 data para la cual alcanzó los 55 años, arroja un valor promedio de \$2.780.115, que se desvinculó del banco demandado por virtud de conciliación celebrada el 16 de septiembre de 2002, cuando tenía 46 y 20 años de servicio, allí se pactó el reconocimiento de una pensión voluntaria, transitoria, equivalente al 75% del salario promedio del último año, la cual sería pagada hasta que fuera reconocida la pensión de vejez por el I.S.S., momento a partir del cual, el banco continuaría pagando la diferencia si la hubiere.

Afirma que la prestación antedicha, difiere de la solicitada y que tiene su origen en la convención colectiva de trabajo vigente 1985 –1987, que el artículo 71 de dicho instrumento, creó un régimen de transición sui generis para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación, que en su artículo 54, se estableció el pago de dicha prestación sin condicionamiento alguno y cuando en el caso de los hombres, arriben a la edad de 55 años, después de 20 años de servicios; que a 31 de agosto de 1985, tenía contrato laboral vigente con la demandada y acreditó 20 años de servicios prestados el 4 de enero de 1999, indica que el cumplimiento de la edad, simplemente habilita el disfrute de la pensión, ya que el único requisitos es haber acreditado el tiempo de servicio; que solicitó dicho reconocimiento pensional el 21 de enero de 2020.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, y 15, negó los Nos. 3, 4 y 11 a 14, refirió frente a los hechos 5 a 8 que no son un hecho. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de no debido por inexistencia de obligación y/o ausencia de causa, cosa juzgada, buena fe, compensación y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y/o ausencia de la causa, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante SIXTO MANUEL FIGUEROA SANTOS.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis: "...que el problema jurídico se centraba en resolver si al demandante le asistía el derecho a la pensión de jubilación convencional que reclama conforme al artículo 54 de la convención colectiva vigente 1985 – 1987 o si es aplicable en su caso la convención colectiva de los años 1991 a 1993, resuelto lo anterior si dicha pensión era compatible o compartible con la que reconoció Colpensiones al demandante y si hay lugar a los intereses moratorios o la indexación reclamada. Advirtió que no existía discusión respecto de la fecha de nacimiento del demandante, que correspondía al 9 de noviembre de 1955, que cumplió los 55 años de edad, el 9 de noviembre de 2010 y que contaba a la fecha con 65 años cumplidos, no siendo objeto de reparo tampoco la existencia de la relación laboral que sostuvo con el banco entre el 4 de enero 1979 y el 16 de septiembre de 2002, ni la forma en que terminó el contrato de trabajo. Indicó al respecto del acta mediante la cual finalizó la vinculación laboral que fue suscrita en Barranquilla el 27 de agosto de 2002, se pactó la terminación del vínculo a partir de la terminación de la jornada del 16 de septiembre de 2002, por mutuo acuerdo, estableciéndose que los riesgos por invalidez, vejez y sobreviviente estarían a cargo al ISS sometidos a los requisitos de edad y tiempos de cotización señalados por las normas legales que regulan la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

materia y de igual manera, el reconocimiento de pensión convencional transitoria de jubilación, la cual empezaría a percibir el actor a partir del 17 de septiembre de 2002, sobre el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores y hasta el cumplimiento de los 60 años de edad, fecha en la cual el trabajador reclamará ante el ISS, la pensión de vejez, data a partir de la cual, el banco le continuara pagando la diferencia de haber lugar a ella entre la pensión de jubilación y la otorgada por el ISS, que en dicha documental se había pactado de manera clara que el trabajador era consciente de que los riesgos de vejez, invalidez y muerte estaban directa y exclusivamente a cargo del ISS o una entidad de seguridad social, sometidos a los requisitos de cotizaciones y edad señalados por las normas legales; sin embargo, el Banco le empezará a pagar a partir del 17 de septiembre del 2002 una pensión convencional transitoria de jubilación que equivale al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de labores y se le pagará hasta que cumpla los sesenta años de edad. Señaló que contrario a lo afirmado por el demandante en hecho octavo de escrito de demanda, la norma convencional era clara al referir que la pensión de jubilación en ningún caso excederá el valor del sueldo mensual y adicionalmente no se trata de sumar porcentajes sino sobre el valor del salario que devengaba el trabajador aplicar el porcentaje, es decir tal y como de manera literal se señala, por los primeros \$600 pesos que devengara el trabajador se le aplicaría el 80% de dicho sueldo, es decir que irían \$480 pesos de pensión, sobre los excedentes de \$600 hasta \$1.000 el 60%, es decir \$240 pesos adicionales a los \$480 que ya iban, daría \$720 pesos y así sucesivamente. De allí que cualquier computo de la pensión, conforme la norma convencional y teniendo en cuenta la inflación, daría porcentajes inferiores al 75% por lo cual como dice el inciso segundo del artículo 54, observándose que la organización sindical y el empleador nunca actualizaron los valores sobre los cuales se hacían los cálculos de las pensiones y por ende cualquier liquidación teniendo en cuenta la inflación daría valores menores a los establecidos legalmente por lo tanto la pensión de jubilación convencional de manera practica equivale al 75% de lo que devengaba el trabajador, ello conforme al artículo 260 C.S.T., norma que se bien fue derogada por la Ley 100 de 1993 frente al derecho de la pensión pues para los efectos de la pensión de jubilación a cargo de los empleadores tiene vigencia , de allí que el porcentaje es el 75%. Afirmó que teniendo en cuenta la redacción del artículo 54 de la convención colectiva de trabajo, lo cierto es que la pensión de jubilación equivaldría al 75% del salario o de los ingresos del último año de servicio, que el demandante reclama que, al momento de la desvinculación del Banco, en el año 2002, se pactó el reconocimiento de una pensión voluntaria que no es la que está establecida en la convención colectiva y que en ningún momento negoció su derecho pensional, lo cierto es que analizada la redacción del acuerdo transaccional y del acta de conciliación se estableció que al reconocimiento de la pensión voluntaria a partir del año 2002 era transitoria, que no era vitalicia, que dicho pago se haría hasta que el demandante cumpliera los requisitos para acceder a la pensión de vejez establecidos en el sistema general de pensiones y que a partir del cumplimiento de los 60 años de edad solo se pagaría el mayor o la diferencia entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez. Contrario a lo que interpreta la parte demandante, el suscrito determinó que la intención de las partes fue reconocer la pensión de jubilación de manera anticipada, desde el año 2002 y no desde el momento en que el demandante cumpliera el requisito de la edad, más allá de la discusión de si es un requisito de causación o de disfrute, en esa transacción lo que las partes acordaron fue reconocer la pensión de jubilación anticipadamente, situación que no vulnera derechos ciertos e indiscutibles del trabajador pues el reconocimiento se hace de manera anticipada y sin que ello implicara que ese



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

reconocimiento de esa pensión de jubilación es diferente a la pensión de jubilación contemplada en la convención colectiva de trabajo, al punto de que se estableció que el reconocimiento sería transitorio y que con posterioridad al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez se pagaría el mayor valor, es decir que se estableció desde el principio que tenía el carácter de compartida, situación que es válida y acorde con la normatividad vigente en el momento en que se suscribió el acuerdo conciliatorio y esa transacción. Refirió el juez de primer grado que la pensión que reclama el demandante ya le fue reconocida desde el año 2002 y no era una pensión diferente a la que reclama. Aunado a lo anterior, la parte demandante se equivocaba en la interpretación que les da a los reglamentos del ISS, específicamente al Decreto 2879 de 1985 y a la compatibilidad y compatibilidad de las pensiones de jubilación pues si bien la norma convencional que sustenta el derecho pensional que reclama el demandante es anterior al decreto debe advertirse que el decreto es claro para que aplique la compatibilidad, la cual es la causación del derecho. En línea con lo señalado, citó el artículo 5 del decreto 2879 de 1985, que señala que los reconocimientos que se hagan con posterioridad a la publicación de ese decreto serán compartidos, el reconocimiento pensional a favor del demandante, había tenido lugar en el año 2002, reiteró que si lo que discutía es la fecha en que causó el derecho a la pensión de jubilación relacionado con el tiempo de servicios, hubiera causado el derecho el 4 de enero de 1999, la norma en ningún momento está señalando que los derechos convencionales si estaban pactados con anterioridad a la fecha de publicación del decreto, continuarían siendo compatibles, sino que señala los reconocimientos que se hagan a partir de la publicación del decreto y en esa medida cuando causó el derecho a la pensión de jubilación y cuando se le reconoció el derecho de esta pensión de jubilación al actor, ya estaba vigente el decreto en mención y por ende la pensión de jubilación es compartible, habiendo lugar únicamente al pago del mayor valor entre la pensión de jubilación y la pensión legal, mayor valor que si bien advierte que de las pruebas allegadas al proceso, no se acreditó con suficiencia cual es el mayor valor, únicamente se allegó la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez al demandante por parte de Colpensiones y la señora Sara Gabriela Moreno Morales había manifestado que al demandante se le paga el mayor valor entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación e inclusive se le reconoce la mesada 14 por parte de la demanda, en tanto Colpensiones, no reconoció esta mesada, señalando que la diferencia es de aproximadamente de \$600.000 pesos y del interrogatorio de parte al demandante señala que no le están pagando ningún mayor valor también refiere que el banco le paga la mesada catorce en junio, se entiende entonces que el banco si está pagando el mayor valor tal como se pactó en el año 2002 con la transacción y el acuerdo de conciliación, por lo que la pensión de jubilación convencional que se reclama en el proceso ya había sido reconocida desde el año 2002, que era compartida, que a la fecha la demandada únicamente tenía la obligación de pagar el mayor valor y por ende que al demandante no le asistía derecho alguno en su reclamo...”

RECURSO DE APELACIÓN

El extremo **demandante** interpuso recurso así: “señaló que el problema que se debía resolver el superior era si el demandante tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión consagrada en la convención colectiva suscrita para la vigencia 1985 –1987, así como establecer si la pensión allí consagrada se causa con el tiempo de servicio o si por el contrario se debe acreditar tanto el tiempo de servicio como la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

edad mientras el vínculo laboral se encuentre vigente, también deberá determinarse en relación con la pensión como debe ser su liquidación y cuantía de la misma, así como el carácter o prerrogativa de la compatibilidad con la pensión voluntaria legal que percibe el actor o si por el contrario si se considera que la pensión voluntaria otorgada a través de la conciliación corresponde a la convencional deberá determinarse si esta cumple con los parámetros de la convención en cuanto a la liquidación, cuantía, así como el carácter de vitalicia, compatible y excluyente con la pensión legal. Que había sido aceptado en el proceso la fecha de nacimiento del demandante nació, que cumplió 55 años en el año 2010, que laboró para la entidad demandada por 23 años, 9 meses y 16 días, que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo de acuerdo con el parágrafo 1° del artículo 1° de la misma convención, por cuanto su cargo de asesor especial, no se encuentra excluido expresamente en la citada norma y fue aceptado por la demandada, que cumplió los requisitos del artículo 71 de dicho instrumento convencional 1985-1987 los que en desarrollo en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes establecieron que en materia pensional les fuera aplicado exclusivamente el articulado convencional del capítulo X, artículos 54 a 70 y como normas legales vigentes las que establece el decreto 3041 de 1966, véase lo establecido en el artículo 70. Indicó que el requisito exigido entonces por la norma es tener un contrato escrito y vigente al 31 de agosto de 1985, que para el grupo de trabajadores que ingresaran a partir del 1 de septiembre de 1985, se dispuso expresamente que en materia de pensiones se les aplicaría lo establecido en las disposiciones legales vigentes al momento de llegar a disfrutar el derecho, obsérvese como contrario a lo considerado por el Juez, al aplicar el decreto 2879 de 1985 al demandante, incluyó al señor Figueroa Santos como si hubiese sido un trabajador que ingresara a partir del 1 de septiembre de 1985, lo que significa que aplicó incorrectamente la convención colectiva de trabajo porque en virtud de esta tenía derecho a que su cuerpo normativo en materia de pensiones sea el que gobierne la convención colectiva y el decreto 3041 de 1966, que el demandante al cumplir el requisito establecido en este artículo 71, le abrió la puerta para que se le aplicara entonces el artículo 54 convencional que consagra el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a cargo del banco después de 20 años de servicio y a la cual tiene derecho a reclamar después de cumplir los 55 años, que el Juez en la primera instancia determinó que lo que hizo el banco en el acta de conciliación fue anticiparle la pensión convencional, no obstante, si eso fue así no hubo pronunciamiento alguno en cuanto a que la pensión convencional tiene la prerrogativa de que es mensual y vitalicia, aspecto que no fue abordado en la primera instancia y que es la base esencial para la compatibilidad pensional, pues la pensión se causa con el tiempo de servicio y la edad, entonces, es sólo condición para su exigibilidad, en tanto así lo ha reconocido el banco, pues la prueba de ello está en la indicada en numeral 28 de las documentales, la que en un proceso laboral adelantado ante el Juzgado 12 Laboral de Circuito de Medellín, el banco demandado certificó y sentó su posición oficial, y allí dijo expresamente que el banco sí reconoce pensiones de jubilación a trabajadores que se retiraban del banco y luego llegaban a la edad de 55 hombre y 50 mujeres, esta prueba que fue aportada al proceso, tampoco fue valorada en la decisión de primera instancia y no se hizo ninguna referencia a ella a pesar de que fue decretada, esta posición también quedó plasmada en las actas de conciliación que fueron aportadas como prueba por la parte demandada en las que sus trabajadores terminaban el vínculo laboral y el banco salvaguardo su derecho pensional al momento en que estos cumplieran las respectivas edades, ellas constan en el numeral 29 de las pruebas documentales debidamente decretadas que corresponden a 24 trabajadores del banco que se desvincularon



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

con 20 años de servicio antes de acreditar las edades previstas en la convención colectiva de trabajo y que al cumplir las mismas edades les fue pagada la prestación. Argumentó que en adición a las pruebas ya indicadas, se debe llegar a la conclusión de que se causa con el tiempo de servicio, aunque el despacho no se detuvo en ese análisis, pero en aras de que sea dilucidado en segunda instancia, el artículo 54 de la convención colectiva, indica la expresión todo empleado, hace referencia a los empleados activos como inactivos, finalmente en la misma cláusula se usa la expresión que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del banco, esta expresión da cuenta que los trabajadores inactivos o retirados que con posterioridad a llegar a la edad se les va computar la pensión con el promedio que devengó en el año anterior al retiro, si la norma exigiera que debe estar activo o vigente el vínculo, la expresión que se debería usar es la siguiente, que estuviere devengando en el último año de servicio, el respaldo de la interpretación se hace con fundamento en la sentencia SL 1629 de 2021 que analizó una cláusula convencional, para determinar cuándo dice “estuviere devengando en el último año de servicio si se requiere tanto el tiempo de servicio como la edad para causar la pensión”, en cambio en la cláusula del presente proceso no dice devengando y tampoco dice último año de servicio, sino que dice devengado y dice último año anterior al retiro. Así pues y como quiera que el demandante causó su prestación cuando acreditó los 20 años de servicio en el año 1999, esto le confiere un derecho adquirido el cual es respetado por el acto legislativo 1 de 2005 con lo cual está plenamente habilitado para disfrutar de la prestación extralegal desde el cumplimiento de los 55 años de edad. Que conforme al artículo 54 este establece expresamente que es la suma de los diferentes porcentajes y el Juez en primera instancia dice que es la suma de los valores, obsérvese que la cláusula dice es la suma de los diferentes porcentajes y dice expresamente en acuerdo con el salario promedio del último año, no habla de valores, pues en el acta de conciliación que le reconocieron una pensión voluntaria transitoria, el banco estableció que sería sobre el 75% del salario promedio devengado al año anterior del retiro y según prueba documental No. 21, el valor de la mesada inicial establecida por el banco para el demandante de esa pensión voluntaria fue de \$1.364.235. Así pues, para determinar el 100% del promedio bastaría con realizar una regla de tres para hallar el valor de \$1.818.980 para el año 2002, valor que indexado entre 2002 a 2010, arrojaría una mesada inicial de \$2.780.115, la indexación de su primera mesada pensional es un derecho reconocido por la jurisdicción ordinaria y constitucional para toda clase de pensiones a partir de la constitución de 1991, por otra parte, en las sentencias SL 4455 del 2018 y SL 12575 de 2017, la Corte tiene establecido que un acuerdo extralegal no puede modificar una norma convencional, la única manera a través de la cual se puede hacer la modificación es a través de la denuncia, revisión de la convención por modificación o derogatoria por otra norma convencional, lo cual no ocurre en el presente caso y el Juez consideró que la pensión establecida en el acta fue la pensión convencional, resulta que a través de esta acta entonces le desmejoró la pensión establecida en la convención colectiva porque en la convención colectiva dice que es mensual y vitalicia, mientras que la que le otorgaron dice que es voluntaria y transitoria, entonces es una desmejora ostensible, porque una pensión vitalicia no se encuentra limitada en el tiempo y por lo tanto sería toda a cargo de la entidad y en autonomía de las partes. Sobre la compatibilidad de la pensión, el Decreto 2879, el parágrafo 1 dice que lo dispuesto en ese artículo no se aplicará cuando se haya pactado expresamente, si se analiza la compatibilidad, aquí la tenemos, expresamente la norma dice vitalicia, lo que significa que es sin límite en el tiempo, ii) en la convención colectiva en el artículo 58 dice expresamente que la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

pensión convencional es excluyente con la legal, adicionalmente en el artículo 62 que se refiere a una pensión por incapacidad después de 10 años de servicio, señala, la cual se liquida en los términos del artículos 54 y 55 dice en su inciso 2, esta prestación por incapacidad es incompatible, con lo que se demuestra que la pensión del banco del 1985 - 1987 es compatible, con lo anterior se ratifica que la convención colectiva 1985 – 1987 y su pensión conforme al artículo 54, con la liquidación del mismo artículo 54 y 55, tiene la prerrogativa de la compatibilidad, el artículo 71 señaló el cuerpo normativo que gobernaría para el caso del demandante su asunto pensional diciendo que es la convención colectiva, artículo 54, 70 y decreto 3041 de 1966, la convención fuente del derecho fue suscrita el 23 de agosto de 1985 antes del decreto de la compartibilidad, lo que significa que la regla general es que toda pensión extralegal suscrita existente antes de ese decreto era compatible, es decir, que las partes tendrían que haber pactado expresamente que la pensión sería compartida y ninguna norma del articulado del capítulo X artículos 54 a 70, dice que la pensión será compartida, todo esto dice que la pensión entonces es compatible, de hecho en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 2238 del año 2021, la Corte determinó la compatibilidad de una pensión convencional del análisis de la siguiente expresión “sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el ISS”. Nótese pues como el artículo 58 de la pensión del banco, dice la pensión aquí fijada excluye la legal, todo lo anterior evidencia como la prestación consagrada en la convención colectiva de trabajo del 1985 – 1987, difiere completamente de la pensión que fue otorgada entonces mediante acta de conciliación, desde un punto de vista de los requisitos cuantía y prerrogativas la convencional se reconoce a los 55 años, se paga en forma mensual, es vitalicia y es con el 100% y excluyente con la legal, mientras que la otorgada mediante acta de conciliación fue voluntaria, transitoria y compartida con la legal y adicionalmente fue liquidada con el 75% de lo devengado en el último año anterior al retiro, requisitos totalmente distintos a los que establece la convención.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de apelación, según lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y S S, en el que se insiste en primer lugar en que el trabajador tiene derecho a la pensión estipulada en la convención de 1985 -1987, que debe liquidarse como se indica en la misma **siendo compatible con la legal.**

No hay duda alguna sobre los extremos en que se desarrolló el contrato de trabajo del actor, que inició a laborar en el Banco Comercial Antioqueño el 4 de enero de 1979 y hasta el 16 de septiembre de 2002, fecha en la cual el contrato terminó de mutuo acuerdo, según conciliación que aparece en el expediente, siendo su último cargo el de asesor especial.

Resulta entonces básico recordar que una convención colectiva, **se encuentra vigente hasta tanto se firme una nueva convención**, lo que sucede cuando las



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

partes manifiestan su decisión de darla por terminada, en el tiempo que contempla la ley, esto es si se denuncia. (Artículos 478 y 479 del CST).

De manera entonces que no es dable escoger o pretender aplicación de una u otra convención, como parece entender el recurrente; pues si se firman nuevas, por denuncia y presentación de pliegos de peticiones que abran paso a una nueva negociación; las anteriores como lo indica la Ley **se terminan, o lo que es lo mismo pierden vigencia para darle paso a nuevas condiciones para los contratos de trabajo, resultado de la negociación colectiva**; lo que no significa que se conserven cláusulas o se hagan compilaciones pues de eso justamente se trata de la negociación.

En ese orden la Sala observa que el 6 de septiembre de 1991 se firmó una nueva convención y en el artículo 117 de la misma se dispuso: *“La presente convención colectiva, empezará a regir a partir del 1° de septiembre de 1991 y tendrá vigencia hasta el 31 de agosto de 1993 y podrá ser denunciada en la forma y términos legales dentro de los sesenta (60) días anteriores a su expiración...”*

Pactaron allí también las partes que dentro de los primeros 120 días a esa vigencia harían una compilación de ese nuevo acuerdo y los anteriores, señalando que la etapa de arreglo directo terminó el 24 de agosto de 1991 y que esa compilación convencional fue realizada y formada el 10 de septiembre de 1991. (Expediente Digital). Vale también resaltar que dentro de la documental anunciada por la parte actora se observan las convenciones suscritas incluso hasta el 2011.

Fuerza entonces concluir que se equivoca desde la demanda la parte actora, cuando afirma que la convención de 1985-1987, se encuentra vigente, pues ante la firma de una nueva, esto es la de 1991-1993; esta perdió su vigencia; lo que no impide el análisis de lo pactado a fin de determinar si en verdad el demandante tiene derecho a la pensión convencional; siendo claro que no se discutió y por el contrario se aceptó que era beneficiario de esas normas.

Hecha esta precisión observa la Sala que el capítulo décimo de la convención de 1991-1993 relativo a PENSIONES, consagra en el artículo 54, una norma idéntica a la convención anterior así:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

“Todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos o discontinuos a la Institución, tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del Banco.....”

De la misma manera el artículo 70 de la convención señala que lo establecido en el capítulo de pensiones se aplica en consonancia con el Decreto 3041 de 1966, por el cual el ISS asume los riesgos de IVM; mientras que el 71 estipula que todo lo comprendido en el capítulo 10° de la actual compilación vigente esto es la de 1985-1987; artículos 54 a 70 inclusive se aplica solamente a quienes tuvieron contrato escrito y vigente a 31 de agosto de 1985, con el Banco Comercial Antioqueño, dado que los que ingresara a partir del 1 de septiembre de 1985 no se les aplica siendo su régimen el legal, norma de igual contenido, dicho sea de paso a la anterior.

En consecuencia, no hay duda, que al actor le eran aplicables las normas previstas en este capítulo décimo, en cuanto a 31 de agosto de 1985 tenía contrato escrito y vigente celebrado en esa época con el Banco Comercial Antioqueño.

Ahora asunto diferente es definir si la edad a que se refiere la norma convencional; debía cumplirse estado vigente el contrato de trabajo o podía cumplirse finalizado el mismo, siendo únicamente requisito de causación el tiempo de servicios y la edad solo un requisito de exigibilidad, como sostiene el recurrente.

Al respecto conviene traer a colación la sentencia SL131 de 2022 Rad 87303 de enero 26 de 2022 MP LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, en las que en un caso similar se dijo:

“(...)

Precisado lo anterior, y sin necesidad de seguir ahondando en los dislates técnicos en que incurre la censura, los cuales, en todo caso, resultan superables por la Sala, se advierte que no son objeto de debate los siguientes supuestos fácticos que dio por acreditados el Tribunal: (i) que la demandante prestó sus servicios a la demandada desde el 09 de enero de 1975 hasta el 31 de diciembre de 1998; (ii) que en vigencia de su contrato de trabajo fue beneficiaria de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

Convención Colectiva de Trabajo 1989-1990 suscrita entre la desaparecida Electrificadora del Cesar S.A. y Sintraelecól (Subdirectiva Cesar); y (iii) que cumplió los 54 años de edad el 13 de mayo de 2011, cuando ya no era trabajadora activa de la pasiva.

Así pues, encuentra la Sala que el punto central en discusión radica en determinar si el requisito de edad que contempla la norma colectiva, fuente de la prestación de jubilación que se reclama, es de causación del derecho o de exigibilidad para su disfrute.

Previo a ello, conviene recordar que esta Corporación ha reiterado con profusión, verbigracia, en las sentencias CSJ SL4934-2017 y CSJ SL1886-2020, que si bien las convenciones colectivas de trabajo se aportan como una prueba al proceso, ello no desdice su carácter de fuente formal del derecho y, por tanto, los jueces tienen el deber de interpretar sus enunciados normativos conforme a las máximas y principios de hermenéutica jurídica laboral, dentro de los cuales se encuentra el principio protector en sus modalidades de favorabilidad, *in dubio pro operario* y condición más beneficiosa.

En tal sentido, de entenderse que existe un eventual dilema interpretativo de una norma convencional, lo razonable es que su sentido se desentrañe con apego al citado principio, elevado a rango constitucional por la Carta Política de 1991, que parte del supuesto de la existencia de dos o más interpretaciones sólidas contrapuestas.

Ahora bien, el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo 1989-1990 (f.º 104 a 114 del cuaderno del Juzgado), contentivo del derecho pretendido consagra:

A partir de la firma de la presente Convención Colectiva la ELECTRIFICADORA DEL CESAR S.A. jubilará a los Trabajadores que laboren dentro de ella Veinte (20) años continuos o discontinuos y cumplan Cincuenta y Cuatro (54) años de edad.

Parágrafo I. Los Operadores de Plantas, Auxiliar de Operadores, Centrifugadores, Auxiliares de Centrifugadores y Tableristas Eléctricos que desempeñen o hayan desempeñado por Siete (7) años en dichos cargos y continúen al servicio de la Empresa se continuarán jubilando con Quince (15) años de servicio continuos o discontinuos sin tener en cuenta la edad.

Los Trabajadores que ejerzan dichos cargos y no llenen los requisitos señalados en este Parágrafo se jubilarán conforme a la regla general arriba indicada.

Parágrafo II. Los Trabajadores que desempeñen el cargo de Linieros a la fecha de iniciación de la Convención, se continuarán jubilando con Veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos siempre que hayan permanecido en el cargo Siete (7) años y cumplan Cincuenta (50) años de edad, y en el mismo cargo los Veinte (20) años de servicio.

Los que se vinculen con posterioridad al Treinta y Uno (31) de diciembre de [...] (1989) se jubilarán conforme a la regla general indicada en este Artículo.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

En todos los casos, el monto de la pensión será del [...] (75%) del salario. En este lapso la Empresa no trasladará para otro cargo a los Linieros sin la aceptación expresa de estos.

Del texto transcrito surge con nitidez que la pensión de jubilación allí dispuesta (inciso primero) se pactó exclusivamente en favor de quienes ostentaran la calidad de «*Trabajadores que laboren dentro de ella*» --la Electricadora del Cesar S.A.--, al momento de cumplir con los requisitos exigidos, concretamente el tiempo de servicios y la edad; sin que se desprenda de la aplicación del precepto en su literal dicción o aún en contexto, que las partes en uso de la libertad y autonomía de contratación hubieran acordado que dicha prestación sería reconocida a los ex trabajadores de la empresa, que cumplieran el mentado requisito después de extinguida la relación laboral.

Debe destacarse este último presupuesto de la edad, por constituir el eje fundamental de la controversia, ya que, a juicio de la Sala, tal requisito de años de vida para acceder a la prestación pensional se pactó en la referida cláusula (inciso primero), como una imposición concurrente con la calidad de servidor activo de la empresa y, por lo mismo, en una exigencia para la consolidación del beneficio pensional deprecado.

Nótese que la disposición en mención utiliza la expresión «*Trabajadores que laboren dentro de ella*», la cual, analizada de manera contextualizada y sistemática --que no aislada--, permite entender que los requisitos de edad y tiempo de servicios allí dispuestos deben concurrir antes de la finalización del contrato de trabajo, para que así pueda hablarse de un derecho adquirido.

Y si se hiciere el raciocinio con la totalidad del texto cuya aplicación se pretende, como en verdad corresponde, en la medida en que una norma está integrada por un articulado que, en conjunto, le da sentido a la misma, ello a nada distinto a lo ya dicho conduciría, pues, como con atino lo estableció el Tribunal, los párrafos primero y segundo de la norma extralegal si bien consagraron presupuestos de edad distintos «*a la regla general*» contenida en el inciso primero, como son: en cualquier tiempo (Párrafo I) y 50 años (Párrafo II), no puede pasarse por alto que tales previsiones no resultan aplicables a la situación de la actora, pues aquella no acreditó haberse desempeñado en alguno de los cargos expresamente descritos en los citados párrafos: «*Operadores de Plantas, Auxiliar de Operadores, Centrifugadores, Auxiliares de Centrifugadores y Tableristas Eléctricos*», más aún cuando en esta sede extraordinaria aquella indicó (error de hecho n.º 6) haberse desempeñado en el cargo de *Jefe del Departamento de Tesorería*, por manera que, sin hesitación alguna, debía atenerse al cumplimiento de la edad de 54 años prevista como regla general, en vigencia, como ya se indicó, del contrato de trabajo.

Al respecto, bien vale la pena señalar que si la intención de las partes hubiera sido la de otorgar el beneficio pensional teniendo como requisito de causación del derecho únicamente el relativo al tiempo laborado, para quienes como a la actora les era aplicable la *regla general* prevista en el inciso primero de la cláusula convencional, así lo hubieran dejado plasmado explícitamente, como, en efecto, sí sucedió con un grupo especial y particular de trabajadores: «*Operadores de Plantas, Auxiliar de Operadores, Centrifugadores, Auxiliares de*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

Centrifugadores y Tableristas Eléctricos» (Parágrafo I), a quienes se les privilegió, en razón de su cargo, la concesión de la pensión *«sin tener en cuenta la edad»*, como allí expresamente se dice. Lo que significa, sin asomo de duda, que para aquellos la exigencia relativa a la edad sí resultó ser de mera exigibilidad de la prestación.

En ese sentido, no puede olvidarse que la lectura o interpretación de las convenciones y pactos colectivos debe efectuarse con estricta observancia de los principios constitucionales, los Convenios de la OIT y las normas sustanciales contenidas en el Estatuto del Trabajo, puntualmente, el artículo 467 del CST, según el cual, las Convenciones Colectivas de Trabajo fijarán las condiciones en que se regirán «los contratos de trabajo durante su vigencia». De manera tal que, la regla general es que los beneficios extralegales subsistan mientras la relación laboral se encuentre vigente; luego, entonces, la excepción es que se extiendan más allá de dicha temporalidad, en cuyo caso deberá pactarse de manera clara, expresa y manifiesta.

Así lo ha entendido esta Corporación, entre muchas otras, en la sentencia CSJ SL609-2017:

Conviene agregar que en principio es cierto que legalmente se descarta la extensión de las disposiciones convencionales a situaciones acaecidas después de terminados los contratos de trabajo en tanto así lo consagra el categórico imperativo legal del artículo 467 del C.S. del T., sin embargo, es posible que las partes, dentro de su autonomía, acuerden dicha extensión, sin que ello sea per se contrario al orden público o a normas superiores-, considera sin embargo, que en tales eventos la obligación debe quedar expresa y explícitamente estipulada, precisamente por ser una excepción al principio legal contenido en la norma que se acaba de señalar, que impone el deber de su consagración manifiesta, clara e inequívoca.

Esto significa, que como las partes en la convención colectiva en el sub lite, no entronizaron la previsión pensional dejando expresamente consagrada la voluntad de que el derecho fuera reconocido en favor de los extrabajadores, permitiendo así el cumplimiento del requisito de la edad después de extinguida la relación laboral, hecho que no se discute dada la orientación jurídica del ataque, el Tribunal no podía conceder la prerrogativa deprecada tratando de desentrañar la intención de los contratantes ni apelando a «la filosofía y finalidad de la prestación pretendida», pues con esa conducta transgredió el recto entendimiento que debe darse al artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con el cual se itera, la vocación legal de los acuerdos colectivos es regular las relaciones laborales mientras ellas perduren, salvo que las partes expresamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad dentro del marco legal prevean otra cosa.

De esa suerte, como en el sub examine las partes no estipularon expresamente que la prestación pensional de origen convencional pudiera causarse con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo, ni es inferible del texto del acuerdo colectivo, entonces, el único entendimiento posible de la cláusula convencional bajo estudio (inciso primero), con arreglo a lo dispuesto en el artículo 467 del CST, es que el derecho procede siempre y cuando se reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicios mientras esté



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

en vigor el vínculo laboral, o como literalmente la norma convencional lo previó, que cumplan los requisitos laborando *dentro de ella*. Tampoco era dable considerar que la edad fuera un requisito de exigibilidad o disfrute del derecho, porque así no se consagró en el instrumento colectivo, para quienes como a la actora, se itera, les era aplicable la *regla general* prevista en el mencionado inciso primero.

Se insiste, de la literalidad del texto convencional y, aún, de su entendimiento contextual y sistemático, no es posible inferir o interpretar de manera razonable y sólida, como equivocadamente lo quiere hacer ver la recurrente, que la expresión «*los Trabajadores que laboren dentro de ella*» de la cláusula 5, dice relación al «área física de la empresa» y no a la vigencia de la relación contractual laboral, porque dichos «límites físicos» o «atmósfera», como los denomina la impugnante, están presentes donde quiera que la empresa actúe, en la medida en que se trata de una prestadora del servicio público de energía eléctrica, es decir, por su naturaleza, tales límites son en sí mismos difusos, independientemente de que, como suele ocurrir en este tipo de compañías, tenga unas oficinas centrales o principales.

Lo cierto es que los elementos diferenciadores que se establecieron en la convención colectiva, entre quienes son destinatarios de las regulaciones del inciso primero de la cláusula 5 (regla general), aplicable a la aquí recurrente, y los Parágrafos I y II (excepciones), son los cargos desempeñados, taxativamente señalados en esos apartados, y la permanencia en dichos específicos cargos por el lapso que se determinó en cada caso, para así acceder al beneficio pensional en las especiales condiciones señaladas en ellos, es decir, no hay referencia alguna a los conceptos de «área física de la empresa», «límites físicos» o «atmósfera», lo cual, se reitera, lleva a concluir que no es coherente y razonable la forzada interpretación que se ha propuesto en la impugnación.

Así, resulta pertinente señalar que, como para la Sala no existen dos interpretaciones válidamente razonables de la cláusula en comento, sino, se repite, una sola, pues el texto es claro e inequívoco, por lo que no admite más que un único entendimiento, y no otros que puedan distorsionarla o alterar su contenido, no cabe invocar el principio de favorabilidad (que en estricto sentido sería de *in dubio pro operario*) al que insistentemente alude la censura en la acusación, pues aquel, como lo tiene adoctrinado esta Corporación, parte de la existencia de duda en la aplicación o interpretación de normas vigentes, lo cual, según se ha expuesto, aquí no ocurrió.

Ha de tenerse presente, que si bien dicha manifestación del principio protector constituye uno de los pilares fundamentales del derecho del trabajo, cuyo objeto consiste en amparar a la parte débil de la relación jurídica, con el fin de restablecer el equilibrio entre el trabajo y el capital, su utilización exige el más estricto rigor, con el fin de no alterar la teleología inicial de éste, ya descrita, pues la iniciativa privada y la actividad económica también gozan de protección constitucional, en tanto fuentes generadoras de trabajo, de conformidad con lo señalado en el artículo 333 de la Constitución Nacional, tal como lo memoró la Sala en sentencia CSJ SL1944-2021, sin que ello se entienda, en manera alguna, en desmedro de los derechos de los trabajadores y de la aplicación del sistema interpretativo propio del derecho social, tal como se ha advertido *in extenso* en la parte considerativa de este proveído.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

Por otra parte, tampoco resultan pertinentes al caso las argumentaciones contenidas en las sentencias CC SU-241-2015; CC SU-113-2018; CC SU-267-2019 y CC SU-445-2019, e invocadas por la recurrente, por cuanto en ellas se estudiaron casos que corresponden a convenciones colectivas de otras entidades (Edatel, Minercol y Departamento de Antioquia), pero, más aún, porque en dichas providencias se accedió a tutelar los derechos invocados por los actores, partiendo del supuesto de que esta Sala de Casación no aceptaba la aplicación del principio protector contenido en el artículo 53 de la Constitución en relación con las convenciones colectivas de trabajo, a las que en sede extraordinaria se les otorgaba únicamente tratamiento de pruebas y no de fuente normativa, entendimiento éste que ya fue superado por la Corporación, como se indicó párrafos atrás, y que en el caso en concreto no es objeto de debate, pues la problemática aquí planteada se orienta no a la aplicación del mentado principio, sino a que el texto convencional no ofrece equivocidad en su interpretación, como ya se ha explicado.

En ese sentido, con lo razonado por esta Sala de Casación no se ha desconocido el precedente vertical ni el horizontal, en tanto que es su convicción que la interpretación de las convenciones colectivas de trabajo se nutre del principio tuitivo del artículo 53 Superior, pero que en cada caso en particular se ha de determinar si se cumplen las condiciones para que éste opere, según se ha expuesto a lo largo de esta providencia....”

Para la Sala en este caso; es claro que no se pactó de manera expresa, que el cumplimiento de la edad pudiese darse luego de terminado el contrato, ni tampoco es resultado de una interpretación sistemática, inferirlo, pues la norma no admite dos entendimientos, ya que dispone con absoluta claridad que **todo empleado del Banco que llegue o haya llegado a 55 años si es varón o 50 si es mujer; después de 20 años de servicio, tendrá derecho a la pensión de jubilación; luego la única interpretación posible es los dos requisitos debían cumplirse estando al servicio de la entidad.**

Y es que, además, haciendo una interpretación de todo el capítulo de pensiones encuentra la Sala que en el artículo 56 si se consagra norma expresa de pensión con solo tiempo de servicios (30 años); sin consideración a la edad y que todas las cláusulas deben guardar consonancia por lo establecido en la Ley, luego en este caso específico como en el que analizara la Corte, en el caso citado, no puede inferirse del texto que la edad pudiese cumplirse una vez finalizado el contrato de trabajo.

En consecuencia, en el momento en que terminó el contrato; por mutuo acuerdo, el demandante no tenía derecho a la pensión convencional, pues no tenía 55 años, hecho que sucedió incluso luego de la vigencia del acto legislativo de 01 de 2005.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

Ahora bien, acreditado esta también que las partes celebraron conciliación en la que una vez determinado que los riesgos de IVM, son asumidos por el ISS o una entidad de seguridad social, como parte del acuerdo se concedió una pensión convencional de jubilación **solo hasta que cumpliera 60 años de edad toda vez que en ese momento sería sustituida por la legal, momento en el cual el Banco solo pagaría el mayor valor.**

Esta pensión, extralegal y voluntaria no es la pensión convencional, aunque se denominó así; -aunque expresamente indicándose que era transitoria, hasta que le fuere recocida la legal-; pues se itera que en el momento del retiro el trabajador no tenía los requisitos para tener derecho a la prevista en la convención esto es edad y tiempo de servicios. Se equivoca el recurrente cuando pretende que se aplique la convención de 1985-1987, para solicitar que la compatibilidad, pues no es la fecha de firma de la convención anterior al Decreto que regula la compatibilidad o compartibilidad, la que da lugar ese análisis sino el momento en que se adquiere el derecho a la pensión, que en este caso fue desde luego posterior a 1985, en 2002 cuando terminó el contrato y aún admitiendo que la convención aplicable era la de esos años, que como ya se dijo no lo fue. Se equivoca también el recurrente cuando señala también en alegaciones que con lo pactado en la conciliación se modificó la convención, porque definitivamente al no tener requisitos para adquirir el derecho, este pacto antes que vulnerar la norma garantizó la pensión hasta que se adquirió la legal; no se desmejoró la pensión convencional sencillamente porque no se tenía derecho a ella y aún aceptando que esta era vitalicia, no sería compatible se insiste; pues aún aceptando que el cumplimiento de la edad, pudiese darse después de finalizado el contrato, ello sucedió después de 1985 y después de la expedición del acto legislativo 01 de 2005.

No sobra agregar que las pensiones extralegales superan la ley en beneficio del trabajador y no implican desmejora y en la misma convención que hemos estudiado se pactó que todo lo establecido en el capítulo de pensiones era en consonancia con el D 3041 de 1966 por lo que el ISS asumiría los riesgos de IVM, siendo claro que de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las pensiones extralegales superan la ley en beneficio del trabajador, se itera, antes que en su desmejora. En este sentido, cuando se establece una pensión extralegal pero sometida a compartibilidad con la del ISS, o una pensión en forma temporal, en



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

manera alguna se desconoce el mínimo de beneficios consagrado en la ley, pues se establece una prestación en condiciones más favorables para el trabajador pero se somete a unos condicionamientos que igual no impiden que el trabajador devengue su pensión en las condiciones normales planteadas por la ley, que precisamente es lo que sucede cuando opera la compartibilidad. (Entre otras sentencias del 21 de junio de 2001, Rad. 15987, M.P. José Roberto Herrera Vergara.)

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de recurso por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 3220200033301 Dte: SIXTO MANUEL FIGUEROA Ddo.: ITAÚ CORPBANCA S.A.

M o - 1 1 .

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO - R

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Bogotá

SALA LABORAL

PROCESO: 36-2019-951-01

ASUNTO : APELACION AUTO

DEMANDANTE: FERNANDO ALONSO DÍAZ VASQUEZ

**DEMANDADO:INTERNATIONAL ELEVATOR INC V.B.A. hoy
OTIS ELEVATOR COMPANY COLOMBIA SAS**

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta (30) días del mes de junio del dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por la Juez 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día veintidós (22) de marzo de dos mil veintidós (2022), en cuya virtud resolvió declarar parcialmente probada la excepción de prescripción. (Expediente Digital).

HECHOS

El señor **FERNANDO ALONSO DÍAZ VASQUEZ** a través de apoderado judicial presentó demanda en contra de **INTERNATIONAL ELEVATOR INC V.B.A. hoy OTIS ELEVATOR COMPANY COLOMBIA SAS** para que mediante el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo y se condene al pago de indemnización por despido injusto toda vez que fue despedido sin justa causa. Solicita además reliquidación de prestaciones, indexación extra y ltra petita y costas. (Expediente Digital).

La Juez de primera instancia en la audiencia del art 77 del C P del T y de la SS tomó la decisión que hoy revisa la Sala.

Para llegar a esa conclusión en síntesis señaló la Juez: *“...se refirió al rt 32 del CPdel T y de la SS, en cuanto a los requisitos de la excepción de prescripción para ser resuelta como previa, esto es que noexista discusión sobre la exigibilidad del derecho reclamado. Señaló que en la contestación de la demanda se aceptaron los extremos de la relación laboral del 16 de octubre de 1997 y hasta el 17 de enero de 2017, luego al no existir discusión la resolvió como previa. En ese orden al discutirse no solo la indemnización por despido, sino la reliquidación de las prestaciones, dijo que como la demanda se presentó el 5 de diciembre de 2019 y la indemnización surge a la terminación del contrato esta no se encuentra prescrita. En cuanto a la reliquidación señaló que no todas las prestaciones son exigibles a la terminación del contrato pues la única que se hace exigible en ese momento son las cesantías. Por eso concluyó que se encuentran prescritas las causadas con anterioridad al 5 de diciembre de 2016, dada la presentación de la demanda.*

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpone recurso así. *“...señalando que el demandante había reclamado y además porque los términos se cuentan desde el despido y tres años hacía atrás teniendo en cuenta que se hicieron algunas reclamaciones, agregando que hay lugar a pagar aportes con salrios así se fallen en extra y ultra petita.*

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS la Sala resolverá el recurso que específicamente cuestiona lo decidido en cuanto a la excepción de prescripción, indicando que el termino debe contarse desde que se terminó el contrato toda vez que se hicieron algunas reclamaciones por el demandante.

Bien, los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C P del T y de la S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

Es clara así la ley en cuanto a la prescripción de las acciones que emanen de leyes sociales, señalando específicamente el art. 151 del C.P.T y S.S que:

*“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. **El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual**”.*

En cuanto a la interrupción de la prescripción, esta ocurre de dos formas: i) extraprocesalmente mediante **la reclamación escrita del trabajador sobre los derechos que persigue específica y claramente determinados** y ii) procesalmente con la presentación de la demanda siempre que se den los requisitos del art 94 del CGP.

Conforme a lo anotado, tenemos que el trabajador cuenta con 3 años desde la fecha de exigibilidad de sus derechos para reclamarlos, y este término puede ser interrumpido por él de dos maneras: - **mediante reclamo escrito recibido por el empleador o, - mediante la presentación de una demanda con la que se reclamen aquellos, por una sola vez.**

Ahora le asiste razón a la Juez en este caso, pues no basta con afirmar que el trabajador hizo algunas reclamaciones; para que pueda tenerse como interrumpido el termino; sino que es necesario acreditarlo; expresarlo con precisión; no como hace la recurrente de manera general y ambigua, pero sobre todo, se itera, acreditarlo a fin de establecer si operó o no el fenómeno extintivo y desde cuando.

En ese orden no le asiste razón a la recurrente al señalar que el termino se cuenta desde la terminación del contrato, pues tal y como señaló la Juez eso solo sucede en este caso para la indemnización por despido, sobre la cual no operó el fenómeno; y exclusivamente para las cesantías que son exigibles solo a la finalización del vínculo, **no para la reliquidación de prestaciones reclamadas específicamente en este juicio.**

Acertó en consecuencia la Juez, pues al no existir reclamación -pues se insiste a pesar de la afirmación de la recurrente no hay prueba de las reclamaciones que dijo se efectaron-; y de acuerdo con lo señalado en el art 94 del C G P es desde la presentación de la demanda como indicó la Juez que se contabiliza el termino ya que esta interrumpe el termino el termino para que opere el fenómeno extintivo.

Por lo expuesto y sin más consideraciones por innecesarias se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

SIN COSTAS en la alzada.

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

RESUELVE

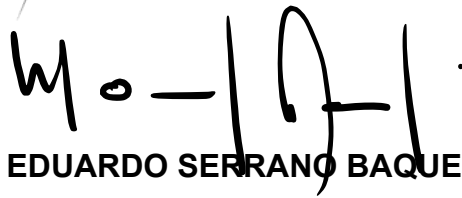
PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado por lo expuesto en esta providencia.

SIN COSTAS en la alzada.

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



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2019-515-02

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LEONARDO RÍOS CARMONA

DEMANDADO: TERMINAL DE TRANSPORTE SA

En la ciudad de Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

DECISIÓN

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandada, quien solicita, se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, contra la sentencia proferido por la Juez 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintiuno, (2021) por medio del cual resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada TERMINAL DE TRANSPORTE S.A. de las pretensiones de la demanda formuladas por el señor LEONARDO RÍOS CARMONA, relacionadas con el reintegro y sus consecuenciales, así como la pretensión subsidiariamente planteada, sustentadas en estabilidad laboral reforzada, por condición de discapacidad en los términos de la ley 361 de 1997. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. 2 SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas.....”

PRETENSIONES

El señor **LEONARDO RÍOS CARMONA** a través de apoderado instauró demanda en contra de **TERMINAL DE TRANSPORTE SA para** que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a termino indefinido desde el 1 de diciembre del año en curso y hasta el 27 de julio de 2016, que se declare ineficaz la terminación del mismo por encontrarse el actor en estado de debilidad manifiesta. En consecuencia, solicita reintegro, salarios, prestaciones, intereses a las cesantías, vacaciones desde el despido y hasta el reintegro, aportes, extra y ultra petita. En forma subsidiaria solicita pago de indemnización según lo establecido en el art 26 de la ley 361 de 1997 equivalente a 180 días. (Expediente Digital)

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que ingresó a laborar el 1 de diciembre de 2008 y hasta el 27 de julio de 2016, siendo el primer cargo el de jefe de departamento de comunicaciones y luego como jefe de oficina asesora de comunicaciones, que el salario era de \$5.863.467 más una prima de alimentación de \$128.120, que el contrato terminó sin justa causa, desconociendo el estado de debilidad manifiesta en que se encontraba el demandante, por enfermedad profesional, diagnosticada como bronquitis crónica y apnea del sueño, lo cual conocía la demandada, todo ello por el sitio de trabajo expuesto a gases de buses de la empresa Bolivariano, dado que las ventanas de la oficina son contiguas a las bahías de ascenso de pasajeros. (Expediente Digital)

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. En cuanto a los hechos fueron negados en su mayoría, aunque aceptando el contrato aclarando que primero fue a término fijo y luego modificado a indefinido. De igual forma aceptó los cargos desempeñados y aseguró que se pagó la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, así como que no tenía conocimiento de los problemas de salud que dice el demandante padecía y que si bien presentó algunas incapacidades estas eran discontinuas, sin que para la fecha del despido lo estuviera, afirmando que no es cierto que la oficina del actor estuviese expuesta a gases de buses. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación y las demás que se prueben en el proceso. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia el juez 38 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando en síntesis lo siguiente: *“...No es objeto de controversia entre las partes la existencia de la vinculación contractual del demandante con la sociedad convocada a juicio encontrándose acreditado en el expediente que entre las partes*

existió un contrato de trabajo inicialmente a término fijo cuya modalidad fue modificada tornándolo a término indefinido, los extremos temporales del vínculo corresponden al 1 de diciembre de 2008 al 27 de julio del 2016 correspondiendo el último cargo desempeñado de jefe de oficina asesora de comunicaciones con una asignación básica salarial final de \$ 5.863.467 pesos, del contrato de trabajo junto con los otrosí es del 13 de agosto de 2019 y 23 de junio del 2015, la comunicación y terminación del contrato, la liquidación final de acreencias laborales y la certificación emitidas por el director de gestión humana de fechas 21 y 27 de julio del año 2016 que militan en el archivo digital. Sentadas las anteriores premisas procede el despacho a resolver las súplicas de la demanda: **de la solicitud de reintegro por desvinculación en estado de debilidad manifiesta**, pretende el accionante su reintegro al puesto de trabajo que ocupaba en el momento de la terminación del vínculo laboral destacando que se encontraba en situación de debilidad manifiesta dado su estado de salud y la empresa accionada para efectos de su desvinculación sin justa causa pretermitió los términos del artículo 26 de la ley 361 de 1997; en este contexto primigeniamente debe determinar el despacho si al momento de la finalización del contrato dado el 27 de julio de 2016 el demandante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada por condición de discapacidad a que se refiere la ley 361 del 97, conviene precisar que el artículo 26 establece que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral a menos que esta limitación sea claramente declarada como incompatible o insuperable en el cargo que se va a desempeñar así mismo ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato de trabajo terminado por razón de su limitación salvo que medie la autorización de la oficina del trabajo. No obstante, quienes fueron despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación en el incumplimiento del requisito previo en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario sin perjuicio de las demás prestaciones o indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el CST y demás normas que lo modifiquen o complementen. Teniendo en cuenta lo anterior conviene precisar que la norma consagra una limitación determinada en el contrato de trabajo cuando el trabajador sufra una limitación debiéndose o requiriéndose una autorización del inspector de trabajo siendo pertinente señalar que la corte constitucional en sentencia C 531 del año 2000 al analizar la exigibilidad de esta norma le dio un alcance inclusive más protector destacándose la desvinculación que se diera dentro de este escenario sería ineficaz y en términos generales daría lugar al reintegro del trabajador y simultáneamente al pago de la indemnización allí regulada. Ahora bien conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la CSJ en pronunciamientos como el del 15 de julio del año 2008 radicación 32532 reiterada el 25 de marzo del 2009, radicación 35606 del 16 y 24 de marzo del 2010, radicaciones 36115 y 37235 han fijado el alcance del artículo 26 de la ley 361 de 1997 siendo pertinente señalar que de la misma manera en pronunciamiento del 24 de febrero del año 2021 dictado dentro de la radicación 64605 la Corte en la sentencia SL 711 del 2021 reitera los términos en que opera la protección de que trata el artículo 26 de la ley 361 destacando dentro de ellos que se deben cumplir con ciertos presupuestos para verse amparado por esa protección. **El primero de ellos es que se pueda ubicar al trabajador en la calificación de persona en condición de discapacidad siendo pertinente señalar que esa condición la determina la Corte bajo el entendido de que haya una pérdida de capacidad laboral que ubique al trabajador en un porcentaje del 15% o superior esto es el grado mínimo de limitación esto es limitación moderadas, severas o profundas destacando que no procede la protección del artículo 26 de la ley 361 cuando la pérdida de capacidad laboral o la discapacidad que presente el trabajador sea inferior a esos porcentajes. Cabe señalar que si bien es cierto reseña la Corte Suprema de Justicia que no existe una especie de prueba solemne para acreditar esa condición de discapacidad y de alguna manera a atemperado digamos debe haber un elemento probatorio que permita identificar el nivel de gravedad de la afección en la salud.** Ahora bien con miras al esclarecimiento de los hechos en estos aspectos militan en el informativo diferentes pruebas documentales particularmente milita el certificado médico de aptitud laboral de ingreso del 12 de agosto de 2008 en relación con el demandante, comunicación interna citando actividades de bienestar, historia clínica emitida por la clínica colsanitas, historia clínica emitida por la clínica universitaria

Colombia, documento suscrito por Mónica Valencia terapeuta respiratorio, órdenes médicas, exámenes clínicos, solicitudes de permiso no remunerado los días 14, 15 y 18 de julio de 2016 junto con la aprobación emitida por el empleador el 22 de julio del año 2016, incapacidades medicas del 3 al 5 de mayo del 2010, del 16 al 17 de junio de 2011, del 2 al 3 de junio de 2012, del 12 al 20 de marzo del 2013, del 9 al 10 de julio de 2014, del 21 de abril del 2015 por 3 días, del 5 al 7 de junio y del 24 al 26 de noviembre del 2015, del 6 y 27 al 29 de junio, de 7 al 11 de julio y del 12 al 13 de julio del año 2016; ahora bien declararon en la instancia Johana Marcela García Gamboa, Liliana Avendaño Triviño, John Jairo Robayo y Andrés Arango Ocampo, siendo pertinente aclarar que los 3 testigos han sido tachados por sospecha y al revisar las declaraciones no se advierte en sus declaraciones en relación con la señora García Gamboa parcialidad o animadversión hacia la demandada, no se advierte tampoco en las declaraciones de la señora Gladis Liliana Avendaño Triviño o el señor Robayo parcialidad hacia la demandada en consecuencia las declaraciones serán valoradas conjuntamente con el restante acervo probatorio que milita en el expediente. **Ahora bien analizadas dichas pruebas se advierte que en vigencia de la relación laboral el demandante desarrolló cuadros agudos de Bronquitis y sinusitis agudas como se evidencia en las historias clínicas, exámenes médicos y órdenes de servicio de salud que obra en expediente no obstante lo anterior no se evidencia que estos diagnósticos le hubieran generado al demandante una limitación moderada, severa o profunda en los términos fijados por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sus reiterados pronunciamientos, siendo pertinente señalar que de plano desde este contexto tampoco se advierte que tales condiciones de salud le hayan generado un menoscabo particularmente representativo que le impidiera de manera considerable desarrollar normalmente sus actividades contractuales laborales en el marco del vínculo acreditado en el informativo es evidente que efectivamente tales afecciones médicas le generaron condiciones de incapacidades laborales pero no al punto de impedir el desarrollo de actividades laborales, una vez superados los periodos de incapacidad correspondientes, dentro de este contexto no milita prueba alguna idónea ni posterior a la desvinculación que nos permita deducir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral por el que pueda llegar a presentar el incoante de la acción y que lo ubique por encima del 15% de pérdida de capacidad laboral como factor determinante de lo representativo de cara a la protección que se reclama en el informativo, conviene precisar dentro de este escenario que se advierte con fundamento en la documental que obra en el plenario que el demandante estuvo sometido a tratamientos médicos para el manejo de las condiciones médicas que lo aquejaban, que le fueron emitida las incapacidades medicas mismas que no eran vigentes para el 27 de julio del 2016 fecha en la que se tomó la decisión de dar por terminado el contrato en tanto que la última incapacidad que se encuentra acreditada en el informativo lo habría sido para los días del 12 y 13 de julio del año 2016 a lo que se aúna que las pruebas que militan en el informativo que dan cuenta de la salud del trabajador, se reitera no apunta a que le impidiera un mayor grado del desarrollo normal de sus funciones al interior de la empresa demandada o de cualquier otra actividad, nótese que quien declara a instancia de la parte actora y quien aduce haber manejado temas de salud ocupacional si bien es cierto indica haber hecho algún tipo de recomendación de cara a evitarle mayores complicaciones al demandante en relación con sus condiciones médicas, también refiere que estas manifestaciones se habrían hecho prácticamente de manera verbal bajo su propio criterio y sin observaciones de carácter técnico o medico científicas que definieran que el demandante pudiera realizar sus labores dentro del marco de algún tipo de restricción en particular, de lo dicho de los testigos que conjuntamente concurrieron a la audiencia puede deducir el despacho que efectivamente las actividades que desarrollaba el demandante como jefe de comunicaciones se podían desarrollar sin mayores traumatismos a pesar de las eventuales condiciones médicas incapacitantes que en su momento le fueron establecidas al incoante de la acción. Ahora bien no desconoce el despacho que la terminación de contrato lo fue de manera unilateral y desprovista de justificación por parte del empleador con el pago de la indemnización en los términos del artículo 64 del CST, no evidenciándose en el informativo a través de prueba idónea alguna ese nexo de causalidad entre una eventual condición médica del demandante con la**

decisión de separarlo de la actividad contractual laboral en este escenario pues considera el despacho que no se cumplen con los presupuestos establecidos jurisprudencialmente por la jurisprudencia de cara a obtener una estabilidad reforzada en el empleo con ocasión de la condición médica que pudiera presentar el demandante para el 27 de julio del año 2016, pues se reitera no es evidente que el actor presentara una condición de discapacidad equivalente al 15% de la pérdida de capacidad laboral o al menos una discapacidad laboral particularmente representativa que incidiera negativamente en el desarrollo de las actividades, en estas condiciones no hay lugar a acceder a las súplicas principales de la demanda imponiéndose la absolución para la convocada a juicio respecto de todas y cada una de ellas particularmente en lo que tiene que ver con el reintegro y sus consecuencias igualmente en relación con la indemnización de 180 días a que se refiere el artículo 26 de la ley 361 del 97 evidentemente para su procedencia debían acreditarse los presupuestos jurisprudencialmente establecidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte de cara a su otorgamiento, luego los mismos razonamientos expuestos para despachar los intereses del actor, las súplicas de la demanda alusivas a el reintegro y sus secuenciales sirven de soporte para negar el reconocimiento de la indemnización equivalente a 180 días de salario que se reclama subsidiariamente.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso así: “...Encuentra este extremo procesal que lamentablemente parte de las consideraciones efectuadas por el despacho no fueron llevadas a cabo en primer lugar porque el juez de conocimiento a pesar de que el extremo demandado, no llevó a cabo la solicitud de la práctica de la prueba del interrogatorio de parte del demandante, tampoco el juez consideró procedente llevar a cabo el interrogatorio de parte de este de manera oficiosa y lamentablemente no se pudo haber escuchado al demandante para que el despacho tuviese conocimiento de la situación por la cual atraviesa el mismo desde el momento en que se encuentra despedido hasta la fecha del día de hoy y la cual da cuenta la certificación allegada por la doctora Juanita Paz Carretero en la historia clínica de fecha 26 de julio del 2016 en la cual a pesar que a mi representado no se le entregó una incapacidad médica ese día, si señala de manera taxativa cuál es el cuadro médico por el cual este atravesaba en su momento y la situación por la cual se determina que el paciente tiene alta probabilidad de asma ocupacional y bronquitis crónica ocupacional adicionalmente le diagnostica otra enfermedad que es la apnea del sueño la cual aún todavía padece el señor Leonardo Ríos y con la cual según las consideraciones del despacho podría haberse llegado a una posible valoración de las consecuencias que traería este tipo de situaciones de enfermedad y de la situación de ser despedido de manera injusta mi representado. **Pero atendiendo a la diferencia de tesis señor juez que hay tanto en la parte de la Corte Suprema de Justicia como parte de la Corte Constitucional me permito señalar lo siguiente; la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no se deriva únicamente la ley 361 del 97 ni es exclusivo de quienes hayan sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda desde tiempo atrás la jurisprudencia esta corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable a todas las personas que tengan una afectación en su salud que les dificulte o les impida sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones reguladas y esta situación quedó totalmente demostrada dentro del proceso, quedo señalada no solamente con lo expuesto en la demanda y en las pruebas documentales sino también con las testimoniales allegadas al proceso, en ningún momento la demandada desvirtuó esa circunstancia ni demostró, el único testigo que medio llegó asegurar que supuestamente que mi representado se encontraba apto para desarrollar ese tipo de labor y no le vio ninguna afectación fue el señor Julián Andrés Ocampo quien de una u otra manera se contradijo su testimonio porque en primer lugar afirmó no haber tenido una relación cercana con el demandante y en segundo lugar manifestó haber estado en un sitio totalmente distinto y ajeno a las circunstancias pero secuencialmente da un testimonio de decir que lo vio en óptimas condiciones, cuando no es coherente frente a las circunstancias de modo tiempo y lugar en las que este aparentemente desarrolló sus funciones y esta dificultad en sus**

labores toda vez que esta situación en particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y en consecuencia la persona puede verse discriminada por ese solo hecho por lo mismo la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin la autorización de la oficina de trabajo aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad moderada, severa o profunda ni cuente con certificación que acredite el porcentaje que ha perdido de su fuerza laboral si se evidencia una situación de salud que les impida o les dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares y esa situación se encuentra comprobada precisamente con la epicrisis demostrada por la doctora Juanita Paz Carretero que al trabajador le allega el día 27 de julio en las horas de la mañana de manera directa a el mismo y le entrega cuál es el diagnostico prácticamente donde le dice valoración por medicina ocupacional en la parte final de la misma con puño y letra de la misma médico y en ese orden de ideas que hace la empresa simplemente le da por finalizado el vínculo laboral sin mayor justificación alguna es en atención a este tipo de hechos que la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido vinculados sin la autorización de la oficina de trabajo aun cuando no se presente esa situación de pérdida de capacidad laboral, aun cuando no se cuente con la certificación que acredite el porcentaje de que han perdido su fuerza laboral. Al tomar esta situación su señoría la Corte Constitucional ha venido desde el año 2015 y como se ha podido observar en cada uno de sus pronunciamientos en la sentencia T 405 del 2015, T141 del 2016, T351 del mismo año, T106 del 2015 y T 691 y en fallos recientes en la sentencia T041 del 2019, T052 del 2020 y en la sentencia de unificación SU 049 del año 2017, si bien es cierto que existe diferentes objetivas en la jurisprudencia nacional la corte ha señalado que el de la estabilidad ocupacional reforzada es un derecho constitucional y por lo tanto ampara a quienes hayan sido desvinculados incluso por su situación de salud, en ese orden de ideas solicito comedidamente al Tribunal Superior del Distrito judicial de Bogotá y se revoque la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito en atención a los pronunciamientos jurisprudenciales señalados por la Corte Constitucional y a la indebida valoración de las pruebas documentales aportadas al proceso, encuentra el suscrito que con el reporte de la historia clínica allegada el pasado 26 de julio del 2016 si se determinó el rango de dificultad que venía padeciendo mi representado al momento de desarrollo de sus funciones, la gravedad de la enfermedad que venía padeciendo el mismo desde hace 8 meses señalando lo siguiente; dice textualmente dicha historia: hace 2 meses presenta cuadro viral con disfonía, tos, astenia, adinamia marcados si esta situación de voz con disfonía, creeríamos que es suficiente para poder entrar a determinar la pérdida de capacidad moderada que tenía mi representado en su momento al momento de ejecutar sus labores al interior de la Terminal de Transportes es por ello que este extremo procesal considera que si le es aplicable el artículo 26 de la ley 361 de 1997 al señor Leonardo Ríos y por lo tanto solicito que se declare ineficaz el despido efectuado por la demandada el pasado 27 de julio del año 2016 y en su defecto se concedan todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda....”

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en sus específicos argumentos, esto es insistiendo en la estabilidad laboral reforzada, como un derecho constitucional, así no exista calificación.

De la estabilidad laboral reforzada

Aduce el recurrente en primer lugar que la demandada no pidió interrogatorio de parte al actor y que el Juez tampoco lo decretó de oficio, lo que considera importante a fin de establecer el estado de salud del demandante.

En primer lugar y al respecto la Sala indica que no es en el recurso, luego de adelantado el juicio el momento procesal indicado para cuestionar las pruebas decretadas o no, pero aun admitiéndolo, conviene resaltar que las partes son autónomas al elegir, los medios probatorios en los que edifiquen su defensa y también el Juez como su nombre indica puede decretar de oficio, las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, se itera facultad oficiosa, que no uso el A Quo, sobre todo porque las afirmaciones que haga una de las partes sobre cualquiera de los hechos o circunstancias debatidos en su favor, solo son eso afirmaciones, que para el caso y más siendo relativas al estado de salud, no son conducentes, ni pertinentes, este debe ir acompañado de los dictámenes, documentos, valoraciones médicas, etc, con los que se puede establecer tal condición.

Ahora bien, con respecto al argumento del recurso sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que según el recurrente señala que todo estado de salud que impida desempeñar la labor a un trabajador, implica la garantía de estabilidad laboral reforzada, surge necesario hacer algunas precisiones.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, modificado por el Decreto 019 de 2012 indica que “En ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio de Trabajo...**”

La anterior Ley fue expedida **con el fin** de garantizar una protección integral y readaptación social del limitado físicamente en un grado de moderado, severo o profundo, lo cual se deduce del artículo 1º y 5º de la norma en mención, esto es, que no hacen parte de esa población protegida los demás limitados que no padecen ese grado de minusvalía y se estableció en el artículo 26 la prohibición para los empleadores **de obstaculizar una vinculación laboral por motivo de la limitación física de una persona**, a menos, que esta se demuestre como incompatible o insuperable para el ejercicio del cargo, lo cual persiste independientemente de las discusiones sobre derogaciones y vigencia.

Sobre el tema la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencia 35606 de 2009, 36115 de 2010, 41845 de 2012, 42451 de 2016 y en la más reciente 46842 del 22 de febrero de 2017, **señaló que dicha estabilidad no se otorga**

con el sólo quebrantamiento de la salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación física, psíquica o sensorial, correspondiente a una pérdida de capacidad laboral, para lo cual enseñó una serie de requisitos que se exigen para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 como son: “(i) Que el peticionario pueda considerarse una persona en situación de discapacidad, o en estado de debilidad manifiesta; (ii) Que el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) Que el despido se lleve a cabo sin permiso del Ministerio de la Protección Social.

Es claro entonces, que para que opere la protección al momento del despido debe existir o bien discapacidad o bien un estado de debilidad manifiesta que también evidentemente es cierto, ha sido ampliamente analizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Constitucional da lugar a la protección contenida en la Ley 361 de 1997, pues si ella existe el despido o terminación se presume discriminatorio, debiendo la demandada probar que no lo fue, que obedeció a una razón objetiva y no a tal condición.

Ahora, no desconoce la Sala que la Corte Constitucional se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP), pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente; pero menos aún, se itera cuando las incapacidades como quedó demostrado en este caso fueron discontinuas, sin que incluso existiera ninguna al momento de la terminación del contrato.

Tampoco resulta acertado sostener que una certificación médica, no incapacidad, como acepta el recurrente, en donde se diga que existe una alta probabilidad de padecer una enfermedad, sea la prueba indicada para tener pro cierto ese hecho futuro e incierto y menos aun para que sea un diagnóstico, pues se trata de probabilidades, se itera, no de incapacidades y menos aún de circunstancias que afecten la capacidad laboral.

No existe pues, ni incapacidad, ni dictamen alguno que determine en este caso que el demandante no podía desarrollara sus labores, menos aún que tuviese una pérdida de capacidad laboral ni por enfermedad ni menos por profesional ante los cuadros de

bronquitis y respiratorios que pudo padecer, ni menos diagnostico comprobado de asma ni de apnea del sueño que ni siquiera lo hiciera sujeto de recomendaciones médicas, se itera, por quienes son los encargados de determinarlo.

Conviene y no sobra agregar que en reciente sentencia **SL572 de 2021 Rad 86728, M P LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ; la C S J insiste, en que exigir la calificación de la pérdida de capacidad laboral no es un capricho, porque la protección derivada de la ley 361 de 1997, requiere de una situación de discapacidad, al tiempo afirma, “que ello implica soportar un nivel de limitación en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa con el acto discriminatorio que originó el despido”**. Incluso agrega la Corte que, para conocer ese nivel de disminución en la capacidad laboral por razones de salud, **no basta una historia clínica, sino que es necesario establecer la limitación para laborar y ello solo se logra con una evaluación de carácter técnico**, donde se valore **el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional**.

Como indica la Corte lo que se requiere es una evaluación de carácter técnico, una verdadera valoración médica sobre el estado real de salud del trabajador que le impida o limite el desarrollo de sus labores, no el certificar probabilidades o sufrir incapacidades, pues se itera luego de estas se espera recuperación no perdida o disminución de la capacidad laboral.

La Sala insiste en que a pesar de algunas incapacidades y situaciones de salud de actor, ello no es suficiente para establecer ese estado real de salud, que le impidiera al demandante desarrollar su labor, al punto de poder presumir que la terminación del contrato, implicara un acto discriminatorio por esa causa; **y por tanto en este caso no existe la presunción, de terminación discriminatoria por lo que se aplican plenamente las sentencias de la Corte Suprema al respecto que como ya vimos explican detalladamente el tema y en el que se insiste se sigue sosteniendo que esta protección opera solo para ciertos estados de salud que, por su grado de intensidad, hacen que el despido o terminación se presuma realizado por esa condición y no por otras, o lo que es lo mismo se presuma discriminatorio y sin que las mismas se opongan a lo que al respecto ha dicho la Corte Constitucional, como sostiene el recurrente**.

Por lo expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia apelada, que de manera acertada llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES ROSSY

TRIBUNAL SUPERIOR DE L DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, D.C.

SALA LABORAL

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA DENTRO DEL PROCESO
ORDINARIO LABORAL DE SONIA LORENA MILLÁN GONZALEZ VS BPM
BUSSINES PROCESS MAGNAMENT LATINOAMERICANA SAS RAD N°39-2020-
347-01**

En Bogotá, D.C., a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022),
previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la
Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ALEGACIONES

Durante el término previsto en providencia anterior para presentar alegaciones,
fueron remitidas las de ambas partes, solicitando la demandante, se confirme la
decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora **SONIA LORENA MILLAN GONZALEZ**, actuando mediante apoderado
judicial instauró demanda contra de **BPM BUSSINES PROCESS MAGNAMENT
LATINOAMERICANA SAS** a fin de que previos los trámites de un proceso ordinario
laboral de primera instancia, se declare que entre las partes existió un contrato de
trabajo entre el 2 de mayo de 2017 al 31 de octubre de 2019, que a la fecha de
terminación del contrato no se le canceló la liquidación, que no se cancelaron aportes
de agosto a octubre de 2019. En consecuencia, solicita pago de salarios
prestaciones y vacaciones, así como sanción moratoria, sanción por no pago de
intereses a la cesantía y aportes, costas, extra y ultra petia. (Expediente Digital).

Como fundamentos fácticos de las pretensiones afirma que laboró en las fechas
indicadas con un salario final de \$3.000.000, que ante el no pago de la demandada
decidió retirarse, que a la fecha de la demanda no ha recibido liquidación, que radicó
derechos de petición sin respuesta.

El demandado contestó la demanda aceptando las pretensiones declarativas primera y segunda, no aceptó las demás y dijo que la demandante no se presentó a la empresa a realizar entrega del cargo. En cuanto a los hechos, aceptó del 1 al 5 11,18,19 parcialmente 6,7 y 8, 10, los demás fueron negados o se dijo no le constaban. Propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia, la Juez 39 Laboral del Circuito de Bogotá decidió el litigio mediante sentencia de fecha seis (6) de septiembre de 2021, por medio del cual decidió:

“ PRIMERO: CONDENAR a BPM BUSINESS PROCESS MANAGEMENT LATINOAMÉRICA S.A.S. al reconocimiento y pago de la suma de \$40.300.000, por concepto de sanción moratoria, a razón de 403 días de mora en el pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones adeudados a la terminación de la relación laboral, contados a partir del 1 de noviembre de 2019 (día siguiente a la terminación de la relación laboral) y hasta el 13 de diciembre de 2020 (día anterior a la fecha en que de manera tardía se efectuó el pago), por el valor de \$100.000 diarios, correspondientes al valor diario del último salario devengado por la demandante. SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la EXCEPCIÓN de BUENA FE...”

Para llegar a esa decisión afirmó la Juez: *“ ...se refirió a sentencias de la Corte, análisis de buena fe y concluyó que la empleadora canceló más de un año después de la terminación del contrato las acreencias adeudas, lo que fundamentó en crisis financiera específicamente en el incumplimiento de la Supersalud allegando para probarlo documentos los que relacionó además como acuerdos de pago con otros trabajadores conciliación con Supersalud, retenciones que debió asumir con un proyecto en Nicaragua , documentos de créditos, se refirió a los interrogatorios, declaraciones de testigos. Citó sentencias de la Corte sobre insolvencia o crisis para exonerar de moratoria. Agregó que si bien hubo un incumplimiento de la Supersalud, se evidencia que el proyecto que se desarrollo en 2018, luego tal incumplimiento no es excusa para el no pago de derechos causados casi un año después como los de la demandante, lo cual tuvo lugar en octubre de 2019, además la compañía tuvo más proyectos en los que trabajó la demandante, el de Supersalud no fue el único que desarrollaba la demandada como el BPM y otros. La señora Claudia Orduz que más o menos a finales de 2019, la empresa tuvo un proyecto con Mintic que ayudó a salir de obligaciones y que para ese año 2019, se tenían más proyectos que generaron pagos. Entonces lo cierto es que de las pruebas no se logra evidenciar que el proyecto de Supersalud sea el único para el cual estaba trabajando y que ello hubiera impedido el pago de las acreencias de la demandante, Las vicisitudes de los negocios son previsibles y no se pueden atribuir a los trabajadores y menos que la trabajadora se haya demorado en entregar el cargo pues la liquidación se hizo muchos meses después que lo entregara. No se entiende como no se hacen los pagos a los trabajadores a los que ya se les terminó el contrato cuando sí había contratos que generaban entradas. Que otros trabajadores hayan hecho acuerdos no es excusa, los créditos de los trabajadores son prioritarios antes que créditos con bancos y personales del dueño de la empresa, dejando los créditos de primer orden para después, tampoco se prueba que los bancos retuvieran los dineros; tampoco la pandemia es una excusa que ahora se presenta como excusa cuando tuvo en*

octubre y dic de 2019 ingresos que podía haber priorizado las deudas de los trabajadores.

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso afirmando: “ ... considera la apoderada que la Juez de primera instancia no tuvo en cuenta el total de los testimonios toda vea que el total de los proyectos se referían solo a proyectos de 2017 y que finalizaron en 2018 y solo hasta finales de 2019, se adjudicó el de la Mintic, contrato que por sí solo no podría cubrir los gastos de 2019 y 2020. Aunado se hizo mala valoración a los créditos personales, que la directora administrativa dijo que se cancelaron toda vez que estos no era prestamos del señor Mauricio para él, sino créditos de terceros, para cubrir las obligaciones, sueldos y gastos de la empresa luego no se pagó al señor Mauricio Obregón, dineros que fueran amortizar el pago de sus acreencias como representante legal sino en pro de la nómina. En cuanto a los proyectos que habló el señor Duvan, solo ocurrieron en 2018 y solo quedaron garantías y soportes técnicos entonces una empresa sin contratos, sin ingresos, demostrado que no hubo más proyectos y solo hasta que salió un nuevo contrato, los bancos volvieron a dar dinero y así pudo cumplir con la liquidación de la demandante. Lo único cierto es que la empresa no tenía ingresos, para cumplir no solo a la demandante sino a todos y está demostrado con testigos el atraso. Solicita se tenga en cuenta la situación de la empresa y dice que estas empresas medianas y pequeñas requieren el apoyo de todos y esta condena le haría daño a una empresa, que esta tratando de dar empleo y estas condenas las llevarían al borde su cierre...”

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resolverá el punto específico de apelación es decir lo relativo a sanción moratoria, advirtiendo desde ya que la sentencia será CONFIRMADA. Veamos las razones.

De conformidad con las reglas extraídas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia puede señalarse en términos generales respecto de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.: i) Su aplicación no es automática e inexorable, de manera que con la sola verificación de mora en el pago de salarios y prestaciones sociales por el empleador se pueda imponer; ii) en su imposición debe mediar un análisis de la conducta patronal asumida por el empleador, de manera que si existe una buena fe en su actuar, debe exonerarse de su pago; iii) puede así mismo exonerarse el empleador del pago de la indemnización, dada la ocurrencia de una fuerza mayor o caso fortuito y; iv) en todo caso, el empleador ostenta la carga de probar las situaciones que irradian de buena fe su actuar o la ocurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito.

En el presente asunto efectivamente existió una mora muy prolongada contrario a lo indicado por la demandada en sus alegaciones, en el pago de prestaciones de la trabajadora demandante, tal como lo verificó la juez de primera instancia y se equivoca la recurrente cuando afirma que quedó demostrado con testigos que la empresa no tenía proyectos, que solo se tuvo uno en 2019; pero aun aceptando este hecho ignora la recurrente, que tal y como señaló la Juez el contrato de la actora terminó justamente a finales de 2019 y si en esa fecha fue que se lograron ingresos, se pregunta la Sala igual que la Juez; por que? razón no se procedió a cancelar estas liquidaciones que son de primero orden. Claro entonces resulta que la demandada no logró demostrar que la omisión fue dada una fuerza mayor o una circunstancia que no se pudiera evitar de otra manera lo que sería una conducta de buena fe que lo exoneraría de la sanción.

No sobra citar al respecto la sentencia de la Corte Suprema al respecto, esto es la SL539 Radicación n.º 79771, de doce (12) de febrero de dos mil veinte (2020), en donde se expresó:

“(…)

Vale recordar que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala es el empleador quien tiene la carga de probar, de manera suficiente y convincente, las razones por las cuales se sustrajo de su obligación de pago de las acreencias laborales.

Aunque una lectura desprevenida de esta regla de la carga de la prueba llevaría a pensar que en la práctica implica una presunción de mala fe, al obligarse al empleador a probar lo contrario, esto es, la buena fe, tal comprensión es incorrecta frente a la regla jurisprudencial que desde hace décadas viene empleando la Corte. En efecto, la justificación de que el empleador tenga esta carga probatoria obedece a lo siguiente:

Es un postulado inmerso en los contratos de trabajo que estos deben ejecutarse de buena fe, lo que implica que tanto el empleador como el trabajador deben cumplir fielmente sus obligaciones y deberes recíprocos. Dentro de estos deberes se encuentran, de manera especial, el pago íntegro y oportuno de las remuneraciones y prestaciones a los trabajadores, obligación que, recuérdese, es la principal del empresario, como lo es para el trabajador la prestación del servicio.

Por tanto, cuando el empleador incumple este deber principal, con ello resiente la buena fe contractual al privar al trabajador de los derechos laborales que por ley, convención o contrato le corresponden. Por ello, lo lógico es que él, en su condición de deudor moroso, demuestre que a pesar de haber incumplido su obligación prestacional, siempre obró ceñido a la buena fe o, dicho de otro modo, tuvo razones poderosas y creíbles para sustraerse de su pago.”

Ahora la razón poderosa que se expuso en juicio y en el recurso es la situación financiera que llevó a la demandada a incumplir con todos los trabajadores, vale entonces recordar que ha sido criterio constante de la Corte Suprema de Justicia, en diversas sentencias, entre otras la SL 845 de febrero 17 de 2021, siendo ponente la Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, lo siguiente:

“(…)

*Por anticipado, se advierte que la censura tiene razón cuando asevera que el ad quem desacertó al concluir que la crisis financiera de la empresa constituye por sí sola una conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. En efecto, esta Corporación tiene adoctrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, **dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.***

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

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

De manera que no basta, decir que no tenía ingresos, sino en palabras de la Corte que no tenía alternativas y nótese que es la misma recurrente cuando al tratar de justificar unos créditos a los que se refirió la directora administrativa; la que indica que se hicieron no para el representante legal, sino para pagar nóminas y gastos de la empresa; entonces por que? Se pregunta la Sala esa alternativa, no fue usada como señalara la Juez pagando liquidaciones, entre ellas la de la demandante.

No es excusa tampoco que no se le pagara no solo a la actora sino a muchos otros trabajadores; era necesario se itera, demostrar no solo que su iliquidez obedece a un hecho de fuerza mayor, imprevisible, evitable de otra manera, sino además que hizo todo cuanto estuvo a su alcance para cumplir con derechos tan fundamentales, como los derivados del contrato de trabajo, siendo primordial y básico el pago de salarios y prestaciones, lo que definitivamente no hizo, siendo por el contrario claro, pues la prueba si fue valorada acertadamente, que aún teniendo ingresos no se cancelaron las deudas laborales.

Vale resaltar y se itera que ha sido criterio de la Corte como las debacles financieras de los propietarios de los medios de producción, son en muchas ocasiones, consecuencia de sus propias conductas; insistiendo en que las crisis **inevitables** y que no respondan a esas circunstancias son las que podrían exonerar de la sanción moratoria vale la pena recordar una vez más lo dicho por la Corte al respecto:

“(…)

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

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

De otra parte, y finalmente no encuentra la Sala suficiente para exonerar en este caso de sanción moratoria a la demandada; que sea una empresa mediana o pequeña y menos aún que deba ser ayudada por “todos”, lo cual aun aceptándolo no elimina la sanción, pues esta surge de una omisión de tal naturaleza, que incide, como señaló la corte; en la vida misma de los trabajadores y sus familias pues de esos derechos laborales derivan su sustento.

En ese orden, en cuanto a la justificación de la mora o el posicionamiento de la demandada dentro del terreno de la buena fe, comparte la Sala la conclusión y decisión adoptada por el a – quo, pues **la demandada simplemente tenía que dar cumplimiento a la Ley esto es pagar lo adeudado o en todo caso demostrar que existía fuerza mayor o caso fortuito, que se daban circunstancias que no podría prever de otra manera y que en todo caso su conducta estaba guiada por la buena fe; lo cual no sucedió.**

Claro resulta y no sobra reiterarlo, que es la demandada quien debe probar que esa iliquidez, esta falta de contratos de ingresos alternativos y no lo hizo, por el contrario, quedó establecido que los tuvo, con nuevos contratos anteriores a la deuda con la trabajadora o con créditos que ella misma aceptó. Y como agrega la Corte también debe demostrar que su crisis si existe, es resultado de fuerza mayor o caso fortuito, imposible de prever de otra manera, que el fracaso es un riesgo de toda empresa que no debe asumir el trabajador- Reitera la Corte, que se presume que el empleador puede prever las crisis económicas durante el desarrollo de su negocio y que cuenta con los medios para solucionarla, excepto en los casos en que la fuerza mayor o el caso fortuito lo impiden hechos estos que debe se insiste probar el empleador; razón por la que se impone CONFIRMAR la sentencia apelada que llegó a idéntica conclusión.

Sin costas en esta instancia.

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:

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas.

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, según lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY