

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105003-2020-00187-01 (308)

ACTA No. 550

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **LEONEL EDMUNDO OBANDO DELGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del acto jurídico de traslado al RAIS adelantado a través de PROTECCIÓN S.A., con efectos jurídicos a partir del 1° de mayo de 1996. Solicita, en consecuencia, se ordene a la demandada trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual integrada por los aportes pensionales, bonos pensionales, con sus frutos e intereses y a COLPENSIONES, recibir las sumas antes descritas. Así mismo, pide que se condene al pago de los perjuicios morales y materiales ocasionados al actor, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 9 de noviembre de 1959, cotizando para pensiones desde el 10 de agosto de 1978 hasta el 3 de septiembre de 1979 al extinto ISS; que sin mediar asesoría idónea fue trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. con efectividad 1° mayo de 1996; que el 5 de julio de 2019 solicitó la proyección pensional a la administradora del RAIS sin que a la presentación de la demanda hubiere podido conocerla debido a inconsistencias en la historia laboral que nunca se corrigieron; que de haber permanecido en el RPM aspiraría a una pensión en un monto mínimo del 55%;

que el 21 de febrero de 2020, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia del traslado, sin recibir respuesta.

Expone, por último, que la administradora de fondos de pensiones omitió información sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado, al indicarle que podía pensionarse con un mayor valor, a la edad que quisiera, guardando silencio frente a la pérdida de las ventajas del RPM y que el disfrute de su pensión se diferiría más allá de los 62 años, situación que le generó, además, daños injustificados en su salud mental y física, así como en su economía y futuro pensional.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna, a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado del régimen tiene plena validez, además de que la solicitud de retorno del actor al RPM no cumple con los requisitos legales para ello. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó “falta de legitimación en la causa”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “ausencia de vicios en el traslado”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, “imposibilidad de intereses moratorios”, “inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia o nulidad de traslado”, entre otras.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por su parte, expone que la decisión de traslado del demandante fue libre y voluntaria después de brindarle la asesoría e información disponible y que era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada.

1.2. DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 16 de septiembre de 2021, siguiendo el

precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales el accionante continuará en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a la AFP privada, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración, debidamente indexado; a COLPENSIONES a recibir de la primera los conceptos antes descritos. Por último, declaró no probadas las excepciones propuestas por las llamadas a juicio, salvo la imposibilidad de condena en costas en favor de Colpensiones y la ausencia de prueba efectiva del daño e inexistencia del daño invocada por PROTECCIÓN S.A, condenando en costas a esta última entidad.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PROTECCIÓN S.A.

Inconforme con esta determinación, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluidas las costas. Insiste en que el acto de afiliación es válido toda vez que se suscribió de manera libre y espontánea y no se avizora del propio dicho del demandante, ni de las testimoniales aportadas, que las circunstancias que rodearon la firma del formulario y aceptación del traslado sean las manifestadas por el actor.

Agrega que aún en el evento de existir algún defecto en la celebración del acto jurídico del traslado, es evidente que para la fecha en la que se presentó la demanda ya se había superado el límite de la prescripción de las acciones civiles, toda vez que lo discutido en el presente proceso se circunscribe a la validez o ineficacia de un acto comercial celebrado entre capaces, regidos por las normativas privadas.

Señala que existe un desequilibrio procesal, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el despacho, el solo dicho del demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que se le de valor alguno a las manifestaciones de la entidad demandada, máxime cuando lo requerido probatoriamente es imposible de aportarlo.

Enfatiza en la afectación del principio de congruencia, de conformidad con la contradicción en que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y el actor nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada,

profesional y sería de su representada que sin duda se refleja positivamente en la cuenta individual del accionante y que, a la luz del Código Civil, se trata de mejoras debidamente regladas, por lo que no es imposible retrotraer las cosas al estado anterior, trasladando todas las sumas declaradas.

Finalmente refiere que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por costas procesales, por cuanto estas resultan improcedentes y excesivas, sin considerar que la entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la Constitución, a la Ley y conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la parte demandada COLPENSIONES, expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, aduciendo que en el particular no se demostró una indebida información o engaño por parte de PROTECCIÓN S.A., pues además existe una ratificación del deseo de permanencia en el RAIS. Expone, que el demandante no es un afiliado lego, porque si bien no es experto en el manejo del sistema pensional, si cuenta con estudios superiores y podía obtener información sobre los efectos del cambio de régimen en cualquiera de las entidades demandadas, pero no lo hizo, demostrando con ello su satisfacción con la escogencia del régimen pensional.

Por último, manifiesta que, aun si los fondos privados trasladaran a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se genera de todas maneras una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización del sistema, toda vez que asumirá la situación pensional de una persona que no ha contribuido al sistema ni ha participado de los riesgos de estar afiliado al RPM.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por las partes demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público pensional, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de

ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1°. de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante, las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 5 de agosto de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PROTECCIÓN S.A., insiste en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado en la contestación de la demanda respecto de la ineficacia del traslado y oponiéndose a su vez a la condena en costas por considerarlas improcedentes, en razón a que siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la Ley.

Por su parte, COLPENSIONES manifiesta a través de su agente, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas con la contestación de la demanda y, como consecuencia de ello, solicita declarar probadas las excepciones, así como exonerarla de las pretensiones incoadas por la parte actora y de las condenas impuestas en primera instancia.

Interviene, igualmente, la apoderada judicial de la parte demandante, quien solicita confirmar la sentencia de primer grado y desechar los puntos de apelación planteados por pasiva, fundamentándose en que la administradora del fondo privado no demostró que a su prohijado se le brindara una información clara, cierta y oportuna de las características, condiciones y beneficios del cambio de régimen pensional, siendo ésta una información crucial para entender la decisión adoptada en tanto desdibuja la manifestación libre y voluntaria alegada por los recurrentes, situación que de suyo genera la ineficacia del acto jurídico de traslado, con las consecuencias previamente declaradas.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión interviene para pedir que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada en cuanto declaró la ineficacia del traslado pero se modifique para imponer al fondo privado que asuma, con cargo a sus propios recursos, la diferencia en el monto a trasladar, así como la

devolución del porcentaje de las primas de seguros previsionales y el aporte destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional del demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno del actor al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, la distribución de la carga de la prueba, además de los rendimientos financieros y los gastos de administración? Por último, iii) ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a PROTECCIÓN S.A.?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314 de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL 12136-2014, SL9519-2015, CSJ SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

En ellas se adoctrina, en lo esencial, lo siguiente:

1. El deber de las administradoras del RAIS, desde su creación, era ilustrar a sus potenciales afiliados, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, con información cierta, transparente, precisa y oportuna sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, a fin de que pueda elegir de entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria

precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

2. La reacción del ordenamiento jurídico a la omisión de tal obligación es la INEFICACIA, en sentido estricto, o la exclusión de todo efecto del acto de traslado. Dicho de otra manera, cuando un acto se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales, carece de existencia ante el derecho, no tiene vida jurídica o no produce ningún efecto y por tanto, conforme lo dispone el art. 1746 del Código Civil, aplicable por analogía a la ineficacia, “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...)”.

Es por ello, que 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.

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

3. La consecuencia jurídica siempre es la misma: “declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás” (CSJ SC3201-2018) y por ello, deben los fondos privados de pensiones trasladar al RPM a cargo de Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación o traslado del o la afiliada, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el ya citado artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Tal precepto regula las restituciones mutuas en el régimen de las nulidades y por analogía es aplicable a la ineficacia.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021.

4. Con relación a la carga de la prueba en asuntos de esta naturaleza, les corresponde a las administradoras de pensiones acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues invertir esta figura procesal contra la parte débil de la relación contractual es un

despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

5. Finalmente, para que opere la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, no se requiere contar con un expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptibles, irrenunciable e inalienable.

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PROTECCIÓN S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. LEONEL EDMUNDO OBANDO DELGADO, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y en todo el tiempo que estuvo afiliado a la administradora le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno

y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a las sociedades administradoras demandadas, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PROTECCIÓN S.A incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle al Sr. OBANDO DELGADO la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, si ese hubiere sido el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, de encontrar que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante PROTECCIÓN S.A., mediante formulario de afiliación No. 0965335 (fl. 14 PDF 02), con efectividad al 1º de mayo de 1996, según el certificado de ASOFONDOS (fl. 72 PDF 11) y la historia laboral, determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se afilió válidamente el 10 de agosto de 1978, a través del extinto ISS, hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que PROTECCIÓN S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se le ordenará a la demandada PROTECCIÓN S.A., devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliado, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *"los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen"* como lo indicó nuestro órgano de cierre en sentencias SL 3719 y 5514 de 2021.

Se ordenará, además, reconocer la diferencia o merma entre el valor total que debe trasladar la demandada PROTECCIÓN S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el actor hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

En este sentido, el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión de primera instancia será modificado y adicionado.

Con ello se desata sin éxito la inconformidad que realiza el fondo privado PROTECCIÓN S.A., quien considera que al devolver los rendimientos financieros no procede el reintegro

de los gastos de administración ni ninguna otra consecuencia económica, porque como se insiste a lo largo de la presente providencia, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PROTECCIÓN S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse del RPM al RAIS y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 del 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”*.

Lo anterior tampoco implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

2.2.3. COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, para resolver el recurso de alzada increpado por el apoderado judicial de

PROTECCIÓN S.A., quien aduce que las costas resultan excesivas e improcedentes, de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho. En todo caso, el numeral 1° del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar su monto, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

2.3. EXCEPCIONES

Por último, se confirmará la denegación de las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió. La misma suerte corre la de prescripción, pues contrario a lo reñido por el apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

2.4. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 16 de septiembre de 2021, objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar de la cuenta individual de ahorros del demandante LEONEL EDMUNDO OBANDO DELGADO a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causados, así como las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y con cargo a sus propios recursos, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

TERCERO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$ 2.000.000 para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo

consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,



CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)



JUAN CARLOS MUÑOZ



LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2020-00181-01 (535)

ACTA No. 553

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ y CARLOS MARINO VILLOTA** en contra de **CONCAY S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretenden los actores, por esta vía ordinaria laboral, que se declaren protegidos por el fuero de estabilidad ocupacional reforzada por contar con calificaciones de PCL superiores al 15%, y, por tanto, el despido efectuado por CONCAY S.A. se torna ineficaz. Como consecuencia de tales declaraciones solicitan condenar a la demandada al reintegro a su empleo, sin solución de continuidad, en un puesto de trabajo de igual o superior jerarquía, en el que puedan desarrollar funciones acordes con sus condiciones de salud, conforme a las recomendaciones realizadas por el médico tratante, junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social dejadas de percibir, desde su despido hasta que se haga efectivo el reintegro, al pago de la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo referente al Sr. CARLOS MARINO VILLOTA, que trabajó en CONCAY S.A. como oficial de obra desde el 15 de julio de 2008 hasta el 13 de agosto de 2020, debido a la terminación unilateral que se hizo efectiva el 18 de ese mismo mes y año; que es una persona

en condición de discapacidad y cuenta con dos calificaciones de PCL en firme, una del 41.53% por accidente de trabajo de su ojo izquierdo sufrido en CONCAY S.A., otorgada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez y otra del 17.81 % por accidente de trabajo sufrido en su hombro derecho, igualmente en CONCAY S.A. siendo calificado por la ARL COLMENA.

Respecto del convocante Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ, se aduce que trabajó en CONCAY S.A. como operador de fresadora desde el 24 de noviembre de 2012 hasta el 13 de agosto de 2020, fecha en la cual fue despedido, pese a encontrarse en condición de discapacidad por contar con calificación de PCL en firme del 38,10% otorgada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Indican que los dos últimos años vinculados con CONCAY S.A. los desempeñaron en una finca ubicada en el corregimiento de Téllez, Municipio de Funes (N), en donde debido a su condición de discapacidad no desempeñaron ninguna actividad, limitándose solo al cumplimiento de horario el cual se desarrollaba desde las 7:30 a.m. hasta las 12:30 p.m.

Manifiestan que el 1° de agosto de 2020 asistieron a la mencionada finca para cumplir con su horario habitual de trabajo y a las 10:30 a.m. se dirigieron a un río que formaba parte de la propiedad, con el fin de lavar ropa y el carro de un compañero de trabajo; posteriormente, una vez terminado su horario laboral, se dirigieron hacia una tienda de campo a fin de comprar algunos víveres y en vista de que el encargado se encontraba jugando voleibol, decidieron esperarle tomando “cerveza”, más adelante, siendo aproximadamente las 5:00 p.m., salieron hacia la ciudad de Pasto, pasando por el frente de la finca donde laboraba sin ingresar a la misma.

Por los hechos antes expuestos señalan que la empresa les imputó las siguientes faltas disciplinarias: i) Ausentarse del lugar de trabajo durante horas laborales, sin previa autorización, ii) Presentarse a trabajar en estado de alicoramiento o bajo efecto de sustancias psicoactivas, iii) Acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en la empresa o lugar de trabajo, y, iv) Realización por parte del trabajador de actos que atenten contra la ética, la realización de fraude y faltar a la verdad. Con base en ellas, el 10 de agosto de 2020 acudieron a la diligencia de descargos practicada por CONCAY S.A. y el 13 del mismo mes y año, se les notificó la terminación del contrato de trabajo.

1.1. TRÁMITE DEL PROCESO

La demandada se notificó en debida forma y dentro de la oportunidad legal la contestó, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, aceptando la existencia de la relación laboral con los demandantes en los términos expuestos en el escrito inicial, así como los hechos relacionados con sus calificaciones de pérdida de capacidad laboral.

Sostiene que la decisión de terminar los contratos de trabajo de los demandantes obedeció a que se evidenciaron cuatro faltas graves al reglamento interno del trabajo y a la normativa laboral, mismas que fueron aceptadas por los accionantes y por si solas constituyen una justa causa, independientemente de las supuestas condiciones de debilidad manifiesta. Con base en ello formuló las excepciones de mérito denominadas “inexistencia del fuero alegado”, “justa causa para la terminación de los contratos”, “buena fe” y la “genérica”.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia del artículo 72 del C.P.T y de la S.S., llevada a cabo el 28 de octubre de 2021, declaró probada la excepción de mérito de “*justa causa para la terminación de los contratos*”, absolvió a la convocada a juicio de la totalidad de pretensiones formuladas en su contra y no condenó en costas a los demandantes por estar amparados con el beneficio de amparo de pobreza.

Para arribar a tal determinación, la jueza cognoscente consideró que dentro del proceso se acreditó que los demandantes se encontraban en situación de discapacidad y, además que la entidad demandada tenía conocimiento de tal situación; no obstante, arguyó que no se demostró la existencia de un nexo causal entre la terminación del contrato y la discapacidad padecida por los trabajadores para declarar la presunción a su favor, misma que en todo caso se desvirtuó teniendo en cuenta que con el material probatorio arribado al plenario se acreditó la existencia de justas causas para terminar las vinculaciones de los demandantes por lo que no era necesario solicitar la autorización del Inspector de Trabajo.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes, siguiendo los lineamientos del artículo 69 del C. P. del T. y de la S. S., modificado por el artículo 13 de la ley 1149 de 2007, por cuanto la decisión de primer grado resultó totalmente adversa a sus intereses.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1º. del Decreto 806 de 2020, se allegaron -vía electrónica- las intervenciones de la parte demandante, demandada y el Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 25 de mayo de 2022.

El apoderado de la llamada a juicio solicita confirmar la sentencia de primer grado y condenar en costas a la parte demandante, toda vez que cumplió con la carga de desvirtuar la presunción de despido injusto, pues la terminación obedeció a la configuración de faltas graves tanto al reglamento interno del trabajo como a la ley, de manera que no hubo afectación de los derechos fundamentales ni a las garantías mínimas de los trabajadores convocantes a juicio.

Por su parte, la apoderada judicial de los demandantes solicita revocar la sentencia proferida y, en su lugar, acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que dentro del proceso la única falta demostrada es que el 1º de agosto de 2020 a las 10:30 a.m., los demandantes se ausentaron de su lugar de trabajo; empero, no puede ser una causa de terminación de la relación laboral y si bien es cierto sus poderdantes incumplieron lo preceptuado en los Decretos 378 de 2020 y 1076 de 2020, en relación con las faltas por consumo de bebidas embriagantes y toque de queda, las mismas se cometieron por fuera de su horario laboral. Conforme a lo anterior, indica que la empresa omitió usar las herramientas jurídicas pertinentes como pedir autorización al Ministerio de Trabajo para proceder con su desvinculación.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, solicita que la decisión de primer orden sea revocada y se acceda, en consecuencia, a las pretensiones de la demanda, tras considerar que la valoración en conjunto de la prueba documental y testimonial recaudada, da cuenta de la ausencia del sitio

de trabajo, sin que las restantes causales aludidas por la convocada a juicio y avaladas por la jueza de conocimiento se ajusten a derecho, ni proporcionales con lo dispuesto en el reglamento interno de trabajo.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿Se ajusta a derecho la decisión de primera instancia en cuanto declaró probada la excepción de mérito propuesta por pasiva y, en consecuencia, la absolvió de todas las pretensiones invocadas por los convocantes a juicio, tras considerar que el despido de los trabajadores obedeció a causas justas y no por razones de su discapacidad? 2) En caso afirmativo, ¿las pretensiones invocadas por activa alcanzan prosperidad?

2.2. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

En torno a dirimir la presente causa se advierte que en virtud del art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el artículo 145 del C.P.L. y S.S., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, correspondiéndole a la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y a la convocada, aquellos en los cuales estructura su defensa.

Advertido lo anterior, la Sala precisa que en la presente causa litigiosa los siguientes supuestos fácticos quedaron incólumes, por no ser motivo de discusión y estar acreditados en el proceso:

1. Respecto al Sr. CARLOS MARINO VILLOTA: a) que estuvo vinculado laboralmente con CONCAY S.A. desde el 15 de julio de 2008 hasta el 18 de agosto de 2020, en el cargo de oficial de obra; b) que el trabajador es una persona en condición de discapacidad, con calificación de su PCL del 41.53% por accidente de trabajo en su ojo izquierdo sufrido en CONCAY S.A.; y, c) que cuenta con otra calificación del 17.81% por accidente de trabajo de su hombro derecho sufrido en CONCAY S.A., otorgada por la ARL COLMENA.

2. Respecto del Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA: a) que estuvo vinculado laboralmente con CONCAY S.A. desde el 24 de noviembre de 2012 hasta el 13 de agosto de 2020, en el cargo de operador de fresadora; b) que es una persona en

condición de discapacidad y cuenta con una PCL del 38.10% otorgada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

3. Frente a los dos accionantes: a) que laboraron para CONCA Y S.A. en una finca ubicada en el corregimiento de Téllez, Municipio de Funes Nariño; ii) Y, finalmente, que fueron despedidos en forma unilateral por su empleadora.

Advertido lo anterior, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

2.2.1. DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

En la actualidad la Jurisprudencia Nacional emanada de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral, coinciden en que si el trabajador demuestra su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo el despido se presume discriminatorio, la que se puede desvirtuar por parte del empleador demostrando la justa causa para terminar la relación laboral.¹

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, señala que la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la que gozan las personas que tienen una afectación en su salud **que les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.**

Por su parte, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional, con sentencia SL5181-2019 señaló que no cualquier afectación al estado de salud amerita la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el siguiente sentido:

*“...Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, **la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo**, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.”*

¹ Al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2586- 2020, SL4113-2020 del 27 de octubre de 2020 y las sentencias de la Corte Constitucional SU- 049 de 2017 y T-052 de 2020.

En la misma línea la referida Corporación, mediante sentencia SL3488- 2020, precisó que no cualquier quebranto de salud del trabajador o el simple hecho de encontrarse en incapacidad médica lo hace merecedor de la garantía a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, razón por la cual indicó que es necesario que exista una *“situación de discapacidad de grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral”*.

Conforme a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, delineó que el primer requisito para que opere la protección que nace de la Ley 361 de 1997, es que el trabajador cuente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (discapacidad moderada), puesto que el simple padecimiento de salud o estar incapacitado al momento de la terminación contractual no resultan suficientes para concederlo, en tanto que: *“la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos”*. Así lo ha expresado en sentencias como la CSJ SL del 25 de marzo de 2009, radicado 35606, CSJ SL del 28 de agosto de 2012, radicado 39207, CSJ SL10538 del 2016, CSJ SL11411 y CSJ SL17008 del 2017, CSJ SL3772 del 2018 y CSJ SL275 del 2020.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conservando la posición que de tiempo atrás adocrinó sobre la garantía de la protección laboral, en reciente sentencia SL572-2021 Radicación N.º 86728, febrero 24 de 2021, asentó:

“En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adocrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

*En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, **pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador,** para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:*

No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, **sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso.**

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo 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.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

En tal sentido, si bien el empleador tiene el deber de demostrar la justa causa en la que afianzó la terminación de una relación laboral, para así desvirtuar la presunción de discriminación, el trabajador está obligado a probar, con cualquier medio, que su discapacidad se dio en un grado significativo y que esta era debidamente conocida por parte del empleador, tal como lo establece la sentencia SL572 del 24 de febrero de 2021, la cual dispone:

“(…) en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea

notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado” (Subrayado por la sala)

De la misma manera la Alta Corporación en materia laboral, mediante sentencia SL572-2021, dispuso:

*“Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; **sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.**”*
(Negrilla y subraya fuera de texto).

De conformidad con lo expuesto, luego de analizar el expediente digital respecto del Sr. CARLOS MARINO VILLOTA, se avizora, a folios 304 a 316, dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez donde se advierte una PCL del 41,53% y a folios 317 a 319, el dictamen proferido por COLMENA SEGUROS, que arroja una calificación de PCL del 17,81%. Por otro lado, en relación con el Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA, a folios 321 a 327 se aporta dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con una PCL del 38,10%.

Conforme a lo anterior, de las calificaciones e historias clínicas que los demandantes adosaron al plenario, la Sala concluye que para el 13 y 18 de agosto de 2020, fecha de terminación de los contratos de trabajo de los convocantes, sin dubitación alguna, padecían limitaciones en su estado de salud debidamente conocidas por su empleador traído a juicio, que le llevó a darles un trato diferenciado, incluso en el horario de trabajo, porque les dificultaba

significativamente cumplir sus funciones en condiciones regulares, por lo que, en principio, el derecho a la estabilidad laboral reforzada podría predicarse a su favor.

Con ello se cumple, además, el segundo requisito para que proceda la protección aludida, porque como ya se advirtió, el empleador conocía de tales limitaciones al momento de terminar los contratos de trabajo de los demandantes, como lo aceptó al contestar los hechos 3º y 5º de la demanda y se corrobora con el material probatorio arrojado al plenario.

Así las cosas, los actores tienen derecho a la estabilidad laboral reforzada por cuanto demostraron que, para la fecha en que el llamado a juicio finaliza los contratos de trabajo, padecían problemas de salud que le dificultaban desarrollar sus funciones y ello, de contera, exigía la autorización previa del Inspector del Trabajo para finiquitar tales vínculos contractuales, pues así lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que en el inciso 1º dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la limitación <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.”*

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, en la que se señaló que el requerimiento de la autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una *“intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.”*

Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL679-2021, indicó:

“...la Corporación tiene establecido que dicha protección tiene como finalidad disuadir los despidos discriminatorios fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador. De modo que es legítima la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador que no obedezca a la situación de discapacidad del empleado sino a una razón objetiva.

(...)

Conforme al anterior precedente judicial², el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva como lo es una justa causa de despido. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Advertido lo anterior, le corresponde al Juez Plural, antes de tomar una decisión frente a la reclamación de los trabajadores, verificar si la demandada desvirtuó la presunción de despido injusto, demostrando las razones aducidas como justas para romper el vínculo contractual laboral.

2.2.2. DE LAS JUSTAS CAUSAS PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, INVOCADAS POR LA DEMANDADA

Puestos en esta tarea, se analizará una a una las causales invocadas por pasiva, para poner fin, en su sentir justamente, a las relaciones laborales existentes con los demandantes.

2.2.2.1. Ausentarse del lugar de trabajo durante horas laborales, sin previa autorización.

Argumenta la parte demandada, tal como consta en la decisión del proceso disciplinario (fl. 272 a 299), que los demandantes confesaron haber abandonado el lugar de trabajo el 1º de agosto de 2020, a las 10:35 a.m., sin informar a su empleador ni contar con la respectiva autorización, teniendo en cuenta que su jornada laboral finalizaba a las 12:30 p.m. Aduce, en consecuencia, que incurrieron en la falta disciplinaria establecida en el artículo 56 del reglamento interno trabajo de CONCAY S.A.

Y ello, tras la valoración de la prueba allegada al dossier, no admite discusión para el Juez Colegiado, en tanto y cuanto es ratificado por el testigo CARLOS GUILLERMO MALLAMA, quien aceptó en su declaración, que con los demandantes se

² SL1360-2018 de la Corte Suprema de Justicia.

ausentaron del lugar de trabajo sin previa autorización, al ser sábado cuya salida era las 12:30 p.m. En igual sentido, el Sr. FRANCISCO ARAUJO, encargado de la obra, refiere que alrededor de las 10:30 a.m., se dirigieron a un río el cual colindaba con la finca Téllez, a lavar el carro y algunas prendas de vestir, en donde permanecieron hasta las 12:30 p.m. porque el vehículo se enterró en la arena. Expone que luego se dirigieron a comprar algunas frutas, pero el encargado de la tienda se encontraba jugando un partido de voleibol por lo que decidieron esperarlo y entre tanto ingerir 2 a 3 cervezas cada uno. Menciona, finalmente, que al regreso no pararon ni entraron en la finca donde laboraban, pues a las 4 p.m. había toque de queda por lo que se dirigieron al lugar de residencia en Pilcuán (Localidad del Municipio de Imués).

Este hecho fue aceptado por los demandantes, además, al rendir interrogatorio de parte y, por tanto, tratándose de hechos que les perjudican, conforme lo regula el artículo 191 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral por disposición del principio de integración normativa, la falta disciplinaria será aceptada; empero, según el reglamento interno de trabajo de la empleadora (fl. 329 a 373), artículo 56, son faltas graves que, a la primera vez, no dan lugar a la terminación inmediata del contrato. Veámos:

ARTÍCULO 56. FALTAS – SANCIONES.

La Empresa establece las siguientes clases de faltas y sus sanciones disciplinarias, así:

#	FALTAS	PRIMERA VEZ	SEGUNDA VEZ	TERCERA VEZ
1	Retardo injustificado a la hora de entrada al trabajo hasta por treinta (30) minutos.	Llamado de atención escrito	Suspensión por un (1) día	Suspensión hasta por tres (3) días
2	Retardo injustificado a la hora de entrada al trabajo de treinta (30) minutos hasta cuatro (4) horas	Llamado de atención por escrito	Suspensión hasta por tres (3) días	Suspensión hasta por dos (2) meses
3	Ausencia injustificada al trabajo total de un (1) día o parcial de más de cuatro (4) horas por jornada de trabajo	Suspensión por hasta ocho (8) días	Suspensión hasta por dos (2) meses	Terminación del contrato de trabajo
4	Presentar documentos falsos o inexactos al momento de vincularse a la empresa o en cualquier otro trámite	Terminación del contrato de trabajo.	-	-
5	Ausentarse del lugar de trabajo, durante horas laborales, sin previa autorización	Suspensión hasta por (3) días	Suspensión hasta por dos (2) meses	Terminación del contrato de trabajo

2.2.2.2. Presentarse a trabajar en estado de alicoramiento o bajo efecto de sustancias psicoactivas

Frente a este punto, expone la demandada que los accionantes incurrieron en la falta estipulada en el artículo 56 numeral 9° del reglamento interno del trabajo, el cual deriva en la terminación de la vinculación laboral, pues aduce que se presentaron en el lugar de trabajo con evidentes signos de alicoramiento, poniéndose en una situación de riesgo injustificado y abiertamente contraria a la normativa nacional de tránsito.

Esta conducta, al igual que la anterior, fue igualmente aceptada por los demandantes y no admite duda alguna; sin embargo, ello ocurrió luego de las 12:30 p.m.; es decir, una vez terminada la jornada de trabajo y sin que en tal estado ingresaran al lugar de trabajo. Tales afirmaciones no fueron controvertidas por la empresa demandada y, por tanto, para esta Sala de Decisión, ningún medio de convicción avala la afirmación de la llamada a juicio, en quien recae la obligación de probar los motivos objetivos que avalan la justa causa alegada para romper el vínculo contractual con los promotores de la Litis y desvirtuar, de esta manera, la ya referida presunción de despido injusto.

En consecuencia, esta causal no se acreditó por la empresa demandada.

2.2.2.3. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en la empresa o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

La causal que invoca la entidad CONCAY S.A. para dar por terminado el contrato de trabajo es la prevista en los numerales 5° y 6° del artículo 62 del C.S.T. y la señalada en el artículo 56 numeral 18° del R.I.T. La primera, para referirse a todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores y la segunda, cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del C.S.T, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

Ahora bien, la empleadora reprocha de los actores varios actos realizados el 1° de agosto de 2020 que califica como “irresponsables”, tales como ausentarse del lugar de trabajo y realizar actividades ajenas al mismo, poner en grave riesgo su salud, la de los compañeros de trabajo y de la comunidad en general, además de violar los

términos de la cuarentena, el toque de queda, la prohibición de consumo de bebidas embriagantes en espacios abiertos y establecimientos de comercio, el hacer uso inadecuado del permiso de movilidad otorgado por el empleador y, finalmente, respecto al Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA, conducir un vehículo bajo el influjo de alcohol.

En relación con el concepto de acto inmoral, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1511-2020, indicó:

“Sobre la aplicación en sede jurisdiccional de este aparte normativo, la corte manifestó en la sentencia CSJ SL107-2019:

[...] debe recordarse que esta Corporación ha enseñado que es potestad del juez de acuerdo con el análisis que realice en cada caso, determinar si en su criterio los hechos se adecúan al concepto de un acto inmoral, como ocurrió en la situación bajo estudio, y por ende, ser constitutivos de justa causa de terminación del vínculo laboral.

[...]

Por ende, el fallador de segunda instancia, contrario a lo argumentado por la censura, dentro del margen de su discrecionalidad, estaba facultado para definir si los actos desplegados por el demandante se enmarcaban en el concepto de un acto inmoral.

También debe recordarse que esta Corporación en sentencia CSJ SL, 2 jul. 2008, rad. 32.699, enseñó que la disposición del artículo 62, literal a), numeral 5, del CST., guarda estrecha relación con la «(...) obligación primordial de todo trabajador, prevista en el numeral 4 del artículo 58 del C.S. del T.», según la cual debe «guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros, la que necesariamente debe preservarse en todo lugar, más tratándose de asuntos relacionados con la relación laboral; por tanto la violación grave de esta obligación, con ocasión del vínculo laboral, constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo».

Así mismo, resulta del caso destacar que la concepción laica del concepto de moral se enmarca dentro de una dimensión humanista, en virtud de la cual el respeto por la dignidad humana implica que «un juicio moral plantea una afirmación sobre cómo la gente debe tratar a la otra gente», lo cual conduce a considerar «que no hay un acto moralmente bueno que esté movido solo por los intereses del agente», por ello se considera que «debemos tratar a los otros como fines y nunca como un verdadero medio» [Ronald Dworkin, Justicia Para Erizos].”

Lo anterior pone de relieve que lo alegado en el presente asunto por el llamado a juicio, de haber ocurrido, no trascendió al ámbito laboral ni se constituye en una conducta de los actores origine un hecho punible o comportamiento deshonesto para con el empleador, o un proceder inmoral de los trabajadores que constituyera una justa causa de despido, toda vez que tales conductas, de estar probadas, no constituyen actuar contrario a las buenas costumbres o que afecte el normal desarrollo de las actividades en el lugar de trabajo ni tampoco las relaciones interpersonales entre el empleador y sus trabajadores o entre los mismos compañeros de trabajo.

Por lo expuesto, para el Colegiado esta justa causa tampoco se configuró.

2.2.2.4. Realización por parte del trabajador de actos que atenten contra la ética, la realización de fraude y las faltas a la verdad.

Aduce la parte demandada que los Sres. CARLOS MARINO VILLOTA y MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ faltaron a la verdad, debido a que el primero de ellos, en audiencia de descargos rendida ante la directora de Recursos Humanos de la empresa, afirmó que el motivo por el cual abandonaron el lugar de trabajo fue para realizar ciertas compras, pese los demás compañeros aceptaron que también consumieron bebidas embriagantes. Respecto del segundo convocante, en la misma diligencia manifestó no haberse ausentado del lugar de trabajo junto con sus compañeros a consumir bebidas alcohólicas, pero hechos ya eran de su conocimiento. Asimismo, que los dos demandantes incurrieron en la referida falta, pues negaron haber recibido capacitaciones sobre la política de cero alcohol y, con ello, incurrieron en la falta estipulada en el artículo 56 numeral 76° del Reglamento Interno del Trabajo de CONCAY S.A.

Pero ello no se ajusta a la verdad, en tanto revisada la prueba documental arrojada al plenario, respecto del Sr. CARLOS MARINO VILLOTA, se observa a folio 258 a 263 diligencia de descargos en donde, contrario a lo afirmado por la demandada, la parte activa acepta el consumo de alcohol luego de terminada la jornada de trabajo y en respuesta a la pregunta número 9, el demandante “no negó tal situación ante la directora de Recursos Humanos de la entidad”. Además, se advierte que en la pregunta número 4, el demandante aceptó que hace 5 años el empleador le brindó la capacitación respecto a la política de “cero alcohol”. Igual situación se avizora en la versión rendida por el Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ, (fl. 265 a 270).

La demandada, en todo caso, demuestra haber capacitado al personal en estos temas, folios 411 a 458, sin que ello sea negado por los promotores de la Litis, así como tampoco la ausencia del sitio de trabajo y el consumo de licor fuera del horario de trabajo en sitio público; empero, ello no puede constituirse en una causal, justa, válida y proporcionada para terminar el vínculo laboral, más aún cuando lo que se avizora, en el fondo del asunto, es un desmedido afán del empleador por magnificar las conductas de los demandantes para afianzar, en tales conductas, unas justas causas de terminación del vínculo laboral.

2.2.2. DEL REINTEGRO Y SUS CONSECUENCIAS PRESTACIONALES

Por las anteriores razones la Sala concluye que, al no desvirtuarse la presunción de despido injusto, los Sres. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ y CARLOS MARINO VILLOTA, efectivamente se arropan de la estabilidad laboral reforzada que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, por tanto, debió acudir ante el Ministerio del Trabajo para terminar el contrato laboral de los demandantes. Como ello no ocurrió, el despido se torna ineficaz y procede ordenar su reintegro, sin solución de continuidad al cargo que ocupaban al momento de despido o a uno de superior jerarquía, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios) y aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de percibir, debidamente indexados.

No sigue la misma suerte el pago de vacaciones, porque las mismas no corresponden a una prestación social sino a un descanso remunerado, al que no tienen derecho los demandantes por no prestar el servicio durante el tiempo en que permanecieron cesantes.

Asimismo, procede el pago de la indemnización especial por despido en estado de protección, pues así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL6850-2016:

“Por último, en torno a la procedencia del reintegro y la indemnización de 180 días de salario, dicha consecuencia responde a la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 2007, que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, según la cual la referida disposición es exequible «...bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva

autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.»

En consecuencia, por los 180 días de salario la convocada a juicio pagará al Sr. CARLOS MARINO VILLOTA la suma de \$5.266.818 calculado sobre la suma de \$877.803 como salario certificado por la demanda (fl. 57 PDF 02) y para el Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA la suma de \$5.442.000, liquidado sobre \$907.000. de conformidad con la certificación laboral obrante a folio 58.

2.2.3. COSTAS PROCESALES DE PRIMERA INSTANCIA

Dadas las resultas del proceso, se impondrán costas de primera instancia a cargo de CONCA Y S.A. y a favor de los demandantes CARLOS MARINO VILLOTA y MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ. Las agencias en derecho se fijan en 3 smlmv, esto es, \$3.000.000 para cada uno de ellos, que serán liquidadas en de manera concentrada, como lo ordena el art. 366 del C.G. del P.

2.3. EXCEPCIONES

La demandada CONCA Y S.A., al contestar el escrito inaugural, propuso las excepciones de fondo que denominó *“inexistencia del fuero alegado”*, *“justa causa para la terminación de los contratos”*, *“buena fe”* y la *“genérica”*, sin que alcancen prosperidad porque con ellas se buscaba enervar las pretensiones elevadas por la parte activa de la Litis y ello, como ya se analizó, no ocurrió.

2.4. COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme lo resuelto y de conformidad con lo regulado en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, no se impondrán costas en el grado jurisdiccional de consulta, por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, revisada en el grado jurisdiccional

de consulta a favor de la parte demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar:

“PRIMERO. DECLARAR que la terminación del contrato de trabajo del Sr. CARLOS MARINO VILLOTA, que se produjo el 18 de agosto de 2020 y la del Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA, el 13 de agosto de 2020, por parte de la demandada CONCAY S.A. es ineficaz, en tanto se omitió la autorización respectiva del Ministerio de Trabajo, debido a la condición de debilidad manifiesta en que se encontraban los demandantes.

SEGUNDO. CONDENAR a CONCAY S.A. a reintegrar sin solución de continuidad, a los Sres. CARLOS MARINO VILLOTA y MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ al cargo que ocupaban al momento del despido o a uno de superior jerarquía. En consecuencia, CONCAY S.A. pagará los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios) debidamente indexadas, desde el 18 de agosto de 2020 y 13 de agosto de 2020, respectivamente, hasta que se produzca el reintegro.

TERCERO. CONDENAR a CONCAY S.A. a pagar a la administradora de fondos de pensiones, a la que estén o estuvieron afiliados los actores, los aportes dejados de sufragar desde el 18 de agosto de 2020 para el Sr. CARLOS MARINO VILLOTA y desde el 13 de agosto de 2020, para el Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA, hasta el reintegro y en adelante mientras subsista el contrato.

CUARTO. CONDENAR a CONCAY S.A. a pagar a los demandantes por concepto de indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las siguientes sumas:

- a. Para el Sr. CARLOS MARINO VILLOTA la suma de \$5.266.818.
- b. Para el Sr. MIGUEL ÁNGEL ORTEGA la suma de \$5.442.000.

Sumas que se deberán indexar al momento en que se efectúe el pago.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones de mérito denominadas: “Inexistencia del fuero alegado”, “justa causa para la terminación de los contratos”, “buena fe” y la “genérica”, las cuales fueron planteadas por la entidad demandada, debido a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO. CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada CONCAY S.A., en cuantía equivalente a 3 smlmv a favor de cada uno de los demandantes

CARLOS MARINO VILLOTA y MIGUEL ÁNGEL ORTEGA NARVÁEZ, por concepto de agencias en derecho, que serán liquidadas en de manera concentrada, como lo ordena el art. 366 del C.G. del P.

SEGUNDO. SIN LUGAR A CONDENAR en COSTAS de esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 520013105002- 2019-00370-01 (576)

ACTA No. 549

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **LILIANA DORIS DÁVILA MOSQUERA** en contra de **PORVENIR S.A y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A – VIDALFA S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la actora, por esta vía ordinaria laboral, se declare que es beneficiaria de la pensión de invalidez por cumplir con los requisitos legales. Solicita, en consecuencia, condenar a la demandada PORVENIR S.A. a reconocer y pagar su pensión de invalidez de origen común a partir del 15 de mayo de 2002, junto con el retroactivo debidamente indexado desde la fecha de estructuración de la invalidez, los intereses moratorios y los derechos que resulten de aplicar la facultad ultra y extra petita junto con las costas procesales.

Fundó sus pretensiones en que nació el 30 de octubre de 1970 y que se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones el 17 de febrero de 1994 ante el extinto ISS, cotizando un total de 234,29 semanas; que a partir del 24 de noviembre de 1999, se afilió a PORVENIR S.A. cotizando 695,57 semanas, para un total de 929,86; que el 11 de agosto de 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño emitió el dictamen No. 2017 51985783, en el que determinó un porcentaje de PCL del 64.42%, con fecha de estructuración el 15 de mayo de 2002 y de origen común, ejecutoriado el 10 de noviembre de 2017.

Añade que, mediante proveído de 26 de noviembre de 2018, el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto tuteló sus derechos fundamentales y como mecanismo transitorio ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de la demandada; no obstante, no inició la acción ordinaria dentro del término advertido en la sentencia tuitiva, por tanto, la AFP demandada suspendió el pago de la prestación pensional.

Finalmente, alude que no recibió compensación en dinero por concepto de retroactivo pensional, pues ello no fue ordenado en el referido fallo tuitivo.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma, la entidad demandada a través de apoderado judicial la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, indicando que a la compañía aseguradora SEGUROS DE VIDA ALFA no le fue notificado el dictamen sobre la PCL de la demandante por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, lo que llevó a suspender el trámite de reconocimiento de la pensión demandada. Alude que dicho incumplimiento por parte de la convocante a juicio constituye una violación al debido proceso, pues no se ha completado el procedimiento legal para que la prestación pensional reclamada sea eventualmente reconocida. Respecto al pago de indexación e intereses moratorios, advierte de la incompatibilidad entre estos conceptos, aclarando que, en todo caso, la obligación no es exigible en tanto y cuanto no hay certeza sobre la pensión reclamada y el retroactivo respectivo, por falta de notificación del dictamen de PCL, menos aún se constituye en mora.

Con fundamento en ello formuló la excepción previa “falta de conformación del litis consorcio por pasiva”, y varias excepciones de fondo que denominó “petición antes de tiempo”, “buena fe del demandado”, “falta de legitimación en causa por pasiva”, “improcedencia legal del reconocimiento de la pensión reclamada”, “inexistencia de la obligación reclamada”, “cobro de lo no debido”, “incumplimiento de los requisitos legales para acceder al pago de la prestación”, entre otras.

Mediante auto del 19 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto declaró probada la excepción previa propuesta por la parte demandada y, en consecuencia, ordenó la integración de la Litis con SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. -

VIDALFA S.A., quien contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las declaraciones y condenas, por considerar que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación corresponde en realidad a un peritaje y no tiene, por tanto, efectos legales respecto de los demandados. Expone que, para lograr un reconocimiento pensional de esta naturaleza, debe contar inicialmente con un dictamen oponible a las partes y adelantar el trámite administrativo pertinente.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 3 de diciembre de 2021, declaró el derecho de la demandante a la pensión de invalidez deprecada, a partir del 16 de mayo de 2002. Condenó a PORVENIR S.A., en consecuencia, a proceder con el pago de la mesada que a la fecha de la sentencia asciende a \$ 1.256.446 y del retroactivo por valor de \$247.795.571, de cuya suma descontará los 4 meses satisfechos en virtud de la decisión constitucional y el porcentaje destinado al Sistema de Seguridad Social en Salud. Adicionalmente la condenó al pago de los intereses moratorios entre el 27 de diciembre de 2017 y el 3 de diciembre de 2021; dispuso que SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. cubra la suma adicional que eventualmente se requiera para completar el capital necesario para sufragar la pensión requerida; declaró no probadas las excepciones propuestas por pasiva; y, finalmente condenó en costas a las entidades demandadas.

Para arribar a tal determinación señaló que la norma vigente a la fecha de estructuración de la invalidez es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, y que realizados los estudios pertinentes la actora cumple con la exigencia de PCL y la densidad de semanas de cotización. Respecto de la oponibilidad del dictamen discutido por las demandadas, aduce que, de conformidad con la legislación y la jurisprudencia, la demandante se encontraba habilitada para acudir directamente a la jurisdicción laboral para propender por su reconocimiento pensional, de manera que no es necesario un trámite previo administrativo, como erradamente lo exige la parte demandada.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. - VIDALFA S.A.

Inconforme con la decisión, quien representa los intereses de las convocadas a juicio, pide al Juez Colegiado revocarla tras advertir la errada interpretación del despacho respecto del dictamen de PCL del año 2017, para cuya obtención no se observaron las reglas fundamentales como la notificación a las partes interesadas, específicamente a la aseguradora, afectando con ello el debido proceso de las convocadas, toda vez que no se permitió controvertir el análisis técnico científico efectuado y mucho menos, con mayor razón, la fecha de estructuración de la invalidez, lo que le quita fuerza a la prueba y resulta insuficiente para demostrar el requisito de la discapacidad en el porcentaje exigido por la norma, máxime cuando la misma junta calificadora como entidad que emitió el respectivo dictamen, señaló que se trataba de un peritaje que no permite controversia o recurso alguno, desconociendo con ello lo preceptuado en el Decreto 1352 de 2013 y desvirtuando el derecho a la pensión de invalidez reconocida.

Respecto de los intereses moratorios, los considera improcedentes toda vez que supone el despacho que las demandadas conocían de la existencia del derecho y que adrede omitieron su reconocimiento, sin tener en cuenta que lo probado en el proceso es todo lo contrario; esto es, que el actuar de las demandadas se circunscriben al hecho de que el diagnóstico de PCL se soporta en un documento inválido y por ello no se adeuda pensión de invalidez alguna ni mucho menos los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, respecto de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., en particular señala que en un eventual reconocimiento pensional, con base en la póliza previsional, la compañía aseguradora estaría obligada solamente a pagar los emolumentos basados en las condiciones específicas de la póliza y no a sumas adicionales de ninguna naturaleza.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandada, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66A del C.P.T y de la S.S, modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1°. Del Decreto 806 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la parte demandante, demandada y el Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 23 de agosto de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A, insiste en la revocatoria del fallo proferido, toda vez que el dictamen de PCL emitido en favor de la actora no le fue notificado a la compañía aseguradora interesada, de manera que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez por incumplimiento del procedimiento legal para su procedencia.

Por su parte, el apoderado judicial de la demandante, solicita confirmar íntegramente la decisión de primer grado, toda vez que no existe ninguna vulneración al debido proceso alegado por pasiva, pues las demandadas tenían conocimiento del dictamen, inclusive, desde la acción constitucional que amparó transitoriamente los derechos de su prohijada.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, pide al Colegiado confirmar la sentencia de primera instancia por encontrarla ajustada a derecho, señalando para el efecto que, la prueba pericial denominada dictamen de PCL aportado por la demandante, tiene pleno valor probatorio y frente a ella las llamadas a juicio asumieron una posición pasiva, limitándose a enrostrar una falta de notificación sin controvertirlo de manera alguna, Así, la actora cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por acreditar el % de PCL exigido por la Ley así como la densidad de semanas. En cuanto a los intereses moratorios, también los encuentra procedentes en tanto a la fecha aún no se reconoce la prestación pese a que el derecho pretendido se encuentra debidamente acreditado.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo anterior, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El dictamen que emitió la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño resulta oponible a las convocadas PORVENIR S.A. y compañía de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. - VIDALFA S.A.¿; ii) ¿La condena impuesta a cargo de PORVENIR S.A. frente a los intereses moratorios, se encuentra ajustada a

derecho?; y, iii) ¿La condena impuesta a la compañía aseguradora se ajusta a las condiciones del contrato de seguros en cuanto hace relación a la cobertura y la obligación de cubrir la “suma adicional” a su cargo?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. OPONIBILIDAD DEL DICTAMEN DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

Desde la contestación de la demanda y luego, con el recurso de apelación, incluso en la etapa de alegatos de conclusión, quien representa los intereses de las convocadas PORVENIR S.A. y compañía de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A., se resiste al reconocimiento pensional deprecado por activa argumentando que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, no le fue notificado a la compañía aseguradora, como interesada en la prestación discutida y por lo mismo le resulta inoponible. Pero, además, porque presentadas las respectivas objeciones, la JRCIN reconoció su error en denominar el concepto como dictamen, cuando en realidad corresponde a un peritaje por haber acudido la parte interesada, de manera particular, sin permitírsele controvertir la fecha de estructuración ni el análisis técnico – científico aplicado.

Empero, conforme lo enseñado por Nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional, en sentencia como la SL1044-2019, radicado No. 68074, con ponencia de la MP Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

(...) si bien la gestión que se realiza ante las juntas de calificación de invalidez, conforme a los artículos 41, 42 y 43 originales de la ley 100 de 1993, reglamentados por el Decreto 2463 de 2001 vigente en la época que atañe al sub lite, tiene por finalidad establecer el estado de invalidez mediante un procedimiento específico, este no corresponde a un trámite administrativo previo que necesariamente deba agotarse para que se reconozca la pensión de invalidez, puesto que la parte interesada en la valoración médica también puede acudir directamente ante la jurisdicción ordinaria laboral.

En tal sentido, desde el precedente jurisprudencial contenido en la sentencia CSJ SL 11910-1999, la autoridad en la materia ha sido enfática en indicar que los artículos mencionados no constituyen presupuestos procesales que deban aplicarse en el reconocimiento pensional de invalidez, ni expresan un procedimiento previo de imperativo cumplimiento que impida al afiliado, ante la negativa del reconocimiento de dicha prestación, acudir a las juntas regionales o al juez laboral, más aún porque tales dictámenes no constituyen pruebas solemnes.

Es tanto así, que el Órgano de Cierre en esta Jurisdicción ha concertado que, aunque no exista notificación del inicio del trámite de pérdida de capacidad laboral, en el pleno ejercicio de sus derechos de contradicción y defensa, quien así lo considere puede debatirlo procesalmente; o, en su defecto, requerir un nuevo dictamen dentro de la contestación de la demanda y no solo limitar sus argumentos de defensa en la falta de oponibilidad del concepto (CSJ SL 1044-2019), como en el presente caso, resaltando en este punto, que tal y como se encuentra acreditado en el plenario la convocada PORVENIR S.A. tenía conocimiento de que la actora adelantó un trámite directamente ante la JRCIN, cuando lo anexó a su solicitud pensional de 27 de diciembre de 2017, situación que inclusive, llevó a la compañía aseguradora a buscar la nulidad del concepto por diversas inconformidades. También fue consciente de su existencia en el trámite tutelar cuando ampararon transitoriamente las garantías de la demandante y a pesar de ello no requirió la práctica de un nuevo dictamen para controvertir el ya existente.

Y para ahondar en razones, con la sentencia SL 29622 de 19 de octubre de 2006, se concretó que los Jueces del Trabajo y de la Seguridad Social son competentes para analizar los hechos de invalidez que las juntas hayan establecido y, en tal sentido, pueden en forma definitiva dictaminar si existe la incapacidad o no, el grado de invalidez, la distribución porcentual y minusvalías, si ellas se presentan.

Por consiguiente, la alegación dada por la parte recurrente por pasiva, quien afirma que la actora acudió directamente ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño sin que sus representadas tuvieran la oportunidad de controvertirlo y que, por tanto, no le es oponible, no tiene acogida ante esta Sala de Decisión y por lo mismo, el derecho pensional que la administradora pensional a cargo del RAIS se empeña en desconocer y que fue declarado por el juez cognoscente, será confirmado.

2.2.2. INTERESES MORATORIOS

Al respecto, señala la convocada a la presente Litis que los intereses impuestos no resultan procedentes toda vez que el despacho de primer grado supone, equivocadamente, que las demandadas conocían de la existencia del derecho y pese a ello omitieron su reconocimiento, pasando por alto que lo probado en el proceso es que el actuar de las demandadas -vistas como maniobras dilatorias-, se

circunscriben al hecho de que la PCL de la actora se respalda en un documento inválido, por lo que no adeuda pensión de invalidez alguna y menos aún los moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para responder a tal inconformidad advierte el Juez Plural, primigeniamente, que la referida ineficacia del dictamen de pérdida de capacidad laboral aludida por el recurrente por pasiva no es de recibo por no ajustarse a las disposiciones legales ni jurisprudenciales que orientan la materia. Por otra parte, respecto de los intereses discutidos, es de señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 460 de 2019, reiteró que los mismos proceden por el simple retraso en el otorgamiento de la prestación y en pronunciamiento, SL1681-2020 Radicación No. 75127 del 3 de junio de 2020, estableció:

“El pago puntual de la pensión es un derecho que cuenta con sustento constitucional. Al respecto, el artículo 53 de la Carta Política enuncia dentro de los principios mínimos de la legislación social «el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales», adicionando que “Por consiguiente, la fórmula adecuada para reparar el perjuicio causado por el retardo en la satisfacción de las pensiones legales debe ser el reconocimiento de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993”.

Claro lo anterior y descendiendo al caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se tiene que la parte demandante solicitó el pago de la pensión de invalidez el 27 de diciembre de 2017, como se señala en sentencia de tutela y obra en los anexos probatorios de la contestación de PORVENIR S.A. (fl. 20 PDF 01 y fls. 1 - 7 PDF 05); no obstante, la administradora del régimen privado reconoció la prestación deprecada por activa en cumplimiento a la orden de tutela que protegió los derechos fundamentales de la Sra. Dávila Mosquera de manera transitoria, mediante fallos del 26 de noviembre de 2018 y 18 de enero de 2019 (fls. 20-36 PDF 01).

De lo anterior se desprende que vencido el periodo de gracia de 4 meses otorgado a la administradora pensional en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, para determinar el derecho pensional, ésta fue renuente al reconocimiento de la prestación a tal punto que la concedió provisionalmente en cumplimiento de la decisión constitucional y luego, con comunicación de 25 de junio de 2019, rad. 0103864013435300 (fl. 33 PDF 05), le informó a la pensionada, hoy demandante, que al no iniciar el proceso ordinario laboral en la

forma dispuesta en el fallo tuitivo el pago de la prestación económica solo se efectuaría hasta abril de 2019 y así ocurrió.

Así las cosas, atendiendo las disposiciones del artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹, lo enseñado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el cumplimiento de requisitos para acceder a la prestación pensional por parte de la promotora de la Litis y el conocimiento por parte de PORVENIR S.A., los intereses moratorios impuestos en primera instancia no merecen reproche alguno por este Cuerpo Colegiado y por lo mismo serán confirmados.

No obstante, reiterando que el periodo de gracia otorgado por la norma para el estudio y eventual reconocimiento de la pensión de invalidez corresponde a 4 meses² a partir de la solicitud presentada con todos los documentos que acrediten el derecho, es preciso advertir que la demandante radicó la petición ante PORVENIR S.A. el 27 de diciembre de 2017, lo que indica que los intereses moratorios se causan a partir del 27 de abril de 2018 y no como erradamente lo indica el juzgador cognoscente, esto es, desde la primera data anotada. Adicionalmente, estos no se causan durante el tiempo en que la demandada efectivamente satisfizo las mesadas en virtud de orden constitucional. Así las cosas, el numeral cuarto de la decisión de primera instancia, será modificado.

2.2.3. DE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE SEGURO

Finalmente, el apoderado judicial de las demandadas, respecto de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., señaló que en un eventual reconocimiento pensional con base en la póliza previsional, la compañía aseguradora estaría obligada a pagar, solamente, los emolumentos basados en las condiciones específicas de la póliza y no sumas adicionales de ninguna naturaleza.

No obstante, en criterio reiterado de Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional señaló:

¹ **ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA.** A partir del 1º. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

² Artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003

“(…) con el simple hecho de proferirse condena en contra del fondo privado de pensiones por la prestación de invalidez reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley de la seguridad social, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la mencionada pensión.

Sobre el tema de pronunció esta Sala en sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252, reiterada en las sentencias SL5429-2014, SL6094-2015, SL1363-2018 y SL4204-2018”.

Así las cosas, los argumentos traídos por pasiva, en criterio de este Cuerpo Colegiado, no alcanzan prosperidad y por ello, la decisión adoptada en este aspecto por el fallador de primera instancia será confirmada.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A., a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 3 de diciembre de 2021, objeto de apelación por pasiva, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

CUARTO: CONDENAR a la accionada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a cancelar en favor de la demandante los intereses moratorios causados desde el 27 de abril de 2018 hasta el 3 de diciembre de

2021, descontando de ellos los 4 meses satisfechos en virtud de la decisión constitucional y sin perjuicio de los que se ocasionen con posterioridad a la ejecutoria del fallo, si hasta entonces no se ha producido la satisfacción de la prestación.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

TERCERO. CONDENAR en COSTAS en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. – VIDALFA S.A., a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2019-00266-01 (539)

ACTA No. 552

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ** en contra de la **EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE LA PROVINCIA DE OBANDO - EMPOOBANDO E.S.P.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo que rigió entre el 3 de febrero de 2012 y el 30 de junio de 2018, cuando termina por decisión unilateral y sin justa causa del empleador pese a su condición de discapacidad física, lo que conduce a su ineficacia. Como consecuencia de tales declaraciones solicita condenar a la demandada a reintegrarlo a su empleo acorde a su condición de salud, de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social dejados de percibir, desde su despido hasta el reintegro efectivo, así como la sanción establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debidamente indexadas, junto con las costas procesales y demás derechos que se deriven de las facultades ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub-lite, que trabajó en EMPOOBANDO E.S.P. en el cargo de obrero de operación y mantenimiento desde el 3 de febrero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014 cuando finalizó por decisión del trabajador. Tal acto se declaró ineficaz en

decisión de tutela proferida el 4 de mayo de 2015, por el Juzgado Segundo Municipal de Ipiales, con protección transitoria de derechos fundamentales hasta tanto acuda, en el término perentorio de 4 meses, a la jurisdicción ordinaria a fin de que se resuelva el litigio, lo que al final no ocurrió; posteriormente, mediante oficio OG 810-16-01-0410 de 28 de mayo de 2018, la demandada le preavisó que el contrato de trabajo No. 073 no sería prorrogado y, por tanto, terminaría en junio de esa misma anualidad, sin motivación adicional o justa causa y sin considerar que se trata de una persona discapacitada con deformidad física permanente y sin la autorización del Ministerio del Trabajo.

Agrega que el 7 de marzo de 2019 formuló reclamación administrativa, solicitando el reintegro y demás consecuencias, la cual se resolvió negativamente mediante oficio OG 810-16-01-0620 de 4 de abril de esa misma anualidad, reiterándole que la terminación del vínculo obedeció a la expiración del plazo presuntivo, conforme lo dispone el Decreto 2127 de 1945 y siendo ésta una causa objetiva, no se requiere la autorización previa de la autoridad del trabajo, respuesta que se reiteró en oficio OG 810-16-01-0760 del 23 de abril del mismo año, en respuesta a ampliación de la reclamación.

Señala que si bien durante la vigencia de la relación laboral no fue calificado en los términos del artículo 5º de la Ley 361 de 1997, la empresa conocía de las condiciones de discapacidad congénita y el deterioro de la salud.

Finalmente sostiene que el 6 de septiembre de 2019, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño dictaminó una PCL del 41.55%, con fecha de estructuración 18 de abril de 1960.

1.1. TRÁMITE DEL PROCESO

La demanda se notificó en debida forma a la convocada a juicio; no obstante, mediante auto de 14 de enero de 2021, se tuvo por no contestada. A su turno, la Procuradora 12 Judicial I para asuntos del trabajo y la seguridad social, en su concepto preliminar resaltó que la estabilidad laboral reforzada es una garantía legal de los trabajadores con discapacidad frente a despidos discriminatorios, que no opera cuando la terminación del vínculo obedece a una razón objetiva, de manera que en el particular existen ciertos aspectos que deberán considerarse, como la modalidad contractual y que a la terminación del vínculo el actor no contaba con una calificación de la PCL en firme; que en el preaviso nunca se

informó la causal de terminación del vínculo y que posterior a la acción de tutela que amparó transitoriamente los derechos del trabajador, éste continuó sus labores con aquiescencia del empleador hasta el año 2018.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia del artículo 77 del C.P.T y de la S.S., llevada a cabo el 10 de noviembre de 2021, declaró la existencia del contrato de trabajo en los términos dispuestos en la demanda, absolvió a EMPOOBANDO E.S.P. de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

Para arribar a tal determinación, la jueza cognoscente consideró que si bien dentro del proceso se acreditó la condición de discapacidad del demandante y que la entidad demandada tenía conocimiento de tal situación, no se demostró la existencia de un nexo causal entre la terminación del contrato y la discapacidad del actor para declarar la presunción a su favor, misma que en todo caso se desvirtuó con los testimonios y el interrogatorio rendido, de los que se extrae que la terminación del vínculo no obedeció a tratos discriminatorios, por lo que no era necesario solicitar la autorización del Inspector de Trabajo.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la determinación adoptada, quien representa los intereses del convocante a juicio invoca su revocatoria, porque si bien la normativa dispone que una entidad puede dar por terminada la vinculación de un trabajador en condición de discapacidad, ello únicamente procede previa autorización del Ministerio del Trabajo. Ahora, si el trabajador considera que el despido es injusto podrá controvertirlo demostrado su estado de salud, evento en el cual es el empleador quien debe demostrar la existencia de la justa causa, por ello considera que en el presente caso se adoptó una decisión contraria al ordenamiento jurídico soportada en una confesión que ni siquiera reúne los requisitos para constituirse como tal y en testimonios que hablan de una situación sindical que nada tiene que ver con el objeto del litigio.

Finalmente, señala que erró la jueza de primer grado al equiparar la justa causa con la causa legal de terminación del contrato, pues la primera se encuentra prevista de manera expresa en la ley que en el sub examine no se demostró.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por la parte demandante, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1º. del Decreto 806 de 2020, se allegaron -vía electrónica- las intervenciones de la parte demandante y el Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial del 12 de julio de 2022.

El apoderado judicial del convocante a juicio, insiste en la revocatoria de la sentencia y, en su lugar, acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que dentro del proceso se encuentra probado: i) que el actor padece una limitación física calificada por autoridad competente y conocida por el empleador desde la vinculación; ii) la PCL se estructuró desde el nacimiento, esto es, antes de finiquitar el contrato de trabajo; iii) no se probó justa causa para su extinción; y, iv) no se solicitó autorización del Ministerio del Trabajo para la terminación del contrato, de manera que el despido es ineficaz.

Finalmente, el delegado del Ministerio Público ante este Órgano Colegiado, solicita que la decisión de primer orden sea revocada y, en consecuencia, se acceda a las pretensiones de la demanda tras considerar que el demandante acreditó los presupuestos para arrojarse de la presunción que trae consigo la estabilidad laboral reforzada, esto es, su condición de discapacidad y el conocimiento del empleador respecto de la misma. Ahora, en el caso bajo estudio, el empleador no aportó ninguna prueba tendiente a desvirtuar la presunción en su contra, pues ni siquiera contestó la demanda y si bien en el interrogatorio absuelto por el demandante se aduce que la terminación del contrato no obedeció a su condición de salud sino a una persecución sindical, esto no puede ser considerado como una confesión por cuanto quien conoce la verdadera razón de terminación del vínculo es el empleador. Así, pese a que existe una causa legal para no prorrogar el contrato y en principio podría considerarse una razón objetiva, no

fueron demostrados los criterios doctrinales fijados por la Corte en tratándose de la terminación de contratos a término fijo de personas con discapacidad, que son aplicables a los contratos indefinidos de los trabajadores oficiales quienes se rigen con plazo presuntivo.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: 1) ¿Se ajusta a derecho la decisión de primera instancia en cuanto absolvió de todas las pretensiones invocadas por el convocante a juicio, tras considerar que el despido del trabajador obedeció a causas legales y no por razones de su discapacidad? En caso afirmativo, 2) ¿las pretensiones invocadas por activa alcanzan prosperidad?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

En torno a dirimir la presente causa se advierte que en virtud del art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el artículo 145 del C.P.L. y S.S., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, correspondiéndole a la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y a la convocada, aquellos en los cuales estructura su defensa.

Advertido lo anterior, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

2.2.1. DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

En la actualidad la Jurisprudencia Nacional emanada de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala de Casación Laboral, coinciden en que si el trabajador demuestra su situación de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo, el despido se presume discriminatorio aunque por ser legal puede desvirtuarse por parte del empleador demostrando la justa causa para terminar la relación laboral.¹

En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, señala que la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la que gozan las personas que tienen una afectación en su salud **que les impide o dificulta sustancialmente el**

¹ Al respecto las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, SL2586- 2020, SL4113-2020 del 27 de octubre de 2020 y las sentencias de la Corte Constitucional SU- 049 de 2017 y T-052 de 2020.

desempeño de sus labores en condiciones regulares.

Por su parte, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en la especialidad laboral, con sentencia SL5181-2019, señaló que no cualquier afectación al estado de salud amerita la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el siguiente sentido:

*“...Lo anterior no significa, se itera, que la protección especial al trabajador en situación de discapacidad sea el parámetro general, esto es, que cualquier afectación al estado de salud, es el que amerita la restricción legal, sino como lo ha venido sosteniendo la Sala, **la acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial, para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sean excluidos del ámbito del trabajo**, pues, históricamente, son las discapacidades significativas las que se convierten en objeto de discriminación, y por ello, el legislador consideró que, a partir de la moderada se justifica la restricción, la cual se puede acreditar con los diversos medios de prueba posibles.”*

En la misma dirección, con sentencia SL3488- 2020 precisó que no cualquier quebranto de salud del trabajador o el simple hecho de encontrarse en incapacidad médica lo hace merecedor de la garantía a la estabilidad laboral prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, razón por la cual indicó que es necesario que exista una *“situación de discapacidad de grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad laboral”*.

Conforme a lo anterior, delineó que el primer requisito para que opere la protección que nace de la Ley 361 de 1997, es que el trabajador cuente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (discapacidad moderada), puesto que el simple padecimiento de salud o estar incapacitado al momento de la terminación contractual no resultan suficientes para concederlo, en tanto *“la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos”*. Así lo ha expresado en sentencias como la CSJ SL del 25 de marzo de 2009, radicado 35606, CSJ SL de 28 de agosto de 2012, radicado 39207, CSJ SL10538 de 2016, CSJ SL11411 y CSJ SL17008 de 2017, CSJ SL3772 de 2018 y CSJ SL275 de 2020.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conservando la posición que de tiempo atrás adoctrinó sobre la garantía de la

protección laboral, en reciente sentencia SL572-2021 Radicación N.º 86728, febrero 24 de 2021, aleccionó:

“En efecto, debe recordarse que la Sala de tiempo atrás ha adoctrinado que los destinatarios de la garantía especial a la estabilidad laboral reforzada son aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con una limitación igual o superior al 15% de su pérdida de la capacidad laboral, como lo dedujo el Tribunal, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales como que obtenga un reconocimiento y una identificación previa.

En este sentido la Corte, recientemente, en sentencia CSJ SL058-2021, lo reiteró:

*En concordancia con lo anterior, la Sala ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carnet como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, **pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador,** para de esa forma activarse las garantías que resguardan su estabilidad laboral. En la sentencia CSJ SL, 18 sep. 2012, Rad. 41845, dijo la Corte:*

*No obstante que el tema relativo a la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se trató en la primera acusación por la vía indirecta, conviene precisar que el Colegido de instancia estimó que para que proceda la referida garantía no basta con demostrar la existencia de incapacidad laboral temporal, **sino que se exige que la trabajadora al momento del despido estuviera afectada por una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje legal, lo que no se demostró en este caso.***

Sobre el particular, la Sala destaca que lo relativo a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en armonía con los grados y porcentajes de discapacidad previstos en el artículo 7.º del Decreto 2463 de 2001.

Ahora, la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

Ahora bien, exigir la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral no es un capricho, esto obedece a que la protección por estabilidad laboral reforzada por razones de salud, estatuida por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, requiere que el trabajador se encuentre en situación de discapacidad, al tiempo 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.

Es por ello que para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional.

En tal sentido, si bien el empleador tiene el deber de demostrar la justa causa en la que afianzó la decisión de romper la relación laboral para así desvirtuar la presunción de discriminación, el trabajador, igualmente, está obligado a probar, con cualquier medio, que su discapacidad, conocida por el patrono, es de un grado significativo, tal como lo establece la sentencia SL572 de 24 de febrero de 2021, cuando dispone:

*“(…) en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, **esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.***

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado” (Subrayado por la sala)

Ahora bien, la Alta Corporación en lo laboral, mediante sentencia SL572-2021, dispuso:

*“Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; **sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo.**” (Negrilla y subraya fuera de texto).*

De conformidad con lo expuesto, luego de analizar el expediente digital, a folios 41 a 43 se avizora dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño, del 6 de septiembre de 2019, que califica la PCL del actor en 41,55% con fecha de estructuración 18 de abril de 1960; es decir, desde su nacimiento, de manera que para la fecha de terminación del contrato de trabajo del convocante, sin dubitación alguna, padecía limitaciones en su estado de salud conocidas por supuesto por el empleador desde el mismo momento de la vinculación y reiterada en el proceso de tutela adelantado en el año 2014, aun cuando la calificación se realizó con posterioridad a la desvinculación laboral del gestor del litigio, quien de todas maneras contaba con un examen médico de 10 de septiembre de 2013 (fl. 184) y certificado de aptitud laboral de 28 de mayo de 2018 (fl. 185) en los que se señala que el Sr. REALPE LÓPEZ, es “apto con limitación funcional” y “apto con restricciones”, respectivamente. Al margen de ello, como antes de mencionó, la decisión constitucional de 4 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales, se enfatizó en este tema cuando amparó las garantías invocadas y ordenó, luego de aceptar la condición de discapacidad del accionante, su reintegro basado en la protección especial regulada en la Ley 367 de 1997.

De esta manera, se cumple el segundo requisito para que se predique la estabilidad laboral reforzada a su favor, por cuanto demostró que, para la fecha en que el llamado a juicio finaliza el contrato de trabajo, padecía problemas de salud que le dificultaban desarrollar sus funciones y eran conocidos por su empleador y ello, de contera, exigía la autorización previa del Inspector del Trabajo para finiquitar tal vínculo contractual, pues así lo dispone el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que en el inciso 1º dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la limitación <discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación <discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación <discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.”*

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, en la que se señaló que el requerimiento de la

autorización de la Oficina de Trabajo para proceder al despido o terminación del contrato de trabajo debe entenderse como una “*intervención de la autoridad pública encargada de promover y garantizar el derecho al trabajo según el ordenamiento jurídico nacional e internacional vigente sobre estas materias, para corroborar la situación fáctica que describe dicha causa legal de despido y proteger así al trabajador.*”

Sin embargo, la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, así como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL679-2021, indicaron:

“...la Corporación tiene establecido que dicha protección tiene como finalidad disuadir los despidos discriminatorios fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador. De modo que es legítima la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador que no obedezca a la situación de discapacidad del empleado sino a una razón objetiva.

(...)

Conforme al anterior precedente judicial², el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio del Trabajo para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral, cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva como lo es una justa causa de despido. (Negritas y subrayas fuera de texto)

Advertido lo anterior, le corresponde al Juez Plural, antes de tomar una decisión frente a la reclamación del trabajador, verificar si la demandada desvirtuó la presunción de despido injusto, demostrando la razón aducida como justa para romper el vínculo contractual laboral.

2.2.2. DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO PRESUNTIVO COMO JUSTA CAUSA PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO, INVOCADA POR LA DEMANDADA

Puestos en esta tarea, parte la Sala por señalar que el escrito inicial se tuvo por no contestado, por lo que en principio se constituye un indicio grave en su contra, de conformidad con el artículo 31 del C.P. del T. y de la S.S., de manera que la justa causa aducida y avalada por la jueza cognoscente se plasma en la respuesta a la reclamación administrativa de 4 de abril de 2019 (fl. 30 – 32): “*El contrato de trabajo del señor Luis Alberto Realpe López termino por una causal objetiva y esto es la*

² SL1360-2018 de la Corte Suprema de Justicia.

expiración del plazo pactado o presuntivo, además la entidad cumplió con la notificación de preaviso tal como lo ordena el decreto 2127 de 1945 reglamentado a su vez por parte del decreto 1083 de 2015, razón por la cual no se puede predicar la terminación del contrato sin justa causa”.

Ahora, respecto de la causal de vencimiento del plazo pactado o presuntivo aducido por EMPOOBANDO E.S.P., es viable traer a colación la sentencia SL2586 de 2020 de la M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en las que si bien se refiere a contratos a término fijo, también realiza un estudio profundo respecto de la referida causal, así:

“La causa objetiva o principio de razón objetiva es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad. Por tanto, la causa objetiva no necesariamente coincide con las causas jurídicas de terminación de los contratos de trabajo.

En los contratos a término fijo, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y no lo es, porque **es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato esta permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo. Tan es así que, de no existir el preaviso o la decisión unilateral de no seguir con el vínculo, el contrato a término fijo se prorroga indefinidamente. Es decir, la terminación del contrato por vencimiento del plazo no es un suceso natural que ocurra por sí solo; antes, media la expresa voluntad de alguna o de ambas partes, en caso contrario, continua en vigencia el vínculo laboral.**

(...) Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118-2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».

Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. **Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de**

Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adocina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados. Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial; solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminatoria. Subrayas y negrilla de la Sala

Dicho lo anterior, observa esta Sala de Decisión que erró la jueza de primer orden al tener como probada la justa causa de terminación del vínculo invocada por la demandada, esto es, la “*expiración del plazo pactado o presuntivo*”, en primer lugar porque no invirtió la carga probatoria que competía a la convocada a fin de que probar su buen actuar en la finalización de la relación contractual del actor y, en segundo lugar, porque EMPOOBANDO E.S.P. no se ocupó de demostrar de manera suficiente y creíble la objetividad del despido, más allá del simple cumplimiento de la condición, correspondiente al vencimiento del plazo presuntivo, tal como lo señala nuestro Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional, toda vez que si bien la causal invocada resulta legal, no es justa.

Así, a juicio de este Cuerpo Colegiado y compartiendo la postura del delegado del Ministerio Público, se considera que el actor cumplió con el deber al demostrar los supuestos de discapacidad y conocimiento del empleador de la misma, mientras que el demandando no cuenta con medios probatorios suficientes que permitan derruir la estabilidad que le cobija al Sr. REALPE LÓPEZ, en tanto los testimonios y el interrogatorio rendido -en los que se manifestó que la terminación del vínculo se derivó de una persecución sindical de la época y no por razones de discriminación- no alcanzan tal cometido, pues a juicio del Sr. ANDRÉS MAURICIO CABRERA, quien acude en calidad de presidente del sindicato de la entidad, manifestó que existió denuncia y posterior sanción por malas prácticas en contra de la libertad de asociación, lo que llevaría a los testigos a pensar que esa fue la verdadera razón para la finalización del contrato de trabajo.

Adicionalmente, tal como lo señala el alzadista por activa, la confesión a la que se alude en la decisión recurrida no cumple con los requisitos para su configuración, pues de conformidad con el artículo 191 del C.G.P., aplicable al proceso laboral por remisión normativa, esta figura requiere: “1. Que el confesante tenga

capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado (...) 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento”, siendo que la causa de terminación del contrato únicamente la conoce el empleador y es él quien debe probarla.

En consecuencia, la causa justa de terminación del contrato no fue acreditada por la empresa demandada.

2.2.3. DEL REINTEGRO Y SUS CONSECUENCIAS PRESTACIONALES

Por las anteriores razones, la Sala concluye que al no desvirtuarse la presunción de despido injusto, el Sr. LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ efectivamente se arroja de la estabilidad laboral reforzada que consagra el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, por tanto, el convocado a juicio debió obtener, de manera previa, la autorización del Ministerio del Trabajo para terminar el contrato laboral con el demandante. Como ello no ocurrió, el despido se torna ineficaz y procede su reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba al momento de despido o a uno de superior jerarquía, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios), así como los aportes al Sistema General de Seguridad Social dejados de percibir, debidamente indexados.

No sigue la misma suerte el pago de vacaciones, porque las mismas no corresponden a una prestación social sino a un descanso remunerado, al que no tienen derecho el demandante durante el tiempo que permaneció cesante; tampoco al auxilio de transporte, pues en este interregno no incurrió en ningún gasto por este concepto.

Así mismo procede el pago de la indemnización especial por despido en estado de protección, pues así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL6850-2016:

“Por último, en torno a la procedencia del reintegro y la indemnización de 180 días de salario, dicha consecuencia responde a la constitucionalidad condicionada del artículo 26 de la Ley 361 de 2007, que dispuso la Corte Constitucional en la sentencia C 531 de 2000, según la cual la referida disposición es exequible «...bajo el entendido de que el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva

autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria.»

En consecuencia, por los 180 días de salario la convocada a juicio pagará la suma de \$4.687.452 calculado sobre la suma de \$781.242, como salario reportado en el certificado de aportes de la plataforma “APORTES EN LÍNEA” para el año 2018 (fl.169 PDF 01).

2.2.4. COSTAS PROCESALES DE PRIMERA INSTANCIA

Dadas las resultas del proceso, se impondrán costas de primera instancia a cargo de EMPOOBANDO E.S.P. y a favor del demandante LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ, fijando las agencias en derecho en \$3.000.000, que serán liquidadas en de manera concentrada, como lo ordena el art. 366 del C. G. P.

2.3. COSTAS PROCESALES DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme lo resuelto y de conformidad con lo regulado en el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, no se impondrán costas en esta instancia por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, objeto de apelación por activa, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar:

“PRIMERO. DECLARAR que la terminación del contrato de trabajo del Sr. LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ, que se produjo el 30 de junio de 2018, por parte de la demandada EMPOOBANDO E.S.P. es ineficaz, en tanto se omitió la autorización respectiva del Ministerio de Trabajo, debido a la condición de debilidad manifiesta en que se encontraba el demandante.

SEGUNDO. CONDENAR a EMPOOBANDO E.S.P. a reintegrar sin solución de continuidad, al Sr. LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ al cargo que ocupaban al momento

del despido o a uno de igual o superior jerarquía. En consecuencia, EMPOOBANDO E.S.P. pagará los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios) debidamente indexadas, desde el 30 de junio de 2018 hasta que se produzca el reintegro.

TERCERO. CONDENAR a EMPOOBANDO E.S.P., a pagar a la administradora de fondos de pensiones, a la que esté o estuvo afiliado el actor, los aportes dejados de sufragar desde el 30 de junio de 2018 hasta el reintegro y en adelante mientras subsista el contrato.

CUARTO. CONDENAR a EMPOOBANDO E.S.P., a pagar al demandante por concepto de indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días de salario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la suma de CUATRO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$ 4.687.452), suma que se deberá indexar al momento en que se efectúe el pago.

QUINTO. CONDENAR en costas de primera instancia a la demandada EMPOOBANDO E.S.P., en cuantía equivalente a \$ 3.000.000 a favor del demandante LUIS ALBERTO REALPE LÓPEZ, por concepto de agencias en derecho, que serán liquidadas en de manera concentrada, como lo ordena el art. 366 del C.G. del P.

SEGUNDO. SIN LUGAR A CONDENAR en COSTAS de esta instancia por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2019-00256-01 (303)

ACTA No. 551

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **EDGAR ALIRIO ROSERO AUX** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS promovido por PORVENIR S.A., y que su afiliación al primero de estos regímenes no ha tenido solución de continuidad. Solicita, en consecuencia, que la AFP demandada traslade todos los valores de la cuenta de ahorro individual integrada por los aportes pensionales con sus frutos e intereses, gastos de administración, aportes al fondo de solidaridad y primas de seguros previsionales; y, COLPENSIONES reciba tales conceptos para que se reflejen en su historia laboral. Requiere, además, el pago de la multa establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y la pensión de vejez a cargo de la administradora del régimen público, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 5 de octubre de 1960, cotizando para pensiones ante el extinto ISS desde el 11 de agosto de 1983; que sin mediar asesoría idónea fue trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con efectividad mediante formulario del 7 de diciembre de 2001; que el fondo privado, en proceso de

simulación, le indicó que a los 62 años alcanzaría una pensión de \$1.293.100 cuando de permanecer en el RPM aspiraría a una pensión de aproximadamente \$4.138.700; que el 7 de febrero de 2019, radicó petición ante COLPENSIONES solicitando retornar sin solución de continuidad al RPM, pero le fue denegado. Expone, por último, que el 8 de febrero de 2019 presentó igual solicitud ante PORVENIR S.A., con respuesta negativa.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna, a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, considera que el traslado de régimen del promotor de la Litis tiene plena validez, más aún cuando existen comportamientos que demuestran el deseo del demandante de pertenecer al RAIS como el hecho de permanecer afiliado por cerca de 20 años. Advierte que la solicitud de retorno del actor al RPM no cumple con los requisitos y por ello no es posible recibir los aportes realizados. Con fundamento en ello formuló varias excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa”, “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “falta del derecho para pedir, por ostentar una situación pensional consolidada, “ausencia de vicios en el traslado”, “buena fe”, “prescripción”, “imposibilidad de condena en costas”, “imposibilidad de intereses moratorios”, “la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia o nulidad de traslado”, “petición antes de tiempo”,* entre otras.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por su parte, expone que la decisión de traslado del demandante fue libre y voluntaria después de brindarle la asesoría e información disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras, sin que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS buscara la posibilidad de regresar al RPM. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada.

Finalmente interviene el Ministerio Público para exponer que, de conformidad con la jurisprudencia, el presente asunto se debe plantear desde la óptica de la ineficacia,

siendo la AFP demandada quien debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, amplia y oportuna para garantizar, de esa manera, que el afiliado contó con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia, inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Solicita practicar interrogatorio de parte al demandante.

1.2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, en audiencia de juzgamiento celebrada el 20 de mayo de 2022, siguiendo el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, declaró la INEFICACIA del traslado de régimen pensional del demandante ante la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, efectuado el 7 de diciembre de 2001. Declaró, en consecuencia, que para todos los efectos legales el accionante continuará en el RPM conservando los beneficios que éste ofrece, por lo que condenó a la administradora del RAIS a trasladar a COLPENSIONES y a éste a recibir, la totalidad de las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y utilidades, así como el porcentaje de gastos de administración, debidamente indexado y, en el evento de que los dineros trasladados no sean suficientes para financiar la pensión, la AFP administradora del RAIS asumirá tal merma con sus propios recursos. Por último, las excepciones propuestas por las llamadas a juicio se tuvieron como no probadas, salvo la imposibilidad de condena en costas en favor de COLPENSIONES y la ausencia de daño e inexistencia de daño invocada por PORVENIR S.A, condenando en costas a esta última entidad.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA PORVENIR S.A.

Inconforme con esta determinación, quien representa los intereses judiciales de PORVENIR S.A., solicita al Juez Colegiado revocar la decisión y, en su lugar, absolver a su mandante de las condenas impuestas, incluidas las costas. Sustenta su recurso en que es procedente y así deberá declararse, la prescripción de carácter civil respecto de la acción que dio inicio a este proceso, toda vez que, insiste, el objeto y la fijación del litigio se circunscribieron a determinar la existencia, validez o ineficacia del acto jurídico de afiliación, que efectivamente existió y produjo efectos durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado, haciendo aportes y recibiendo rendimientos financieros en la cuenta individual y, desde luego, la administradora haciendo uso del

derecho legal de cobro de la cuota de administración por el trabajo desarrollado y la producción de esos beneficios.

Agrega que la prueba aportada resulta insuficiente para demostrar que la falta de información a la que se refiere la demanda fue la única circunstancia que dio lugar a la afiliación, contando únicamente con un interrogatorio que refiere lo que le conviene respecto de las circunstancias que rodearon el traslado, que era con la que se contaba a la fecha del traslado desconociendo otros aspectos más importantes que no merecieron ningún tipo de estudio dentro del proceso, como el hecho de que el demandante trabajaba para una entidad financiera y conocía el funcionamiento de las filiales para la que trabajaba, una de ellas, Porvenir S.A., a la que ahora está demandando.

Enfatiza en la afectación del principio de congruencia en la que se incurre con la decisión atacada, en tanto si no hay acto jurídico eficaz y el actor nunca salió del RPM, tampoco hay lugar a devolver los rendimientos ni la cuota de administración o demás consecuencias económicas, pues ellos se generaron gracias a una gestión adecuada, profesional y seria de su representada que, sin duda, se refleja positivamente en la cuenta individual del accionante y que a la luz del Código Civil se trata de mejoras debidamente regladas, por lo que no es posible retrotraer las cosas al estado anterior, trasladando todas las sumas declaradas.

Resalta el desequilibrio procesal en cuanto a la valoración de la prueba, pues de conformidad con el análisis jurisprudencial efectuado por el juez cognoscente, el solo dicho del demandante garantiza el éxito de sus pretensiones, sin que las manifestaciones de la entidad demandada merezcan consideración alguna.

Finalmente refiere que no se debe imponer condena alguna a su apoderada por costas procesales, por cuanto estas resultan improcedentes y excesivas, sin considerar que la entidad privada siempre actuó de buena fe y con apego a la Constitución, a la Ley y conforme a las buenas prácticas comerciales y contractuales.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES

El apoderado judicial de la administradora del RPM expone su desacuerdo en procura de que se revoque el fallo de primer orden, con iguales argumentos esbozados desde la contestación de la demanda y los alegatos de conclusión, aduciendo que en el

particular no se demostró una indebida información o engaño por parte de PORVENIR S.A., pues además existe una ratificación del deseo de permanencia en el RAIS. Expone, que el demandante no es un afiliado lego, porque si bien no es experto en el manejo del sistema pensional, si cuenta con estudios superiores y podía obtener información sobre los efectos del cambio de régimen en cualquiera de las entidades demandadas, pero no lo hizo, demostrando con ello su satisfacción con la escogencia del régimen pensional.

Por último, manifiesta que, aunque los fondos privados trasladen a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, los rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, se genera una afectación al sistema pensional con la consecuente descapitalización del sistema, toda vez que deberá asumir la situación pensional de una persona que no ha contribuido al sistema y tampoco asumió los riesgos de estar afiliado al RPM.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por las partes demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66 A del C.P.L. y S.S. (mod. por el art. 35 de la ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público pensional, por cuanto la decisión adoptada por la falladora de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se presentaron - vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 5 de agosto de 2022.

El apoderado judicial de la llamada a juicio PORVENIR S.A. insiste en la revocatoria del fallo proferido, acudiendo al análisis realizado desde la contestación de la demanda

respecto de la ineficacia del traslado, oponiéndose, además, a la condena en costas por considerarlas improcedentes, en razón a que siempre obró de buena fe y con apego a la Constitución y la Ley.

Por su parte COLPENSIONES, manifiesta a través de su agente judicial, que se ratifica en las razones de defensa esbozadas en la contestación de la demanda, por lo que solicita declarar probadas las excepciones de fondo que conducirán a la exoneración de las condenas impuestas en primera instancia.

Interviene, igualmente, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión para solicitar que la decisión impartida en primera instancia sea confirmada en cuanto declaró la ineficacia del traslado; no obstante, pide modificarla para ordenar a la administradora del RAIS que la devolución de los recursos comprenda, además, el porcentaje destinado al pago de primas de seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y el destinado a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por la operadora judicial de primera instancia, quien declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional del demandante del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A.? ii) ¿Igualmente se ajusta al ordenamiento jurídico la declaratoria de ineficacia y el consecuente retorno del actor al RPM, la devolución de los dineros depositados en su cuenta individual, además de los rendimientos financieros y gastos de administración, así como la distribución de la carga de la prueba? Por último, iii) ¿Se ajusta a derecho la condena en costas impuesta a cargo de PORVENIR S.A.?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO

En torno a esclarecer el punto toral que ocupa la atención de esta Sala, se anticipa que la postura argumentativa que afianza la decisión de primera instancia será avalada parcialmente en esta instancia, por ajustarse a las orientaciones que trazaron las sentencias de unificación e integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación y Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia de 22 de septiembre de 2008, radicación 31.989, 31.314

de la misma fecha y replicada con algunas precisiones especiales en las sentencias relevantes SL 12136-2014, SL9519-2015, CSJ SL17595-2017, SL1452-2019, SL1421-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL5031-2019 y SL4360-2019, Radicación No. 68852 del 9 de octubre de 2019, con ponencia de la Mg. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, hasta la actualidad en sentencia de instancia SL4811-2020 y SL373-2021, SL4025 y SL4175 de 2021, acogidas como propias por esta Sala de Decisión Laboral.

En ellas se adoctrina, en lo esencial, lo siguiente:

1. El deber de las administradoras del RAIS, desde su creación, era ilustrar a sus potenciales afiliados, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, con información cierta, transparente, precisa y oportuna sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, a fin de que pueda elegir de entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria precedida del respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

En otras palabras, era obligación de las administradoras de este régimen desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, artículos 13 literal b), 271 y 272 y con el Decreto 693 de 1993, numeral 1º modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 (disposiciones relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal) y aún lo es, incluso con mayor rigor, garantizar que el usuario, antes de tomar esta determinación de traslado, comprenda las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada una de los regímenes pensionales, lo que incluye hacerle conocer la existencia de unos beneficios de transición y su eventual pérdida. En suma, era de su cargo hacerle conocer toda la verdad, evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, sin que en ningún caso ésta se entienda surtida con el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación.

2. La reacción del ordenamiento jurídico a la omisión de tal obligación es la *ineficacia*, en sentido estricto, o la exclusión de todo efecto del acto de traslado. Dicho de otra manera, cuando un acto se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (*ad substantiam actus*) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales, carece de existencia ante el derecho, no tiene

vida jurídica o no produce ningún efecto y por tanto, conforme lo dispone el art. 1746 del Código Civil, aplicable por analogía a la ineficacia, “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...)”.

Es por ello, que 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 de la inexistencia.

Así lo determinó en forma expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que en su tenor literal expresa: «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto». Igual respaldo normativo encuentra esta institución en los artículos 272 de la norma en cita, 13 del C.S.T. y 53 de la Constitución Política.

3. La consecuencia jurídica siempre es la misma “declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás” (CSJ SC3201-2018) y por ello, deben los fondos privados de pensiones trasladar al RPM a cargo de Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación o traslado del o la afiliada, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el ya citado artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Tal precepto regula las restituciones mutuas en el régimen de las nulidades y por analogía es aplicable a la ineficacia.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás; es decir, con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible o cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones tendientes a resarcir o compensar de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones y,

si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Las entidades del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad quedan igualmente obligadas a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, replicada en la sentencia CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019, entre otras). Igualmente se obliga a restituir el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y los recursos destinados al fondo de garantía mínima previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514de 2021.

4. Con relación a la carga de la prueba en asuntos de esta naturaleza, les corresponde a las administradoras de pensiones acreditar ante las autoridades administrativas y judiciales que cumplieron con el deber de asesoría e información, pues invertir esta figura procesal contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

En efecto, si el afiliado asegura que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca, lo cual se acompasa con la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, las negaciones indefinidas no requieren prueba; igualmente, en el artículo 1604 del mismo compendio sustantivo, para indicar que le corresponde a la administradora del RAIS acreditar la prueba de la diligencia o cuidado porque es ella quien ha debido emplearlo (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019).

5. Finalmente, para que opere la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información, no se requiere contar con una expectativa pensional o derecho causado, tampoco ser beneficiario del Régimen de Transición por tratarse de un derecho a la Seguridad Social y, por lo tanto, de carácter intangible, imprescriptible, irrenunciable e inalienable.

Pues bien, bajo tales premisas, este Cuerpo Colegiado itera que la selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional frente a la lógica de los sistemas públicos y privados con sus características, ventajas y desventajas, además de las consecuencias del traslado, en tanto la transparencia es una norma de diálogo que impone de éste la verdad objetiva, de tal suerte que su trasgresión le resta cualquier efecto jurídico al traslado de régimen como claramente lo advierten, además, los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993.

2.2.2. CASO CONCRETO

Aclarado lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que, en efecto, el fondo de pensiones ahora convocado a juicio, PORVENIR S.A., no cumplió con el deber de brindar información clara, completa y comprensible al demandante Sr. EDGAR ALIRIO ROSERO AUX, o al menos no lo demostró en la presente causa, en tanto no aportó ningún elemento de convicción que permita siquiera inferir que en el proceso de traslado pensional y en todo el tiempo que estuvo afiliado a la administradora a cargo del RAIS, le ilustrara con información clara, completa, comprensible y suficiente acerca de la trascendencia de tal decisión, no solo con proyección o cálculos objetivos sobre su futuro pensional, sino además y con mayor énfasis, en las características de uno y otro régimen, con explicación de sus ventajas y desventajas sobre las cuales estructurara libremente su convencimiento.

Ello, en criterio de este Cuerpo Colegiado, resulta suficiente para adoptar una decisión como la que ahora se revisa, contrario a lo increpado por las alzadistas por pasiva, porque en todo caso la carga probatoria frente al cumplimiento del deber de información le corresponde a las sociedades administradoras demandadas, no por capricho del director judicial sino porque así lo delineó, de manera clara y reiterativa, Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en materia laboral, como se explicó en líneas que preceden (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019), como un principio de equilibrio para la parte débil de la relación contractual, quienes indubitablemente, por su inexperiencia en el tema, se encuentran en una seria desventaja.

En este orden, le basta al demandante afirmar que no recibió la información clara, completa y comprensible, o mejor, que se le trasgredió el derecho a la libertad

informada, para que, a voces de la autoridad judicial en la materia, se entienda la existencia de un supuesto negativo indefinido, que en los términos del artículo 1604 del Código Civil Colombiano, no requiere de prueba. Contrario a ello, la demandada PORVENIR S.A incumplió con su doble obligación, vigente para ese momento. Por una parte, de brindarle al Sr. ROSERO AUX la información que reúna estas características a la medida de quien tiene el conocimiento íntegro o probo del tema, como ya se indicó y por otra, la de asesorarlo llegando incluso, de ser el caso, a desanimarlo de realizar el traslado, si encontraba que tal decisión no le favorecía en su anhelo pensional futuro.

Es por lo expuesto y sin necesidad de mayores elucubraciones que por parte de esta Sala de Decisión se avalará la declaratoria de INEFICACIA del acto jurídico de traslado, suscrito por el accionante ante PORVENIR S.A. con formulario No. 01647040 del 7 de diciembre de 2001 (fl. 53 PDF 17) y efectividad a 1° de febrero de 2002, según el certificado de ASOFONDOS (fl. 54), determinación que implica privar este acto jurídico de todo efecto práctico bajo la ficción jurídica de que nunca se realizó, más bien, el demandante siempre estuvo afiliado al RPMPD al cual se vinculó válidamente el 11 de agosto de 1983 a través del extinto ISS, hoy a cargo de COLPENSIONES en forma exclusiva, con la posibilidad de acceder a los beneficios pensionales que el sistema ofrece.

Así las cosas, lo que sigue como consecuencia lógica de las anteriores argumentaciones es declarar, como acertadamente lo hizo la operadora judicial de primer grado, que PORVENIR S.A. – SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-, actual administradora pensional, tiene la obligación de trasladar a la ejecutoria de la presente decisión y sin dilación alguna, con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media, la totalidad de los dineros depositados en la cuenta individual del actor, junto con los rendimientos financieros y utilidades obtenidos a lo largo de su permanencia en el RAIS, los bonos pensionales (si hay lugar a ellos) y demás sumas de dinero recaudadas; y a cargo de COLPENSIONES, la de recibirlos y actualizar, en lo pertinente, la historia laboral como si esta movilidad del sistema pensional no se hubiere realizado jamás.

Igualmente se le ordenará a la demandada PORVENIR S.A., devolver ante COLPENSIONES, debidamente indexados, el porcentaje de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los recursos destinados al fondo de garantía mínima y los

gastos de administración y/o comisiones, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el demandante permaneció afiliada a dichos fondos, por encontrarse ajustado a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus últimos precedentes jurisprudenciales SL2877-2020 SL782, SL1008 y SL5514 de 2021. Así mismo, se precisará que, al momento de cumplirse esta orden, *“los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores y el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”* como lo indicó nuestro órgano de cierre en la última sentencia citada y en la SL 3719 de 2021. En este sentido, se adicionará el numeral segundo de la sentencia objeto de estudio.

Se avala igualmente la orden de reconocer la diferencia o merma, entre el valor total que debe trasladar la demandada PORVENIR S.A. y el que debería existir en la cuenta global a cargo de COLPENSIONES, si el actor hubiese permanecido en él, por cuanto la omisión en sus deberes de información y debida asesoría fundó la declaratoria de ineficacia del acto jurídico de traslado que ahora concita la atención del Juez Plural (art. 963 Código Civil y sentencia S31989 de 2008), sin que el convocante a juicio ni el fondo administrado por COLPENSIONES deban asumir detrimento económico alguno por este concepto.

Con ello se desata sin éxito la inconformidad enrostrada por el fondo privado PORVENIR S.A., quien considera que al devolver los rendimientos financieros no procede el reintegro de los gastos de administración ni ninguna otra consecuencia económica, porque como se insiste a lo largo del presente proveído, ello es el resultado de una omisión legal que conlleva, indefectiblemente, resultados adversos a sus intereses. En todo caso, la orden general de devolver los recursos de la cuenta individual del accionante al RPM, lejos de generar debacle o afectar la sostenibilidad financiera del régimen pensional a cargo de COLPENSIONES, lo refuerza, pues el demandante cuenta con los propios recursos para socorrer su derecho pensional futuro, mismos que el propio sistema prevé a través de las cotizaciones, bonos pensionales, entre otros.

Finalmente, para ahondar en razones que amparen el derecho a la Seguridad Social del demandante, lógico resulta enfatizar en que es deber de PORVENIR S.A., en el caso bajo estudio, demostrar que cumplió con sus cabales obligaciones como administradora pensional al momento en el cual se tomó la decisión de trasladarse

del RPM al RAIS y no después, sin que tal obligación se trasponga en cabeza del afiliado, ni siquiera tratándose de un profesional con capacidad de determinar las consecuencias de un contrato, porque efectivamente se trata de un acto específico que exige conocimientos especializados. Así lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3349 de 28 de julio de 2021, con ponencia del Mg. Dr. Luis Benedicto Herrera Díaz, cuando expuso: *“La afirmación sobre la profesión del reclamante tampoco tiene lugar, pues, ni aún trabajando en el sector financiero todos los administradores de empresas tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, como para de allí deducir una regla excluyente del deber del fondo de pensiones en ese sentido...”*.

Lo anterior tampoco implica vulneración a las previsiones del artículo 50 del C.P.T.S.S., ni a los principios de consonancia y congruencia consagrados en los artículos 66A del mismo compendio y el 281 del C.G.P., pues si bien en el escrito inaugural se omitió pedir que se declaren todas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen, luego de realizar un análisis armónico, en la forma planteada en la sentencia SL911-2016, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, para este Juez Colegiado el fin último perseguido por el demandante es alcanzar, a futuro, una pensión de vejez acorde con el ingreso base de cotización, no siendo razonable que asuma los efectos negativos de las falencias en el proceso de traslado de régimen pensional. Así las cosas, en esta instancia no queda sino avalar tal conclusión, por encontrarla ajustada a derecho.

2.2.3. COSTAS PROCESALES PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, para resolver el recurso de alzada increpado por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., quien aduce que las costas resultan excesivas e improcedentes, de manera breve recuerda esta Sala como lo ha hecho en anteriores oportunidades, que conforme al criterio jurisprudencial que acompaña su conceptualización, éstas equivalen a los gastos que es preciso hacer para la declaratoria judicial de un derecho.

En todo caso, el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., aplicable en esta materia adjetiva laboral, acogió el sistema objetivo para su imposición y por ello, se imputa condena por este concepto a la parte que resulte vencida en el proceso, pierda el incidente por él promovido o se le resuelva desfavorablemente el recurso propuesto, salvo cuando se haya decretado en su favor el amparo de pobreza regulado en los

artículos 151 a 158 del C.G.P., que no es el caso.

Por esta razón, la condena impuesta en este sentido a cargo de la administradora del fondo pensional privado será confirmada, sin que resulte dable analizar su monto, pues a voces del artículo 366 del mismo compendio adjetivo, los recursos de reposición y apelación proceden contra el auto que aprueba las costas.

2.2.4. EXCEPCIONES

Por último, se confirmará la denegación de las excepciones de mérito propuestas por la entidad demandada COLPENSIONES, a favor de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, pues con ellas se buscaba enervar las pretensiones del demandante y ello en el sub examine no ocurrió. La misma suerte corre la de prescripción, pues contrario a lo reñido por el apoderado judicial de PORVENIR S.A., según lo ha manifestado nuestro máximo órgano de cierre jurisdiccional en sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, la pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado es meramente declarativa y como tal derecho forma parte de la Seguridad Social, es innegable su carácter irrenunciable e imprescriptible.

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme de desatan los recursos de apelación formulados por las traídas a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smimv; esto es, \$2.000.000, para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 20 de mayo de 2022, objeto de apelación y consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar de la cuenta individual de ahorros del demandante EDGAR ALIRIO ROSERO AUX a la cuenta global administrada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores depositados por concepto de cotizaciones, bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos o rendimientos causados, así como las cuotas de administración y/o comisiones, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, percibidas por la administradora del RAIS durante el tiempo que el actor permaneció en él, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. En todo caso, al momento de cumplir esta orden judicial, los conceptos serán discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique.

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma la asumirá la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y con cargo a sus propios recursos, de acuerdo al tiempo en que hubiere permanecido el actor en el fondo, como se indicó en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación por pasiva y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

TERCERO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a las demandadas PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, a favor de la parte demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$ 2.000.000 para cada una de ellas, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 523563105001-2018-00194-01 (552)

AUTO No. 554

San Juan de Pasto, cinco (5) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **NUVIA DEYANIRA PIARPUZÁN UNIGARRO** en contra de la **I.P.S. CUMBE SALUD E.U.**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante que se declare, por la vía ordinaria laboral, la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la IPS demandada, que rigió en dos periodos: desde el 20 de septiembre de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2010 y del 1º de mayo de 2013 hasta el 2 de agosto de 2017, fecha en la cual terminó el vínculo sin justa causa. Como consecuencia de tales declaraciones solicita se ordene el pago de las acreencias laborales con base en la última contraprestación económica mensual devengada \$1.490.000, indemnización por despido y demás sanciones enlistadas en el libelo genitor como principales y subsidiarias, junto con las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que prestó sus servicios personales como fisioterapeuta a favor de la I.P.S. CUMBE SALUD E.U., a través de un contrato verbal de trabajo desde el 20 de septiembre de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2010 y, posteriormente, desde el 1º de mayo de 2013 hasta el 2 de agosto de 2017, cumpliendo una jornada de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12 m. y de 2:00 p.m. a 6 p.m., horario que podía ampliarse conforme a las agendas programadas y el cual era asignado por la

representante legal de la demandada; que como contraprestación de sus servicios personales devengó para el año de terminación del vínculo la suma mensual de \$1.490.000.

Añade que, el 5 de junio de 2017, fue dictaminada con cuadros de dolor a nivel lumbar y antalgia, evidenciando por parte del galeno un periodo de evolución igual a un año, asimismo expone que el 13 de junio de 2017 fue diagnosticada con epistaxis, que generó incapacidad médica desde el 13 al 15 de junio de 2017; agrega que de conformidad con las autorizaciones de servicios de salud de 10 de agosto de 2017 y los exámenes de la clínica Hispanoamérica del 30 del mismo mes y año, se evidenció una luxación congénita de cadera no especificada.

Finalmente, indica que el 1º de agosto de 2017, la demandada le envió comunicación escrita poniendo fin a su contrato de trabajo, en forma unilateral y sin que medie justa causa, mencionándole que podrá prestar sus servicios hasta el día siguiente, pese al conocimiento de su condición de salud, sin la autorización del Ministerio del Trabajo ni el reconocimiento de acreencias laborales.

1.1. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó en debida forma a la I.P.S CUMBE SALUD E.U., contestada en forma oportuna a través de apoderado judicial, quien se opuso a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, aceptando la prestación de los servicios de la actora en favor de la entidad como fisioterapeuta; empero, advierte, que desde el 13 de septiembre de 2006 la demandante fungió como socia de industria de la IPS aportando, como capital, bienes muebles y su trabajo y a partir del mes de enero de 2007, de forma concurrente a su calidad de socia prestó sus servicios como profesional, con solución de continuidad, que se prolongó hasta su retiro voluntario el 30 de septiembre de 2010. Por otro lado, indica que la prestación de servicios inició, nuevamente, con solución de continuidad, entre el 13 de enero al 18 de diciembre de 2015, del 12 de enero al 19 de diciembre de 2016 y desde el 16 de enero al 2 de agosto de 2017.

Refiere que la prestación de servicios fue de manera autónoma e independiente, pues el agendamiento y horario de atención a los pacientes estaba al arbitrio de la demandante con su auxiliar de atención al usuario, de acuerdo con su disponibilidad de tiempo, en donde la entidad demandada solo verificaba el número de pacientes

atendidos a fin de realizar el pago de los honorarios convenidos. Aduce que, si bien la entidad demandada dispone de bienes muebles, equipos de oficina y demás elementos para las terapias de habilitación y rehabilitación, lo cierto es que la demandante siempre utilizó sus propios equipos y elementos de trabajo para la prestación del servicio.

Respecto de la situación clínica que la accionante aduce haber padecido, señala que no tuvo conocimiento y si se admitiera el supuesto de que su estado de salud fue conocido, la demandante no estaba llamada a ser beneficiaria de la estabilidad ocupacional reforzada, pues no se aporta algún elemento de juicio que permita establecer que su grado de discapacidad haya sido moderado, severo o profundo.

Expone, que el 1º de agosto de 2017 comunicó a la actora su voluntad de prescindir de sus servicios como fisioterapeuta, teniendo en cuenta que de tiempo atrás venía tolerando su “actitud displicente” ante la negativa de formalizar su relación contractual, además, dejó de prestar sus servicios como fisioterapeuta del 10 al 19 de junio de 2017, del 20 de junio al 2 de agosto de esa misma anualidad dispuso prestar sus servicios únicamente en horas de la mañana y, finalmente, de detectaron una serie de irregularidades en el diligenciamiento de las historias clínicas.

Con base en ello formuló las excepciones de mérito denominadas “*inexistencia de un contrato de trabajo*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*cobro de lo no debido*”, “*ausencia de subordinación y dependencia entre socios en un contrato de sociedad de hecho*”, “*buena fe*”, “*prescripción*”, y la “*innominada*”.

1.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en decisión fechada del 12 de noviembre de 2021, la directora judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales declaró probada la excepción de mérito propuesta por pasiva denominada “INEXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO ANTE LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD DE HECHO” en el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 2006 y el 30 de septiembre de 2010, no probadas las formuladas frente al periodo 1º de mayo de 2013 al 2 de agosto de 2017 y parcialmente probada la excepción de prescripción. A su vez, declaró que en los periodos comprendidos entre el 13 de enero y el 18 de diciembre de 2015, 12 de enero al 19 de diciembre de 2016 y entre el 16 de enero al 2 de agosto de 2017, existieron

relaciones de carácter laboral entre la demandante y la I.P.S. CUMBE SALUD E.U. En consecuencia, condenó a la convocada a pagar a favor de la demandante el auxilio de cesantías con sus intereses, prima de servicios, compensación de vacaciones no disfrutadas, indemnización moratoria y el cálculo actuarial por los periodos laborados. Finalmente, condenó a la demandada al pago de las costas procesales.

Para arribar a tal conclusión, la juez cognoscente estableció que de acuerdo con los documentos aportados y al interrogatorio de parte de la accionante se infiere que, frente al primer periodo reclamado, existió una sociedad de hecho entre la demandante y la entidad demandada, por lo que se denegaron las pretensiones de carácter laboral. Frente al segundo interregno, del 1º de noviembre de 2013 al 2 de agosto de 2017, expone que los testimonios y las pruebas documentales dan cuenta de actos que implican subordinación de carácter jurídico, sujeta al cumplimiento de las directrices de la empresa, sin que la entidad llamada a juicio en condición de empleadora desvirtuara la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., confirmando además que el salario devengado correspondió a la suma de \$1.490.000. Finalmente, respecto a los extremos temporales, consideró tomar tres relaciones laborales independientes, pues la prueba testimonial da cuenta de que al final de cada año y principios del siguiente, la I.P.S. demandada permanecía cerrada, situación que también fue confirmada por la propia demandante en su interrogatorio de parte.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA

Inconforme con tal decisión, quien representa los intereses judiciales de la I.P.S. CUMBE SALUD E.U., pretende de este Cuerpo Colegiado su revocatoria, manifestando para ello que existe una indebida valoración probatoria específicamente de los testimonios de DOLLY VIVIANA CHAMORRO, NELSI LORENA ACOSTA, DIANA CAROLINA ARCOS, MARÍA FABIOLA GUZMÁN, ALBA ESTEFANÍA MÉNDEZ, LEIDY CAROLINA PISMAG y KATERINE DEL CARMEN FIGUEROA, testigos traídos por activa y por pasiva, con quienes se desvirtuó la subordinación y la autonomía en el ejercicio de la profesión, además de la necesidad de coordinación para el correcto funcionamiento de la entidad.

Respecto de la prestación personal del servicio, indica que esta se realizó de manera autónoma, sin el cumplimiento de un horario de trabajo y con los implementos de la demandante, agregando que la atención de los pacientes obedecía al agendamiento que cada profesional ajustaba a sus necesidades.

Refiere, finalmente, que la terminación del contrato se dio por incumplimiento de las funciones establecidas, cuando la demandante manifestó, incluso al representante legal de la entidad y a otros contratistas de la I.P.S., su deseo de no continuar con la prestación de sus servicios como fisioterapeuta, de manera que se dio un mutuo disenso respecto del último contrato de prestación de servicios suscrito de manera verbal.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación por pasiva, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la ley 2ª. de 1984 y 66A del C.P.T y de la S.S, modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001, que regulan el principio de consonancia.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1º. Del Decreto 806 de 2020, se recibió -vía electrónica- según constancia secretarial de 23 de agosto de 2022, la intervención de la representante de la demandante, quien solicita confirmar integralmente la sentencia de primer grado, toda vez que dentro del proceso se demostró que la actora prestó sus servicios a la demandada, en los extremos temporales establecidos, bajo continua subordinación y con un salario de \$1.490.000 como contraprestación, existiendo así, un verdadero contrato de trabajo a término indefinido.

CONSIDERACIONES

Con base en lo que antecede, le corresponde a esta Sala de Decisión desatar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se acreditan en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo, los elementos estructurantes reseñados en el artículo 22 y 23 del C.S.T.; o por el contrario, como lo aduce la convocada a juicio, con la prueba testimonial arrojada al proceso se desvirtuó la subordinación ejercida por la I.P.S CUMBE SALUD E.U. frente a la actora y la consecuente autonomía en el ejercicio de sus funciones?

2.2. SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

En torno a dirimir la presente causa, advierte la Sala, primigeniamente, que en virtud del art. 167 del C.G.P. aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el art. 145 del C.P.L. y S.S., es deber de la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y de la parte convocada, aquellos en los cuales estructuran su defensa.

En este orden, le corresponde a la accionante demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que prestó personalmente el servicio a favor de quien convocó a la presente causa litigiosa como empleadora, que el mismo tenía el carácter de subordinado y que percibía a cambio una remuneración, como lo exigen los artículos 22 y 23 del C. S. T., aun cuando conforme al art. 24 del mismo compendio sustantivo, bastará probar el primer elemento, esto es, la prestación personal del servicio, para que por ley se presuma su existencia; pero además, su vigencia en el tiempo, ya que a partir de ahí se imponen las respectivas condenas. A su turno, la convocada a juicio tiene la carga de desvirtuar esta presunción legal, acreditando que el vínculo se desarrolló por fuera de los lineamientos laborales y en todo caso, desprovisto de cualquier rasgo de subordinación o dependencia.

Bajo tal escenario, es preciso reiterar por parte del Juez Colegiado, como ya se ha hecho en innumerables oportunidades, que el principio constitucional de primacía de la realidad se edifica como derecho sobre realidades y verdades en conexión entre el respeto a la dignidad humana y la justicia social que envuelve el trabajo. Tal principio le permite al operador judicial gratificar la realidad de los hechos sobre lo que se pueda observar en documentos o escritos rubricados por las partes e incluso en su misma voluntad, derivada quizá de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, permitiendo en consecuencia establecer la existencia de una relación laboral y con ello, el amparo por los derechos y prerrogativas que de ésta se desprenden, de carácter irrenunciable, en favor de los trabajadores.

Tal protección se consagra no solo en el art. 53 constitucional, sino que es objeto primordial del Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 1º. y 13º, en la recomendación número 198 expedida en el año 2006 por la Organización Internacional del Trabajo, que en virtud del bloque de constitucionalidad contenido

en el artículo 93 de nuestra Carta Magna se incorpora a nuestro catálogo de derechos y prerrogativas.

Es que, recuérdese, el papel del juez al momento de abordar el estudio de esta clase de contiendas, es escudriñar la verdad real, la que se oculta en el manto de las figuras manipuladas sin quedarse en el confort de aquella que las partes deliberadamente hacen ver en la actuación judicial.

Claro lo anterior, el Juez Plural, para desarrollar los puntos torales sobre los cuales gira la presente contienda litigiosa, abordará el estudio de los siguientes temas:

2.2.1. CONTRATO DE TRABAJO EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

Para abordar este primer punto, la Sala verificará si en la relación jurídica alegada por activa se configuran, de manera condigna, los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo contemplados en el artículo 23 del C.S.T.

a) Prestación personal del servicio

Este elemento toral de la relación jurídica que envolvió a los contratantes y ahora contendientes no se discute, pues se trata de un hecho aceptado por la convocada a juicio desde la contestación de la demanda, lo que constituye confesión por apoderada judicial, en tanto aceptó que la profesional NUVIA DEYANIRA PIARPUZÁN UNIGARRO, en el cargo de fisioterapeuta, atendió este servicio a cargo de la demandada I.P.S. CUMBE SALUD E.U. y tal situación se corrobora en la diligencia de interrogatorio de parte de la representante legal de la I.P.S., Sra. NELSI LORENA ACOSTA, quien dio cuenta que la promotora de la Litis prestó sus servicios como fisioterapeuta de la entidad. Adicionalmente, con la prueba testimonial arrojada al plenario, principalmente con la versión rendida por la Sra. MARÍA FABIOLA DEL SOCORRO GUZMÁN CANDO, testigo traída al proceso por la parte demandante y quien apoyó su gestión como asistente de enfermería, por lo que directamente las circunstancias que rodearon la relación que ahora se riñe.

Así las cosas, no hay discusión de que la Sra. PIARPUZÁN UNIGARRO en efecto prestó sus servicios en calidad de fisioterapeuta a favor de la traída a juicio, por lo que se presume la existencia del contrato de trabajo.

b) Subordinación

Demostrada como se encuentra la prestación personal del servicio, la Sala concentrará su atención en contrastar si la I.P.S. CUMBESALUD E.U. cumplió con su carga probatoria, conforme lo exige el ya mencionado art. 167 del C.G.P., correspondiéndole demostrar que dicha prestación se desplegó de forma autónoma y sin visos de subordinación, para así desvirtuar la citada presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T.

Señalando en este particular, que tal como lo ha inferido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL1439-2021 de la MP. Dra CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, aplicable al caso por tratarse de una profesión de las denominadas liberales, que existen ciertos indicios de subordinación como se pasa a explicar:

“Olvidó el juez plural que la accionante fue contratada por su oficio de profesional en Relaciones Internacionales, actividad que implica, necesariamente, la aplicación de los conocimientos, técnicas e instrumentos propios de una carrera profesional. En otras palabras, aquellos rasgos que según el ad quem denotan autonomía, son la razón por la cual se vincula a profesionales en firmas consultoras, empresas o entidades públicas. Si se trasladase ese razonamiento a otras profesiones, ello significaría que, por ejemplo, los médicos nunca serían subordinados porque establecen las metodologías de sus procedimientos, diagnósticos o cirugías, o los abogados porque definen las técnicas de defensa de las empresas o entidades para las que trabajan.

Los trabajadores cualificados, como los de las profesiones liberales, gozan de una independencia técnica en la ejecución de su trabajo -para eso se les contrata-. Respecto de ellos la subordinación no se expresa como frente a los obreros de las fábricas o los trabajadores no cualificados, pues poseen una relativa libertad de trabajo. La doctrina ha señalado que en estos casos «el poder de dirección no se ejerce ya en el corazón mismo de la prestación, sino tan sólo [sic] en su periferia, sobre las condiciones de ejecución de la prestación». Por consiguiente, la subordinación en las profesiones liberales recibe una respuesta adecuada a partir del criterio de la integración en un servicio organizado, que implica la dirección, no tanto del contenido de las prestaciones, sino de las condiciones de su ejecución (intuitu personae, remuneración periódica, jornadas y horarios, lugar de prestación del servicio, medios de trabajo físicos y digitales suministrados por el empleador, ajenidad en los frutos, cantidad de trabajo)”.

Puestos en tarea, se tiene inicialmente el testimonio de la Sra. MARIA FABIOLA DEL SOCORRO GUZMÁN CANDO -el cual fue tachado de manera oportuna-, quien laboró para la accionada como asistente de enfermería y fue la encargada de apoyar la gestión de la actora en el área de atención al usuario y agendamiento de pacientes que ingresaban a terapia. De este testimonio se desprende que la demandante cumplía un horario de trabajo de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., de

lunes a viernes; que cuando la actora no podía asistir debía pedir permiso con anticipación a gerencia y a la coordinadora de atención al usuario CAROLINA PISMAG, a fin de que se enviara un reemplazo; que la agenda de los pacientes era controlada por las personas antes referidas, quienes se encargaban de determinar la disponibilidad de citas según el diagnóstico de cada paciente; que no podía atender pacientes particulares porque todo era bajo órdenes de gerencia y la coordinadora de atención al usuario; que a la demandante se le controlaban las actividades cada mes o quince días por parte de la Sra. CAROLINA PISMAG. Alude, respecto de los insumos e instrumentos de trabajo, que estos eran suministrados por la entidad y que tanto ella como los demás trabajadores debían asistir a reuniones y capacitaciones dirigidas por la demandada. Finalmente refiere que los registros de terapias servían como soporte de los servicios prestados a los usuarios, a fin de que la I.P.S. demandada realice el cobro con la entidad que contrataba sus servicios.

Por su parte, la Sra. DIANA ARCOS GUERRERO, compañera de trabajo de la demandante y quien declara que laboró en la entidad demandada como profesional en psicología, relata que no le consta la hora en que la demandante iniciaba labores, pero siempre alrededor de las 9:00 a.m. ya la observaba en su puesto de trabajo al igual que en la tarde, pues la testigo salía de su trabajo a las 5:00 p.m. y la actora continuaba en la I.P.S. Expone que la Sra. CAROLINA PISMAG y la gerente, NELSI LORENA ACOSTA, eran las encargadas del registro de pacientes y estaban pendientes de la institución, además, que cuando ella no podía prestar sus servicios se cancelaba la agenda y luego la podía retomar.

Enseguida se escuchó el testimonio de la Sra. DOLLY VIVIANA CHAMORRO BUCHELI, profesional en fisioterapia, quien declara conocer a la actora desde el año 2016, cuando realizó terapias domiciliarias para la I.P.S. CUMBE SALUD E.U.; enfatiza que la Sra. CAROLINA PISMAG era la encargada de organizar todos los servicios que se prestaban en la entidad y de dar indicaciones a la auxiliar administrativa frente al manejo de la agenda de los profesionales; que la demandante cumplía un horario de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; que cuando no se podía asistir, debía informar con anticipación a la representante legal o a la coordinadora. Respecto del salario percibido por la accionante, manifiesta que no tiene conocimiento, pues el monto era variable y dependía del número de pacientes atendidos; que miró como le daban órdenes a la actora, relacionadas con la atención de pacientes y el diligenciamiento de la historia clínica y finalmente, alude que los equipos utilizados

para el desarrollo de sus funciones eran de la I.P.S.; no obstante, una camilla era de propiedad de la actora.

Por parte de la entidad accionada compareció la Sra. KATERINE DEL CARMEN FIGUEROA CAICEDO, profesional en fonoaudiología y quien aduce haber conocido a la demandante en el año 2016, cuando ingresó a trabajar en la I.P.S. sede Cumbal; sin embargo, se evidenció el desconocimiento de aspectos relevantes de la vinculación discutida, así como la forma como desarrollaba las actividades la actora, pues sus respuestas precedieron de las frases “no sé” o “me imagino” ; es decir, basó sus respuesta en lo consideraba o creía, en todo caso muchos aspectos no los conocía directamente, razón por lo cual este testimonio carece de relevancia probatoria.

El testimonio de la Sra. LEIDY CAROLINA PISMAG, igualmente tachado y quien ostenta el cargo de coordinadora de atención al usuario y facturación en la entidad demandada, manifestó que conoció a la demandante como socia de la I.P.S. en el año 2008 hasta el año 2010, cuando se retiró de forma voluntaria. Posteriormente refiere que en el año 2015 la actora regresó a prestar sus servicios, que su función en la I.P.S. era verificar la oportunidad en la asignación de citas; no obstante, expone que cada profesional maneja su propio tiempo respecto al número de pacientes y el tiempo de atención, advirtiendo que no se cumplía horario de trabajo, pues era la actora quien daba órdenes a su auxiliar respecto a las citas de los pacientes, atendiendo aproximadamente de 12 a 15 diarios. Relata que los insumos y los equipos pertenecían a la I.P.S. CUMBE SALUD E.U.; sin embargo, una camilla, unas barras paralelas y un banco plástico eran de la demandante. Narra que se presentó una atención inapropiada por parte de la actora; no obstante, desconoce las medidas tomadas para dicho caso.

Finalmente, la Sra. ALBA ESTEFANÍA MÉNDEZ TRUJILLO, testimonio tachado por su nexo laboral con la entidad demandada, afirma que labora en la I.P.S. CUMBE SALUD E.U. realizando funciones de apoyo administrativo en atención al usuario y secretaria de gerencia; que el horario de la actora dependía de la agenda de sus pacientes, empero, ese agendamiento debía responder a las necesidades del servicio y a la oportunidad de cita de los usuarios; que a la accionante se le realizaron informes trimestrales de auditorías internas, socializándole los hallazgos a fin de realizar planes de mejoramiento por no poner en práctica los protocolos requeridos para la atención

de pacientes; que los elementos utilizados para realizar la atención en fisioterapia eran de la I.P.S., aun cuando una camilla, un banco y unas barras paralelas eran de propiedad de la demandante; que en caso de que la actora no se presentara a la I.P.S., era la gerente quien tomaba la decisión de su remplazo.

Por otro lado, en el interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la entidad demandada, Sra. NELSI LORENA ACOSTA DERAZO, se aceptó la realización de auditorías internas y planes de mejoramiento para la demandante, principalmente por el diligenciamiento de historias clínicas y contrarreferencias, respecto de los cuales el incumplimiento fue repetitivo. También refirió que la actora dejó de asistir por un tiempo a la entidad sin informar la causa y por tal razón, se decidió terminar con el contrato de prestación de servicios. Afirmó, por otra parte, que la demandante no podía de manera libre y autónoma enviar a otro terapeuta en su reemplazo, pues esta situación debía ser definida y autorizada por ella, enfatizando que el objeto social de la I.P.S. se enmarcaba en la prestación de servicios de salud de terapia física, ocupacional, de lenguaje y psicología.

Ahora bien, del análisis en conjunto de la prueba testimonial, en cuanto al cumplimiento del horario de trabajo, es preciso advertir que en el ejercicio de actividades liberales, en ocasiones, ello es el resultado de determinadas actividades que no se pueden hacer en forma caprichosa o arbitraria sino coordinada con las otras áreas del servicio requerido; sin embargo, este no es el caso que concita la atención del Colegiado, pues contrario a lo que pretende demostrar la demandada, la disposición del tiempo de servicio no era del libre albedrío de la actora sino sujeto a la agenda manejada por la Sra. MARÍA FABIOLA DEL SOCORRO GUZMAN, en su calidad de asistente de enfermería, quien la elaboraba según las determinaciones de la Sra. LEIDY CAROLINA PISMAG como coordinadora de atención al usuario y facturación de la I.P.S. y era supervisado por la representante legal de la misma institución, de ahí que el trabajo desarrollado por la demandante al servicio de la demandada estuvo bajo vigilancia, control y absoluta subordinación, pues la limitación a la libre distribución y uso del tiempo implica un control de la entidad, que riñe con la autonomía de quien presta el servicio.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que la I.P.S. le suministró a la Sra. NUVIA DEYANIRA PIARPUZÁN los instrumentos y objetos necesarios para la ejecución de su labor, tal como lo manifestaron los testigos MARIA FABIOLA DEL

SOCORRO GUZMAN, DOLY VIVIANA CHAMORRO, LEIDY CAROLINA PISMAG y ESTEFANIA MENDEZ y, adicionalmente, como se puede verificar en la prueba documental denominada “ACTA N° 001 DE 2017-ACTA ENTREGA DE CARGO” (Fls. 65 a 67 Exp. U). En torno al tema, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL13020 del 16 de agosto de 2017, ha precisado que:

“(…) en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada”.

Por consiguiente, este punto no siempre es determinante para establecer el tipo de contrato, siendo necesario, como se expresa en la misma sentencia, que el Juez analice las particularidades fácticas propias del litigio, si se dan o no los elementos configurativos de la subordinación, siendo más relevante en este caso el ingreso libre a las instalaciones de la entidad, el uso de su mobiliario y de los implementos que facilitaba, así como el acompañamiento e intermediación de la demandada. El hecho de que la demandante hubiese llevado al consultorio algunos de sus implementos, como lo arguyeron algunas de las testigos y como se corrobora en la prueba documental obrante a folio 71 del expediente unificado, no desdice la disponibilidad de elementos que le proporcionaba la entidad llamada a juicio.

Es claro igualmente para esta Sala que, en lo que respecta a los reemplazos, estos tampoco se dejaban al arbitrio de la actora, puesto que conforme a la prueba testimonial y a lo aceptado por la representante legal de la I.P.S., los profesionales de la salud debían pedir autorización para ello, sin tener la posibilidad de delegar sus funciones a un tercero, pues ello era a discrecionalidad del contratante del servicio, situación de la que además, se constata que la actora pedía permiso para ausentarse de su lugar de trabajo. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL130220-2017, indicó:

“Ahora del mismo contrato surge incontrastable que las partes textualmente convinieron que «los derechos y obligaciones (...) no podrán cederse en todo o en parte, salvo que exista autorización expresa y escrita» de Saludcoop.

Ello significa, ni más ni menos, como lo pone de presente la censura, que el elemento intuitio personae estuvo presente en el acuerdo propio de un contrato de trabajo, incompatible en los de carácter civil o comercial, pues una cosa es que se pacte la

obligación de garantizar la prestación de un servicio médico a los pacientes de la clínica y otra bien distinta es que esa exigencia deba cumplirla un sujeto específico en este último caso, se itera, la relación es intuitu personae.” (Subrayado por la Sala)

Se debe agregar que, en el caso bajo estudio, se aprecia prueba documental denominada “Comunicación terminación vínculo contractual” (Fls. 45 a 49 Exp. U), en la que se lee:

“a) En razón a la discontinuidad en la ejecución de los servicios profesionales independientes a usted contratados, la oportunidad en la asignación de citas en la especialidad de fisioterapia no se está cumpliendo, en cuanto a que éstas solo tienen lugar con 4.5 días e incluso con 8 días de posterioridad a su petición de asignación por parte del usuario.

b) No ha sido posible asignar citas a los pacientes en turnos disponibles, en cuanto que usted niega la prestación de sus servicios argumentando que no puede ejecutarlos con pacientes de distintos diagnósticos complejos en un mismo turno.

c) (...) Su determinación abrupta y unilateral relacionada con el cambio en la ejecución de los servicios contratados como fisioterapeuta, exclusivamente a su parecer y comodidad en los turnos de la mañana”. (Subrayado por la Sala)

De lo anterior se infiere que a la demandante se le realizaban llamados de atención y requerimientos respecto a la disponibilidad para prestar el servicio, situación que demuestra exigencias en cuanto a la permanencia y continuidad, las que son características propias de la subordinación del contrato de trabajo.

También se advierte, que la gestión de la profesional en fisioterapia se calificó en cuanto a competencias técnicas y a su desempeño en los factores de conocimiento del trabajo, flexibilidad laboral y ausentismo. Esta probanza resulta de trascendencia para corroborar que la fisioterapeuta estaba sometida al cumplimiento de una serie de obligaciones y parámetros a la hora de desempeñar sus funciones, el cual era objeto de verificaciones o evaluaciones (Fls. 59 a 63) que podían derivar, como en esta oportunidad, en que se le realizaran planes de mejoramiento o, en el peor de los casos, ante un resultado deficiente, en la toma de “decisión administrativa”, para lo cual es menester recordar que, a la luz de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al diferenciar el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, se resalta que su elemento diferenciador es la subordinación jurídica del último, mientras que en el primero, pueden existir “instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas

de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo" (SL13020-2017), pero en este caso las múltiples probanzas existentes pueden llevar a concluir que aquella mutó en subordinación.

Finalmente, esta Judicatura resalta que el cargo que desempeñó la demandante fue como fisioterapeuta en las sedes de la entidad demandada, el cual, ciertamente, era indispensable para su funcionamiento atendiendo al objeto social de la misma, pues así se observa en el certificado de existencia y representación legal, en el que se lee:

"(...) DESARROLLAR ACCIONES DE DETECCION, PREVENCION, DIAGNOSTICO Y TRATAMIENTO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE DISCAPACIDAD CON UN ESQUEMA DE REHABILITACION INTEGRAL Y LA ATENCION DE OTRAS ALTERACIONES QUE SON INTERVENIDAS POR LOS SERVICIOS DE FISIOTERAPIA, FONOAUDIOLOGIA Y TERAPIA OCUPACIONAL."

(...) DETECTAR, PREVENIR, DIAGNOSTICAR Y TRATAR LOS DIFERENTES TIPOS DE DISCAPACIDAD Y OTRAS ALTERACIONES QUE SON INTERVENIDAS POR LA AREAS DE FISIOTERAPICA, FONOAUDIOLOGIA, TERAPIA OCUPACIONAL Y OTRAS DICIPLINAS DE APOYO." (Fls. 31 a 34 Expediente U.)

En consecuencia, era imperativo o constituía una necesidad continua el servicio de la demandante, al ser inherente al giro ordinario de negocios de la entidad; más aún que se trató de un ejercicio permanente, pues transcurrió por más de tres (3) años, todo lo cual, de entrada, desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, que es por esencia transitorio o temporal, de manera que, en el caso en concreto el trabajo de la actora se dio dentro del ámbito de organización de la I.P.S., para el logro de unos objetivos empresariales u organizacionales, siendo este un elemento indiciario de una relación dependiente, según lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3345 de 2021.

En tal sentido, para este caso concreto la parte demandada no cumplió con su obligación probatoria de desvirtuar la presunción antes aludida, enfatizando en que el contrato verbal suscrito por las partes, denominado *CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS*, en nada contribuye para derruir el elemento subordinación, porque fue precisamente éste el instrumento utilizado por la convocada a juicio para desnaturalizar el contrato de trabajo que se gestó con la promotora del litigio y así

liberarse, en consecuencia, de las cargas que en su condición de empleadora se le imponían.

De esta manera se privilegia la primacía de la realidad sobre las formas y se veneran los principios mínimos y fundamentales que trae el artículo 53 Constitucional, siendo preciso insistir en el deber de los falladores de justicia en el ámbito del derecho laboral, de escudriñar la realidad que envolvió el giro de las relaciones laborales de los trabajadores vs. empleadores, independientemente de las figuras manipuladas o de los documentos con los cuales se pretendió desdibujarlas, en amparo -por supuesto- de los derechos mínimos, fundamentales e irrenunciables de los trabajadores.

Así lo concluyó la Honorable Corte Constitucional, cuando al confrontar el artículo 2º. de la Ley 50 de 1990 con el marco legal y constitucional que rige el Derecho Laboral colombiano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, sentencia C-665 de 1998, Mag. Ponente Dr. HERNANDO HERRERA VERGARA, señaló:

“(…) Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”.

c) Salario

Otro elemento a tener en cuenta es que a la accionante para el año 2016 se le pagaba una remuneración de forma mensual correspondiente a la suma de \$1.490.000, como se comprueba de los recibos aportados a folios 107 a 123 del expediente unificado, situación que fue aceptada por la parte demanda en la contestación de la demanda. Conforme a lo anterior, no existe duda que durante el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con la entidad demandada, percibió una contraprestación por sus servicios, encontrándose acreditado este elemento del contrato de trabajo.

Por consiguiente, todos los elementos constitutivos del contrato de trabajo se encuentran debidamente acreditados, sin que los extremos laborales hayan sido controvertidos y, por lo tanto, la condena al pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones e indemnización moratoria son procedentes en los términos indicados por la juez de instancia.

Ahora bien, respecto al punto de reproche referente a la ausencia de despido sin justa causa en razón de que la terminación del contrato se dio en ocasión a un mutuo disenso, este Cuerpo Colegiado observa que la jueza cognoscente no condenó a la demandada por este concepto, razón por lo cual, esta inconformidad no se entrará a analizar.

Quedan de esta manera atendidos todos los puntos que suscitaron el recurso de alzada la parte pasiva de la Litis y, en consecuencia, la decisión impartida en primera instancia, sometida a escrutinio del Juez Plural, se ajusta a derecho y por lo mismo será confirmada.

2.3. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación, las costas en esta instancia se imponen a favor de la demandante y a cargo de la demandada, fijando como agencias en derecho, conforme a los parámetros del Acuerdo PSAA16-1055 de 2016, en el equivalente a 2 smlmv; esto es, \$2.000.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el art. 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ipiales, el 12 de noviembre de 2021, objeto de apelación por pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

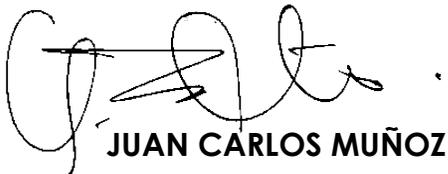
SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada I.P.S. CUMBE SALUD E.U. y a favor de la demandante, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 2 smlmv, esto es, \$2.000.000 que serán

liquidadas en forma concentrada por el Juzgado de Primera Instancia, como lo ordena el artículo 366 del C. G. del P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del C.P.L. y S.S. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,


CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)


JUAN CARLOS MUÑOZ


LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO