



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-009-2015-00789-02. Proceso Ordinario de Anyely Caicedo de Castañeda contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de julio de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que la demandada incumplió el contrato de trabajo a término indefinido, en cuanto no respetó la opción pactada de efectuar los aportes a seguridad social en Colombia y como consecuencia de lo anterior, se condene a la expedición del acto administrativo mediante el cual se liquide y pague a la administradora Porvenir el valor de las



cotizaciones que debió efectuar a partir del 7 de diciembre de 2009 y hasta la terminación del vínculo laboral, junto con los rendimientos legales a que hubiere lugar, tales como sanción moratoria, cálculo actuarial y demás, tomando el IBC en moneda extranjera, debidamente incrementado en el IPC, junto con los aumentos salariales a partir de 2012, así como al pago de las prestaciones sociales que tiene derecho el trabajador colombiano tales como cesantías, primas de servicio y vacaciones y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que fue servidora pública con vinculación legal y reglamentaria adscrita al consulado de Colombia en Santiago de Chile por el período comprendido entre el 18 de noviembre de 2004 y el 6 de diciembre de 2009, cotizando a Porvenir, no obstante, se produjo novación de la relación laboral, al suscribirse contrato de trabajo a término indefinido, no obstante, la demandada cesó el pago de los aportes pensionales a Porvenir, incumpliendo con lo pactado en la cláusula décimo quinta del contrato de trabajo suscrito el 7 de diciembre de 2009, en la que se pactó la posibilidad de efectuar aportes en el régimen de seguridad social colombiano o chileno, escogiendo el Sistema General de Pensiones Colombiano en Porvenir mediante carta de fecha 14 de diciembre de 2009, pactando percibir su salario en dólares americanos el 30 de noviembre de 2011; que se generó un congelamiento salarial, ya que durante el año 2010 y 2011 se pagó la suma de 1.500 dólares, concediendo la suma de \$1.034.700 pesos chilenos, salario que tiene repercusiones en los aportes a seguridad social; que la demandante es Colombiana, sin que ostente doble nacionalidad y le pagan su salario del presupuesto nacional; que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha omitido pagar las prestaciones sociales reconocidas en las leyes colombianas, no obstante la cláusula décimo segunda dispone que se somete al régimen laboral Chileno en



materia de contratos; que se elevó la reclamación administrativa, la que fue negada por el empleador.

La aquo declaró que la demandada desconoció la cláusula décimo segundo del contrato de trabajo a término indefinido suscrito el 7 de diciembre de 2009, no obstante, ordenó que la Nación – Ministerio de Relaciones Exteriores proceda a efectuar el ~~aportes de los aportes~~ aportes en el Sistema General de Pensiones en la AFP Porvenir, teniendo en cuenta el salario realmente devengado y absolvió de las demás peticiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien se incumplió la cláusula del contrato de trabajo, también lo es, que existe el convenio entre Colombia y Chile que permite el cómputo de tiempos cotizados entre los dos países, por lo que no quedaría desamparado el derecho a la seguridad social.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron otorgados de forma oportuna por la falladora de primer grado.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso en lo desfavorable de la decisión y solicitó se confirme en lo demás la sentencia. Lo anterior, por cuanto existe una contradicción en el fallo proferido, ya que si bien se encontró la vulneración del contrato de trabajo, así como que la demandante acogió el Sistema General de Pensiones Colombiano, no obstante, manifestó que habría un doble pago de conformidad con lo manifestado por el artículo 128 de la Constitución Política, sin embargo pasó por alto que la palabra decisoria es la simultaneidad de pago o ingreso, ya que no se generaría el pago al trabajador, sino a un tercero que es el Sistema de Pensiones Chileno, por lo que no se genera el doble pago, aunado, con que el Estado Colombiano puede recuperar las cotizaciones efectuadas, vulnerándose el principio internacional de

libertad de escogencia, consagrado en la Ley 100 de 1993. De igual forma, manifestó que se vulneró la libertad de escogencia, aunado, con que la actora puede ver postergado su derecho pensional, con ocasión de la conmutación de las cotizaciones efectuadas en ambos países, para lo cual se debe revocar la decisión de primer grado, en el sentido de disponer el pago de los aportes no desde el año 2018, sino desde el 2009.

Por su parte, la apoderada de la demandada también interpuso recurso de apelación en lo desfavorable y frente a la imposibilidad jurídica de dar cumplimiento a la decisión, ya que no se puede cotizar en Colombia tan solo el tema pensional, pues se deben pagar la cotización en bloque, situación que ocurre en igual sentido en Chile, por lo que se advierte el doble pago de las mismas prestaciones en Colombia y Chile, situación que mitigó el convenio entre los países, enfatizando, que la fecha la actora no cumple requisitos en ninguno de los países, aunado, con que si bien existe una cláusula exorbitante o imposible de cumplir en su numeral, décimo quinto, ello no quiere decir que se pueda dar aplicación al mismo, bajo el entendido que la demandante se encuentra domiciliada en el país de Chile, por lo que sería ilógico cotizar en Colombia, cuando los riesgos para salud, pensiones y riesgos laborales deben ser cubiertos en el país donde desempeña sus funciones, lo que generaría que ante cualquier padecimiento de salud, se llegara al extremo de tener que trasladarse la actora hasta Colombia para que le sea prestado el servicio. Finalmente, refiere que no se puede imponer condena en costas en su contra, por cuanto siempre ha actuado de buena fe, aunado con que se probó las excepciones de cobro, pago de lo no debido e inexistencia de la obligación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no hubo controversia alguna en lo referente con la existencia de la relación laboral, así como el extremo inicial y que la misma se encuentra vigente; el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si hay lugar a ordenar a la encartada proceder con el pago de los aportes al Sistema General de Pensiones en la AFP Porvenir o si por el contrario, con los aportes efectuados en el país Santiago de Chile se satisficieron los mismos.

Al respecto, debe indicarse que la parte actora solicita se ordene el pago de las cotizaciones en pensiones con destino a la AFP Porvenir, teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula décima quinta, pretensión a la que se opone la parte encartada, bajo el sustento que no es posible proceder con dicho, pago teniendo en cuenta que se encuentra domiciliada en la ciudad de Santiago de Chile, lugar en el cual se efectúan los aportes correspondientes, ya que no es posible fraccionar o dividir los riesgos derivados de la relación laboral.

En ese orden de ideas, se encuentra que el contrato de trabajo suscrito entre la demandante y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, de fecha 7 de diciembre de 2009, estableció en sus cláusulas décima segunda y décima quinta, lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA.- DOMICILIO Y LEY APLICABLE.

Las partes quedan sujetas en su relación laboral, al régimen laboral vigente en Chile para esta clase de contratos. Para todos los efectos de este contrato, las partes fijan como domicilio en la ciudad y comuna de Santiago y se someten a la competencia de sus tribunales de justicia.



CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- En virtud de lo dispuesto en el Convenio Bilateral de Seguridad Social suscrito el 9 de diciembre de 2003 entre la República de Colombia y el Estado de Chile, aprobado mediante la Ley 1139 de junio de 2007, EL TRABAJADOR podrá optar dentro de los 3 meses siguientes a las suscripción del presente contrato, entre la aplicación en materia de seguridad social, de la legislación del Estado Colombiano o el Estado Chileno, respectivamente.

En caso de que no se efectúe la opción dentro de dicho plazo, se considera que el TRABAJADOR opta por acogerse a la legislación del país donde desarrolla su actividad.”.

En uso de la cláusula décima quinta, la demandante radicó escrito ante el Consulado General en Colombia en Santiago de Chile, de fecha 14 de diciembre de 2009¹, en la que indicó:

“... estoy interesada en seguir cotizando mi pensión en Colombia a través de PORVENIR S.A., Entidad en la cual llevo cotizando más de 25 años”.

De lo anterior se advierte, que en efecto la señora Caicedo de Castañeda realizó la manifestación correspondiente escogiendo el Sistema General de Pensiones Colombiano, de conformidad con la cláusula de su contrato de trabajo que así lo permitía, para lo cual escogió la AFP Porvenir S.A., por lo que de acuerdo con el contrato que es Ley para las partes, en principio se advierte el incumplimiento del Ministerio de Relaciones Exteriores de las cláusulas pactadas en el contrato de trabajo.

No obstante lo anterior, se hace necesario advertir que no ha sido objeto de controversia que en efecto se han realizado aportes en pensiones por

¹ Cfr. Fl. 32.



parte de la demandada en el Sistema General de Pensiones, conforme lo expuso la misma parte actora, en el sentido que manifestó que la República de Colombia puede solicitar el reembolso de los aportes ante la administradora de pensiones en la que se han realizado las cotizaciones, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 5º de la Ley 1139 de 1997, que aprobó el “*Convenio de Seguridad Social entre la República de Colombia y la República de Chile*”, en los que se dispuso:

“ARTÍCULO 2o. AMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

1. El presente Convenio se aplicará:

A) Respecto de Chile, a la legislación sobre:

- a) El Sistema de Pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, basado en la capitalización individual;*
- b) Los regímenes de pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia, administrados por el Instituto de Normalización Previsional, y*
- c) Los regímenes de prestaciones de salud, solo para efectos de lo dispuesto en el artículo 21 del presente Convenio;*

B) Respecto de Colombia, a la legislación sobre:

- a) Las prestaciones económicas dispuestas en el Sistema General de Pensiones -Prima Media con Prestación Definida y de Ahorro Individual con Solidaridad, en cuanto a vejez, invalidez y sobrevivientes, de origen común;*
- b) Las prestaciones de salud, solo para efectos de lo dispuesto en el artículo 19 del presente Convenio.*

2. El presente Convenio se aplicará igualmente a las disposiciones legales que en el futuro complementen o modifiquen las señaladas en el número precedente, siempre que la Autoridad Competente de uno de los Estados



Contratantes no comuniquen objeción alguna dentro de los seis meses siguientes a la notificación a la que se refiere la letra d) del artículo 27 del presente Convenio.

3. La aplicación de las normas del presente Convenio excluirá las disposiciones contenidas en otros Convenios bilaterales o multilaterales celebrados por uno de los Estados Contratantes, en relación con la legislación que se indica en el número 1 de este artículo.

ARTÍCULO 3o. AMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

El presente Convenio se aplicará a las personas que estén o hayan estado sometidas a la legislación mencionada en el artículo 2o de uno o ambos Estados Contratantes y a sus beneficiarios:

ARTÍCULO 4o. IGUALDAD DE TRATO.

Las personas mencionadas en el artículo 3o que residan en el territorio de uno de los Estados Contratantes, tendrán las mismas obligaciones y derechos establecidos en la legislación de ese Estado Contratante para sus nacionales.

ARTÍCULO 5o. EXPORTACIÓN DE PENSIONES.

1. Las pensiones que se paguen de acuerdo con la legislación de un Estado Contratante, no podrán estar sujetas a reducción, modificación, suspensión o retención por el hecho de que el titular de la pensión se encuentre o resida en el territorio del otro Estado.

2. Las pensiones que deban pagarse por uno de los Estados Contratantes a los nacionales del otro Estado, que residan en el territorio de un tercer Estado, se harán efectivas cumpliendo las mismas condiciones y con igual extensión que a los propios nacionales que residan en ese tercer Estado.”.

Teniendo en cuenta las normas anteriores, se advierte que existe Convenio Pensional entre la República de Colombia y la República de

Chile, con el que se amparan las contingencias de la invalidez, vejez y muerte, para lo cual se trasladarán las semanas cotizadas en uno u otro país y para lo cual se aplicara condiciones de igualdad, como si se tratara de connacionales.

En ese orden de ideas, si bien existe una vulneración por parte de la encartada en las condiciones pactadas en el contrato de trabajo, esto por cuanto se efectuaron cotizaciones en la República de Chile, siendo que la demandante escogió el Sistema General de Pensiones Colombiano, también lo es, que de procederse en la forma como lo solicita la parte actora, en efecto existiría un doble pago, yendo en contra de la prohibición expresa contenida en el artículo 128 de la Constitución Política², ya que se efectuaría un doble pago por los aportes de pensiones, así como de salud, los que ya fueron cubiertos en la República de Chile y se debería destinar una nueva asignación del tesoro público para cancelarlos en Colombia, los que no pueden ser pagados de forma individual, ya que conforme con la Ley 100 de 1993, cuando existe la relación laboral, se deben pagar de forma conjunta los aportes en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, situación que implica una imposibilidad por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores en pagar las cotizaciones tanto anteriores, como posteriores de la demandante mientras preste sus servicios en la República de Chile, ya que debería cancelar los emolumentos que conformen el Sistema Integral de Seguridad Social

² ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.

tanto en el lugar de prestación de servicios, como en Colombia, lo que también implicaría un doble gasto por una misma prestación del servicio.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que tal como se ha hecho referencia, en el presente caso no se pierden las cotizaciones efectuadas en el Estado Chileno si desea solicitar la pensión en Colombia o las del Estado Colombiano si desea solicitar la prestación en la República de Chile, ya que lo que indistintamente el sitio donde se solicite, la totalidad de las cotizaciones servirán para la financiación del derecho pensional, que es en últimas lo que pretende la demandante, asegurar las contingencias de Invalidez, Vejez y Muerte.

De igual forma, debe indicarse que la cláusula décima segunda del contrato de trabajo estableció *“Las partes quedan sujetas en su relación laboral, al régimen laboral vigente en Chile para esta clase de contratos.”*, lo que advierte que en efecto, también se le puede aplicar la normatividad consagrada en Chile a la relación laboral.

Así mismo, es necesario advertir, que en efecto le asiste razón a la pasiva en cuanto al no poder fraccionar el pago de los riesgos derivados del contrato de trabajo, se llegaría al punto que al efectuarse el pago de Salud, Pensión y Riesgos Profesionales, se entraría en una mixtura de normatividades, ya que se debería determinar las coberturas en salud y riesgos profesionales Colombianas, respecto de las que contiene la República de Chile y de esta forma, establecerse la garantía al trabajador, situación que no puede estimarse en dicha forma, fundamentos por los cuales se ha de revocar la decisión de primer grado y en su lugar se absolverá de los pedimentos de la demanda, sin que sea necesaria la declaratoria del incumplimiento del contrato de trabajo y que en efecto se advierte en las diligencias, como quiera que el fin último perseguido con

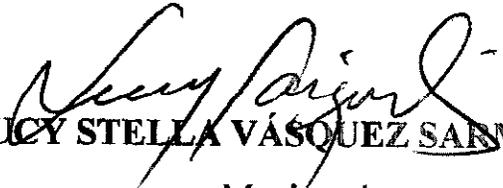


el litigio, es que se proceda con el pago de los aportes en el Sistema General de Pensiones Colombiano por intermedio de la AFP Porvenir, situación que se reitera, no es posible dado el doble pago que se generaría por tales conceptos en favor de la demandante.

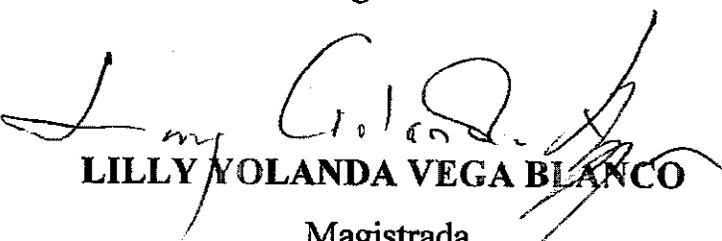
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en las instancias, dado que les asiste razón de forma parcial razón tanto a la parte demandante, como demandada.

DECISIÓN:

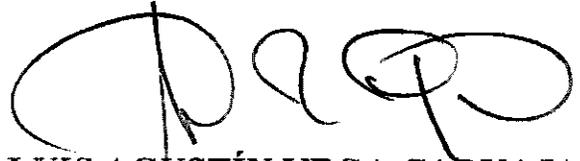
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 30 de julio de 2018 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado