

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIDER JESÚS MATOS MENDOZA** promoviese contra **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES

La activa aspira a que por medio de sentencia ejecutoriada se declare que se encuentra cobijado por el fuero de estabilidad

laboral reforzada en razón de su salud y que la terminación del contrato de trabajo existente entre las partes fue ilegal y por lo tanto ineficaz, al no mediar autorización expresa del Ministerio del Trabajo para permitir tal culminación.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a la demandada el reintegro a su cargo, el pago de aportes a la seguridad social dejados de pagar, salarios no percibidos y la indemnización establecida en la Ley 361 de 1997.

Fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1) Trabajó para Carbones del Cerrejón Limited desde enero del 2014 hasta el 7 de enero del 2015; **2)** Ingresó como practicante SENA y fue contratado de manera directa por la demandada el 30 de julio de 2015, mediante contrato a término fijo por un año; **3)** El cargo ejercido era el de operador de camión minero; **4)** El 22 de julio de 2017, se encontraba operando el camión CAT510 y había laborado la mitad del turno, cuando cayó en un bache donde había un desnivel en la vía, sufriendo un fuerte golpe en la suspensión No. 1 del equipo, lo cual produjo un gran impacto en la cabina, esto con un gran estruendo, motivo por el cual sintió un fuerte ruido o zumbido en el oído izquierdo, aun con los protectores auditivos; **5)** Pese a que el impacto ya había pasado, continuaba el zumbido en su oído, por lo que decidió llamar a su supervisor Jorge Orozco, manifestándole que quería acercarse a la EPS, sin embargo, *“este le indicó que por el tipo de contrato que tenía a término fijo, no era conveniente acudir al médico porque era posible que no le renovarían el contrato”*¹; **6)** Continuó con la molestia en su oído, por lo que el 24/07/2017 se acercó a la Clínica Rodrigo Córdoba Fragozo, donde le diagnosticaron “Tinitus-H931”; **7)** Pese a que continuaba con la molestia en el oído, no manifestó nada al empleador y continuó laborando; **8)** El 30/03/2018 tuvo un

¹ Hecho 7 Fl. 63

accidente de trabajo, descrito de la siguiente manera: “*El operador del camión de 320T 22-790 manifestó sentir dolor de espalda cuando, según su versión, el camión cayó en un hueco en la vía a nivel 240 del botadero palotal, tajo 100*”; **9)** El 03/04/2018 acudió a consulta por ortopedia y traumatología por dolor en los hombros y en la consulta se le recomienda RX de columna torácica, se ordena fisioterapia y se prorroga incapacidad por 21 días a partir del 01/04/2018; **10)** El 16/05/2018 le fueron otorgados 30 días de incapacidad debido al dolor de columna; **11)** En el mes de junio de 2018 nota que su problema de audición es más difícil de manejar; **12)** El 25/07/2018 le fue otorgada incapacidad por 14 días, los cuales finalizaban el 07/08/2018 por el diagnóstico “*H920 (otalgia)*”; **13)** El 25/07/2018 como plan de manejo de la patología “*H931 (Tinnitus)*”, quedó pendiente el trámite ante medicina ocupacional para estudio de puesto de trabajo; **14)** Envío derecho de petición a la compañía demandada solicitando reporte extemporáneo del accidente de trabajo ocurrido el 22/07/2017; **15)** El 06/08/2018 la demandada da respuesta a su petición; **16)** El 08/08/2018 la demandada le entregó liquidación final del contrato con vigencia del 15/01/2018 al 30/06/2018; **17)** Aunque su contrato finalizaba en el mes de julio, al ingresar a la página de la demandada, al 10/08/2018 aparecía activo en el cargo de operador 11; **18)** La ARL Positiva, mediante dictamen No. 179377 del 08/08/2018 determinó la patología de Tinnitus (H931) como de origen común; **19)** El 30/11/2018 acudió a cita de otorrinolaringología en la que se le diagnosticó “*Tinitus discapacitante con escalas de severidad que indican lo percibe en actividades diarias dificultando siempre su funcionamiento, tanto en reposo como en sueño. Las escalas de discapacidad que se usaron TRQ, THI, EVA muestran que la discapacidad cuantificada es severa, se recomienda instaurar TTO médico para mejorar y hacer un reentramiento acústico para disminuir la percepción del Tinnitus*”; **20)** El 27/11/2018 se realizó una evaluación audiológica, la cual se interpretó así: “*Oído derecho: se registra otoemisiones acústicas de productos*

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

de distorsión en las TREINTA Y UNA frecuencias conversacionales evaluadas. Oído izquierdo: se registran otoemisiones acústicas de productos de distorsión en VEINTIOCHO de las TREINTA Y UNA frecuencias conversacionales evaluadas”; **21)** Actualmente continúa en tratamiento médico debido a la patología de Tinnitus.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificada en debida forma, **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** (fls. 113 a 188), presentó contestación a la demanda, oponiéndose las pretensiones de la demanda, tras indicar que la mayoría de los hechos no eran ciertos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, pago, prescripción y la genérica.

Expuso, en síntesis que, al momento de la terminación del contrato, el señor Jaider Jesús Matos Mendoza no era persona disminuida en ningún aspecto físico, sensorial o psíquico, tampoco tenía la condición de discapacitado o limitado y no sufrió ninguna conducta discriminatoria por parte de esa sociedad, ya que el contrato de trabajo finalizó por la expiración del plazo pactado, por lo que no había lugar a solicitar la autorización al Ministerio de Trabajo para la terminación de la relación laboral.

Señaló que el reintegro solicitado no procede, como quiera que no existe nexo alguno entre la causal legal de terminación del contrato y su condición de salud, máxime cuando, conforme las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, cualquier incapacidad no genera el fuero de salud.

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo del 17 de agosto de 2021, en la que dictó sentencia **absolutoria**.

Para arribar a tal decisión, en síntesis, la *a quo* estableció la existencia de una relación laboral entre las partes la cual inició el 8 de enero del 2015 y finalizó el 30 de julio de 2018, en la modalidad de contrato de trabajo a término fijo, siendo su último salario la suma de \$2.172.179 y último cargo el de operador temporal.

Frente a la solicitud de reintegro por fuero de salud, señaló que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece que, en ningún caso, la limitación de una persona puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que sea demostrada una incompatibilidad insuperable con el cargo a desempeñar, además, que ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado en razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, y citó la sentencia SL711 de 2021.

En el caso concreto, expuso, al analizar los medios probatorios allegados al plenario, que no era posible establecer que al momento de la terminación del contrato de trabajo, esto es 30 de julio de 2018, el demandante se encontraba en una condición de discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus funciones, pues si bien se acreditó que al momento de la terminación del contrato de trabajo el demandante se encontraba incapacitado por el diagnóstico de Tinnitus, la protección por estabilidad laboral reforzada se otorga a aquellos trabajadores que se encuentren en condiciones de discapacidad y no en estado de incapacidad, lo cual ha sido precisado por la Corte Suprema de Justicia, tal como se indicó en la sentencia antes citada.

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

Adujo que, no cualquier afectación a la salud ubica al trabajador en condición de debilidad manifiesta y por ende lo hace destinatario de la estabilidad laboral reforzada, pues, adicional a ello es necesario que la limitación sea padecida en un grado relevante o significativo, lo que no sucede en este caso, ya que la primera consulta para el inicio de las molestias diagnosticadas fue el 24 de julio de 2017 y el demandante vuelve a consultar únicamente el 7 de julio de 2018, esto es 10 meses después y luego el 25 de julio de 2018, esto es 1 mes y 18 días después, adicionalmente, dentro del expediente se estableció que para esta condición solamente le fueron otorgados 14 días de incapacidad, del 25 de julio al 7 de agosto de 2018 y para que la condición de discapacidad se catalogara como relevante debió haber impedido o dificultado sustancialmente el desempeño de sus funciones, sin embargo, dentro del plenario no obra prueba de ello, lo que denota que la no renovación del contrato de trabajo no guarda relación con el estado de salud del convocante y tampoco denota una conducta discriminatoria por parte del empleador.

Adicionalmente indicó, que el accionante, para la fecha de terminación del contrato de trabajo, no estaba incapacitado por los padecimientos relacionados con el dolor de espalda, siendo el último control realizado por esta dolencia el del 16 de mayo del 2018.

Por lo expuesto, concluyó, no se puede establecer que a la terminación del contrato, el demandante se encontrara en condición de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, que le impidiera o dificultara en un grado sustancial el desempeño de sus funciones, por lo que no es destinatario de la estabilidad laboral reforzada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE.

Precisó que la figura de la estabilidad laboral reforzada aplica a todo tipo de contratos laborales, adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, en los casos en los que una persona ha suscrito un contrato laboral y se encuentra cobijada por el principio de estabilidad laboral reforzada, la expiración del plazo no es razón suficiente para justificar el despido de la persona, sin que medie la autorización del Ministerio del Trabajo y en el mismo sentido, la jurisprudencia constitucional ha tenido en cuenta la protección de la estabilidad laboral reforzada en relaciones de trabajo de naturaleza temporal.

Indicó que, en el presente caso, según los hechos y consideraciones, al momento del despido el actor se encontraba en un estado de disminución física, cumpliéndose de esta manera lo determinado por la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia en cuanto a la estabilidad laboral reforzada.

Así mismo, procedió a hacer un recuento de los hechos, con lo que pretende evidenciar la mala fe de la demandada, quien, al ver que el demandante empezó a tener problemas de salud, fue despedido automáticamente, excepto que le fue realizado el preaviso en el mes de abril, y aunque siempre lo hacía la renovación del contrato siempre era posterior al mes de julio, es decir el accionante iniciaba nuevamente en el mes de agosto y continuaba trabajando hasta el mes de diciembre y en enero le era renovado su contrato, pero a partir de que el demandante empieza a presentar patologías de carácter auditivo y lumbar e inicia a notificar de ello a la empresa, entonces se inicia a hacer un análisis del deterioro de salud del actor y es allí donde la compañía decide no continuar con el trabajador, finalizando el contrato por una causa que para ellos es objetiva.

Señaló que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, al menos desde la sentencia de fecha

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

15/07/2008, que la estabilidad laboral reforzada es una garantía derivada estrictamente de la ley 361 de 1997, en cuyos preceptos se dispone que solo se aplica a quienes tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, lo que remite a la reglamentación contenida en el Decreto 2463 de 2001, sin embargo, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en manifestar que no se necesita una calificación para demostrar una limitación física o una mengua en la salud.

Adujo que, al estar el demandante en una incapacidad al momento de su despido, ello hace ver que está teniendo una mengua en su salud y que la compañía demandada obró de mala fe porque posterior a ello no le fue renovado su contrato como lo venía haciendo las veces anteriores, sino que, cuando inicia con las patologías y cuando empiezan las incapacidades es que no le renuevan más el contrato, siendo esto un comportamiento de mala fe por parte de la compañía.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 3 de noviembre de 2021, se admitió el recurso presentado. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de la demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación entiende la Sala que el **problema jurídico** a resolver, se circunscribe a determinar si al momento de la

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

terminación del vínculo laboral, el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada por encontrarse en estado de debilidad manifiesta por razones de salud y de resultar ello positivo, si hay lugar al reintegro del demandante con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, así como a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

DEL CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO Y DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA.

Mediante el **contrato a término fijo** las partes pactan una duración cierta y limitada en el tiempo y que tiene una duración máxima de tres años, pero que puede ser renovado tantas veces como lo dispongan las partes. Asimismo, este contrato en los términos del artículo 46 del C.S.T., requiere que dicho pacto conste por escrito (Sentencia del 21 de abril de 1986, Rad. 0026, reiterada en la SL3718-2021).

En cuanto a la finalización del contrato a término fijo, la misma acontece por el vencimiento del término estipulado, siempre y cuando el empleador informe por escrito su determinación de no prorrogar el contrato de trabajo con una antelación no inferior a 30 días, pues de lo contrario se entenderá prorrogado por el término inicialmente pactado; cuando el contrato de trabajo es inferior a un año, únicamente se puede prorrogar por tres periodos con un término igual o inferior al inicialmente pactado, de manera que, una vez superadas tales prórrogas, la renovación no puede ser inferior a un año, tal como se desprende del contenido literal del aludido artículo 46 del C.S.T.

En relación con el **preaviso** recuérdese que este es como una confirmación de la terminación del contrato, pues si bien se conoce previamente la fecha en que se termina, la ley exige que mediante un preaviso se confirme la decisión de no

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

renovarlo y de notificar a la otra parte, requisito que constituye un derecho mínimo a favor del trabajador.

Finalmente, no sobra recordar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 24 de abril de 2014, Rad. 54003, reiterada en las sentencias del 19 de octubre de 2016, Rad. 48879, y SL4909-2020, establece que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. En ese orden, ha dicho que los empleadores tienen la *«libre prerrogativa de acudir, al contratar laboralmente, a la estructura legal que más le convenga a las particulares circunstancias que afronte...»*.

Por otra parte, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la **estabilidad laboral reforzada por fuero de salud**, dicha circunstancia se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo; la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

En desarrollo de los citados mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997, con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, el artículo 26 ejusdem, consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero 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”*.

Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social. Al respecto, en sentencia SL10538-2016, dijo:

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

“De acuerdo con la sentencia en precedencia para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de salud; y **(iii)** que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social”.

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

En sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, dicha Corporación expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como “hecho notorio”, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Al respecto, dijo la H. Corte:

“Dice el artículo 5° de la Ley 361 de 1997: “Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

diagnóstico médico **en caso de que dicha limitación no sea evidente**. Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley”.

Por su parte, el artículo 26, ibídem, disponía: “En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo (...)”.

De la lectura de las disposiciones en precedencia, emana palmariamente que para que opere la protección laboral establecida en este último precepto, no es requisito sine quanon que previamente la persona discapacitada tenga el carné o que se haya inscrito en la E.P.S., pues aunque se constituye en un deber, el no cumplirlo o probarlo procesalmente no lleva como consecuencia irrestricta y necesaria la pérdida de la aludida protección. Dicho en breve: el carné o la inscripción en la E.P.S. no son requisitos para que sea válida o para que nazca a la vida jurídica el mencionado amparo, habida cuenta que ello no aflora de los textos normativos. Más aún, cuando en el sub lite, el Tribunal estimó que la limitación del actor **era un hecho notorio.**”

Y recientemente, en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021, la Sala de Casación Laboral, reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido en los siguientes términos:

“En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, **se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba**, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.

A lo anterior hay que agregar, como se mencionó en líneas precedentes, que efectivamente el Estado ha honrado sus compromisos internacionales ajustando su legislación y ampliando las garantías para dicha población en diversos campos, de lo cual puede mencionarse la Ley Estatutaria

1618 de 2013, que tuvo como propósito *“garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad”*, dando aplicación a la Ley 1346 de 2009, que se itera, incorporó al orden interno la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, y concretamente, en materia del derecho al trabajo, esto es, la posibilidad de acceder en igualdad de oportunidades, equidad e inclusión, alguna forma digna de empleo y formación, en el art. 13 impuso obligaciones principales en el ejecutivo, y secundariamente en el sector privado, para seguir estimulando la vinculación laboral de dichas personas.

Pero ello no significa, que por lo menos, durante el período que estuvo vigente el D. 2463 de 2001, con la incorporación de la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hayan quedado derogadas tácitamente las anteriores normas, pues contrario a creer que esos estatutos fueran antagónicos, incompatibles o restrictivos con respecto a las garantías traídas por el convenio internacional, los mismos se ajustan a sus conceptos, con mayor razón, si el literal e) del preámbulo claramente reconoce *“que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*, es decir, que no se mantiene estático, y depende de un contexto social, por cuanto la discapacidad es un concepto amplio y se integra con criterios tales como barreras actitudinales, comunicativas, físicas, sociales y ambientales, tanto así, que se habla que, **para ser ubicado en esa población, no es cualquier deficiencia, sino aquella que sea física, mental, intelectual o sensorial a largo plazo**, y eso sólo es viable establecer con parámetros objetivos y ciertos, que permitan identificar esos rangos, y no queden al arbitrio interpretativo de cualquier persona, pues ello es lo que se venía haciendo con la regulación hasta ese momento vigente”. (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la ya mencionada sentencia SL711-2021, en la que dispuso:

“En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»* (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador *por razón de su discapacidad*, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales”.

Finalmente, y en cuanto a la estabilidad laboral reforzada en contratos a término fijo, en la mentada sentencia SL711-2021, se determinó:

“Con todo, se repite, el sentenciador colegiado sí incurrió en el dislate jurídico de concluir que el principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es aplicable a todo tipo de deterioro en la salud, sin que importe, que el empleador acredite que la causa de terminación del vínculo haya sido la expiración del plazo pactado, pues según el juzgador, ese aspecto no encaja dentro de las razones objetivas que debe acreditar el empleador, porque independientemente de la modalidad contractual, el trabajador tiene derecho a conservar el empleo, siendo otras las causas que el empresario debe demostrar ante la autoridad administrativa.

Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.

Pero habría que precisar, que ello solo es aplicable en los casos de trabajadores con discapacidad, es decir, aquellos a quienes logren acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la jurisprudencia de la Corte, y no que opere en este tipo de vínculo frente a cualquier afectación a la salud". (Negrillas por la Sala).

VII. DEL CASO EN CONCRETO

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia los hechos relativos a: **i)** la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cual fue pactado bajo la modalidad de término fijo para desempeñar el cargo de operador 10 temporal, cuyos extremos temporales se pactaron del 8 de enero del 2015 al 7 de marzo del mismo año, el cual fue objeto de prórrogas hasta el 30 de julio de 2015 (fl. 113 a 118); **ii)** el aviso de no renovación del contrato de fecha 25 de abril del 2018 por vencimiento del plazo pactado y la consecuente finalización del contrato de trabajo el día 30 de julio de 2018, recibido por el trabajador el 01-05-2018 (Fl. 119); **iii)** copia de la historia clínica del demandante que da cuenta de que este consultó con el médico Rodrigo Córdoba Fragozo el día 24/07/2017 por el padecimiento de Tinnitus, y con el Instituto Franklin Delano Roosevelt los días 03/04/2018 y 16/05/2018 por dolor en hombros y dolor dorsal, respectivamente (fl.5-6); **iv)** que el demandante vuelve a consultar por dolor de oídos con el doctor Rodrigo Córdoba Fragozo el 25 de julio del año **2018**, quien diagnosticó Algiacusia y expidió incapacidad del 25/07/2018 al 07/08/2018, la cual fue autorizada por la EPS Sanitas (fl. 3,7, 8 y 9); **v)** que según dictamen de fls. 4 expedido por la ARL POSITIVA el demandante tuvo un evento de origen

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

laboral el 20 de marzo de 2018 por dorsalgia, evento que generó incapacidad de 20 días prorrogada por otros 30 días (fls 4) y **vi)** que el demandante efectuó reporte extemporáneo de accidente de trabajo ante la ARL POSITIVA el **08 de agosto de 2018**, por el evento ocurrido el **24 de julio de 2017**, (fl. 19) y mediante dictamen para la determinación de origen del accidente No. 2101655 de fecha 08/08/2018, la ARL Positiva determinó como diagnostico motivo de la calificación la patología Tinnitus (H931) como de origen común “no relacionado con exposición a ruido”, debidamente notificado al actor (fl. 18 a 21 y 123 a 127 y 135);

Pues bien. Al expediente se agregó, además de la documental de folios 3 a 29 y 113 a 167, los testimonios de Jorge Luis Araujo López y Mauricio Domínguez Echeverry, declaraciones de las que se extracta lo relevante para el proceso, así:

Jorge Luis Araujo López, quien indicó ser médico especialista en salud ocupacional de la empresa Carbones del Cerrejón, donde ingresó el 3 de agosto de 2016; señaló que lo que sabe es lo que ha revisado de las historias clínicas que reposan en el área de salud de la compañía, que ha podido revisar toda la historia clínica del demandante, donde fue valorado por los médicos, así como las evaluaciones médicas y también pudo revisar los resultados de los laboratorios que le han realizado al demandante en la compañía; que en el año 2018 fue la última valoración hecha al demandante por un médico especialista de la compañía, en la cual se realizó una valoración ocupacional solicitada por el actor para informar de su patología auditiva que en este caso es Tinnitus; que lo que pudo revisar de la historia clínica es el día que el demandante es valorado por el doctor, ese día el actor presenta unos documentos de un especialista, de un otorrinolaringólogo y en ese documento está el resultado de los exámenes que pidió, y debido a los síntomas que el demandante le refirió, el especialista le refirió que fuera a logoaudimetría e impedanciometría o tensionales avocados y agometría; que todos esos exámenes relata el especialista

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

tratante que son normales y además también descarta en la historia clínica que el síntoma que refiere el demandante sea por un trauma acústico; que ha de tenerse en cuenta que el Tinnitus es un síntoma subjetivo, que solamente lo padece el 5% de la población mundial; que el mismo día que lo valora el médico laboral de la compañía, al encontrar todos esos exámenes normales y el concepto del especialista tratante, el demandante es enviado a laborar a su puesto de trabajo sin ningún tipo de restricción y con la recomendación de utilizar su protección auditiva como lo hacen todas las personas que trabajan en el Cerrejón cuando están laborando en algún área que es de uso estricto de los elementos de protección personal como es la protección auditiva, recalcando que ese día el demandante es enviado a su puesto de trabajo sin ningún tipo de restricción; que la valoración al demandante se hizo el 26 de junio de 2018; que no hay ningún tipo de restricción médica en las historias clínico ocupacionales que reposan en el área de salud de la compañía, ningún tipo de restricción para laborar; que sí hay una comunicación donde la ARL les notifica el dictamen por el cual demanda el actor, donde califican la patología como de origen común y no asociado a un trauma acústico con una PCL del 0%; que dentro de los documentos revisados no hay ninguno por el cual se considere que se deba admitir una restricción; que no le consta que la empresa haya tenido algún hecho discriminatorio contra el demandante; que sí hay reportado un accidente de trabajo en el 2018, cuando el demandante iba operando un equipo minero y al pasar por un bache posteriormente presenta dolor lumbar y ese es el accidente por el cual está reportado en la historia clínica en los soportes del área de salud; que por el accidente no tuvo ninguna restricción, por el trauma lumbar fue valorado posterior a una incapacidad de 45 días que presentó por el médico que lo valoró en ese momento con una resonancia lumbar dentro de los límites normales, que no tenía ningún tipo de patología, motivo por el cual fue enviado a su puesto de trabajo sin ningún tipo de restricción; que aparte del accidente de trabajo no le generó ninguna discapacidad; que la notificación que hace la ARL en

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

cuanto al diagnóstico es solo el reporte del diagnóstico, donde refiere que es Tinnitus de origen común, no realizado a exposición de ruido, pero ya los motivos o el estudio que realizó y en el que se basó para decirlo, de eso no tiene conocimiento; que normalmente cuando la ARL va a realizar un estudio de esto solicita a la compañía todos los soportes de trabajo, los niveles de ruido donde se desempeñan los trabajadores y tuvo que solicitarlo en su momento, pero ya el análisis de ellos es de la ARL, pero para poder hacerlo solicitan a la compañía todos los soportes; que él verificó todo el material que reposa en el área de salud de la compañía en cuanto a evaluaciones médicas, ya que antes de la audiencia revisó todos los historiales, historias clínicas y calificaciones, ya que la compañía tiene un archivo organizado donde tienen laboratorio y todos los soportes.

Por su parte, **Mauricio Domínguez Echeverry**, narró que es ingeniero civil, empleado de Carbones el Cerrejón desde febrero de 1981 y actualmente es analista de salud y seguridad; que hubo un accidente el 20 de marzo del 2018 donde el demandante iba operando un camión de acarreo y manifestó tener dolor de espalda por el movimiento del camión por pasar por un hueco en la vía; que no tiene que ver con las incapacidades porque eso lo maneja la parte médica, y que él tiene que ver con los accidentes; que el accidente fue leve, que esos accidentes de lesión de espalda son leves porque la suspensión de los camiones es buena y en realidad la velocidad de los equipos no es mucha, que la energía que hay en un evento como esos no es mucha, por lo que entiende que fue una lesión leve y está registrada como tal en su sistema de información, una lesión de espalda leve; que no tiene información si el demandante tuvo alguna restricción en el trabajo ya que no tiene que ver con la parte médica; que hacía referencia a muy poca velocidad como un comentario general, por las condiciones de las vías, porque son vías destapadas y por el tamaño de los camiones, que obviamente la velocidad no es significativa si mirara otros eventos y que no es raro un evento como ese por las características de la mina; que no recuerda el tamaño del

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

camión que conducía el demandante; que no recuerda que el demandante haya informado otro accidente, ya que solamente recuerda el accidente de marzo de 2018; que en el caso de las incapacidades tiene que ver con la parte de accidente y no tiene que ver con la parte de salud.

Conforme el caudal probatorio procede la Sala a analizar si tal como lo indica la alzada el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada en consideración a su estado de salud.

Pues bien. Lo primero por advertir es que el demandante estuvo vinculado con Carbones del Cerrejón Limited desde el 8 de enero del 2015 y que, conforme al análisis de su historial clínico, fue tratado médicamente por dos diagnósticos distintos y en distintas épocas a saber: el día 24 de julio del año **2017**, consultó con el médico Rodrigo Córdoba Fragozo por un cuadro de Tinnitus "*de 10 días de evolución*", tal y como se deriva de la historia clínica que milita a folio 3. Posteriormente ya en el año **2018**, concretamente los días 03/04/2018 y 16/05/2018, consultó al Instituto Franklin Delano Roosevelt por dolor en hombros y dolor dorsal, respectivamente (fl. 5-6), y vuelve a consultar por molestias en sus oídos con el doctor Rodrigo Córdoba Fragozo el 25 de julio de 2018, quien expide incapacidad del 25-07-18 al 07-08-2018 (fls 8 y 9)

También se tiene que el demandante efectúa reporte extemporáneo de accidente de trabajo el día 24 de mayo de 2018 (fl 12) de los hechos ocurridos el 24 de mayo de 2017, y debido a ello se emite el dictamen No. 2101655 de fecha **08/08/2018**, por la A.R.L Positiva para la determinación de origen del accidente, por el diagnóstico de Tinnitus (fl. 18 a 21 y 123 a 127 y 135).

Así mismo, obra la comunicación de fecha 25 de abril del 2018, emitida por el empleador y recibida por el trabajador el **01 de mayo de 2018**, mediante la cual la demandada le informa la decisión de no renovación de su contrato por vencimiento del

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

plazo pactado y la consecuente finalización del contrato de trabajo el día 30 de julio de 2018 (Fl. 119).

En el análisis integral del material probatorio, la Sala concluye que no encuentra elementos de prueba suficientes, de los cuales se pueda desprender, no solo que fuera la condición de salud del accionante lo que motivó la terminación de su contrato por parte de la demandada Carbones del Cerrejón Limited, sino además que para la fecha de dicha terminación, el actor contara con una pérdida de capacidad laboral, que ésta fuese del 15%, o que su estado de salud fuese notorio y que el mismo impidiera o dificultara el desempeño de sus funciones.

En efecto, nótese que los documentos tales como historia clínica obrante a folios 3, 5-6 y 9-10 que datan del 24/07/2017, 03/04/2018, 16/05/2018, 25/07/2018 y 07/06/2018, si bien refieren ciertos diagnósticos padecidos por el demandante, en el plenario se demostró que solamente hasta el **31/05/2018** fue que el empleador conoció de dichos padecimientos, cuando el actor radicó carta de fecha 24/05/2018, en la que solicitaba se realizara un reporte extemporáneo de accidente de trabajo (Fl. 12-13), comunicación que, como puede evidenciarse, radicó en una fecha posterior a la que la empresa le había notificado su decisión de no prorrogar su contrato de trabajo.

Así las cosas, al momento del preaviso de la no prórroga de su contrato de trabajo, esto es **01/05/2018**, el demandante no demostró que estuviera incapacitado o discapacitado, por lo que no fue demostrado que el móvil del empleador para finiquitar su contrato de trabajo fuera el padecimiento de alguna de las patologías que refiere sufrir el accionante, adicionalmente, el demandante no demostró, mediante cualquiera de los otros medios probatorios consagrados en nuestra legislación, que tuviera recomendaciones médicas. En otras palabras, no existe prueba de que el empleador lo haya discriminado y lo haya despedido precisamente en razón de alguna discapacidad - al menos moderada - que padeciese a la fecha de terminación del

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

contrato de trabajo y por el contrario emerge de la prueba que la terminación del contrato de trabajo se efectuó por expiración del plazo pactado, habiendo cumplido la empresa demandada con la carga del preaviso dentro del término que la ley consagra para ello, pues dicho preaviso se hizo con bastante tiempo de antelación al que la ley consagra para ello.

Aunado a lo anterior, los testimonios de Jorge Luis Araujo López y Mauricio Domínguez Echeverry resultan insuficientes para establecer que, previo al 01/05/2018 el empleador conocía de la situación de salud del actor, hecho que se constata al evidenciar además, que la comunicación por medio de la cual el demandante pone en conocimiento de la demandada sus padecimientos y el accidente por él sufrido datan del 31/05/2018, esto es 30 días después de que se le informara sobre la decisión de no prorrogar su contrato de trabajo.

Debe recordarse que el fuero de estabilidad por salud se otorga, no respecto de cualquier afectación a la salud padecida por el trabajador, sino aquella que lo pone en condición de debilidad manifiesta, y adicional a ello, es necesario que la limitación sea padecida en un grado relevante o significativo, lo que no sucede en este caso, ya que la primera consulta para el inicio de las molestias diagnosticadas fue el **24 de julio de 2017** sin que se derive de la historia clínica de esa atención (fls 3 y ss) que tal molestia conllevó incapacidad alguna o recomendaciones médicas o laborales, pues la conducta a seguir fue la realización de pruebas diagnósticas (audiometría, impedanciometría entre otros). Menos aún se tiene que no hay prueba de que el trabajador haya dado aviso al empleador de dicha situación, bien en el momento de sufrir el evento de salud, bien luego de recibir la atención médica particular.

Posteriormente el plenario cuenta con historia clínica que documenta que el demandante vuelve a consultar el 25 de julio de 2018, esto es un año después del evento, y que por esta condición le fue otorgada incapacidad, del 25 de julio al 7 de

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

agosto de 2018, que se prorrogó hasta el 07-08-2018, y para que la condición de discapacidad se catalogara como relevante debió haber impedido o dificultado sustancialmente el desempeño de sus funciones y acreditarse que se encontraba en condición de discapacidad en grado moderado, severo. No obstante, dentro del plenario no obra prueba de ello, lo que permite afirmar que la no renovación del contrato de trabajo no guarda relación con el estado de salud del convocante y tampoco denota una conducta discriminatoria por parte del empleador.

Las anteriores razones son suficientes para establecer que el demandante no era sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, siendo claro para la Sala que la terminación de su contrato de trabajo se dio por la finalización del término pactado, sin acreditarse para la fecha del aviso de la no renovación que el demandante fuera objeto alguno de fuero de estabilidad reforzada y que el fenecimiento del vínculo hubiese acontecido por razón de los padecimientos de salud de esta y por ello, **SE CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia en el punto de apelación.

VIII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Código Único de Identificación: 11001310500920190006301

Demandante: JAIDER DE JESÚS MATOS MENDOZA

Demandado: CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED

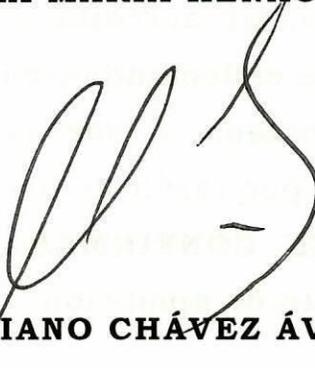
SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$150.000.00 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **FERNANDO NOGUERA** promovió contra **INDEGA S.A. y OUTSOURCING S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo con INDEGA S.A. desde el 27 de julio de 2015 por intermedio de OUTSOURCING S.A.S.; que goza de estabilidad laboral reforzada al ser padre cabeza de familia y padecer su hija de parálisis cerebral espástica cuadripléjica y tetrapléjica, además de retraso mental no especificado; que tiene derecho a percibir los mismos

beneficios consagrados en la convención o pacto colectivo de los trabajadores de INDEGA S.A.; y que deben ser ajustados sus salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensiones al nivelarse su salario con los trabajadores de INDEGA S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita su inclusión en la nómina mensual; el pago de los derechos establecidos en convención o pacto colectivo; diferencia salarial y reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, equiparado con los trabajadores de INDEGA S.A.; sanción por no consignación de las cesantías; sanción por no pago de intereses a las cesantías; mantener el vínculo laboral teniendo en cuenta su estabilidad laboral reforzada, e indexación.

Subsidiariamente, solicita su reintegro junto con el pago de aportes a seguridad social integral, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dejados de percibir desde su despido hasta su reintegro; diferencia salarial y reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, equiparado con los trabajadores de INDEGA S.A.; sanción por no consignación de las cesantías; sanción por no pago de intereses a las cesantías; e indexación.

En subsidio de estas últimas, requiere indemnización por despido sin justa causa; indemnización moratoria; el pago de los derechos establecidos en convención o pacto colectivo; diferencia salarial y reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión, equiparado con los trabajadores de INDEGA S.A.; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** El 27 de julio de 2015 ingresó a laborar al servicio de INDEGA S.A. por intermedio de CONTACTAMOS

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00321 -01
Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**
Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

OUTSOURCING S.A.S., mediante contrato de trabajo, para desempeñar el cargo de Montacarguista; **2)** Gozaba de servicios de transporte y restaurante, cumplía el horario laboral, recibía órdenes, y estaba sujeto a la programación que determinara INDEGA S.A., prestando sus funciones en iguales condiciones que los trabajadores de INDEGA S.A.; **3)** Fue trasladado al proyecto operativo Alinova por decisión de INDEGA S.A. por intermedio de OUTSOURCING CONTACTAMOS S.A.S.; **4)** Devengaba \$1'482.400, no obstante, el persona de INDEGA S.A. con las mismas funciones les pagaban la suma de \$2'000.000; **5)** No se ha podido beneficiar de la convención ni del pacto colectivo de trabajo; **6)** El 04 de mayo de 2013, su hija fue diagnosticada con parálisis cerebral espástica cuadriplejica y tetrapeljica, y retraso mental no especificado; **7)** El 07 de mayo de 2020 le fue terminado su contrato de trabajo de forma unilateral, por INDEGA S.A. por intermedio de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; y **8)** Interpuso acción de tutela, la que fue fallada por el Juzgado 24 Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Bogotá el 03 de junio de 2020, de forma favorable, ordenando su reintegro; decisión que fue confirmada el 06 de julio de 2020 por el Juzgado 43 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá.

II. ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. (011. 2020-321 Contestacion.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de contrato realidad con INDEGA S.A., y cobro de lo no debido.

Aceptó que hasta 2018 INDEGA S.A. permitió a sus trabajadores usar rutas de transporte y de restaurante; que por medio de acción de tutela se ordenó el reintegro del trabajador; y que el actor no era acreedor de beneficios de la convención ni del pacto colectivo de trabajo. Negó los demás hechos.

Expuso que el demandante estuvo vinculado directamente con CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. a través de un contrato de obra o labor, ostentando el cargo de Operador Logístico; que su función es la de prestar servicios especializados mediante la figura del outsourcing, lo que se realizaba con completa autonomía e independencia; que el demandante fue vinculado mediante contrato de obra o labor, y finiquitó precisamente por la disminución de los volúmenes de producción, y a la cancelación de los servicios que prestaba el actor; y que desconocía de la situación médica de la hija del accionante.

Por su parte, **INDEGA S.A.** (012. contestación indega.pdf), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, inexistencia de la causa y de la obligación, buena fe, compensación, inexistencia de calidad de padre cabeza de familia en cabeza del actor.

Negó todos los hechos de la demanda. En su defensa expuso que el actor nunca fue contratado por INDEGA S.A.; que contrató con CONTACTAMOS SERVICIOS S.A.S., los servicios en las labores de operaciones, optimización de procesos, y re-procesos, actuación que desarrolló con plena autonomía técnica y directiva; que no tuvo ningún tipo de injerencia en las labores que desplegó CONTACTAMOS SERVICIOS S.A.S., la que ha dado cumplimiento a la labor contratada asumiendo los riesgos de la operación, y ha ejecutado su servicios con sus propios medios; que las labores de operador logístico no son esenciales de su objeto social, el cual versa principalmente en la producción de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas, bebidas no alcohólicas, en general y productos alimenticios de cualquier índole; que el cargo de

Operador Logístico Montacarguista no existe en su planta de personal; que para considerar al actor padre cabeza de familia, conforme criterio de la Corte Constitucional, se debe tener en cuenta que su pareja no asume la responsabilidad que le corresponde, y que ello obedece a un motivo verdaderamente poderoso, como la incapacidad física, sensorial, psíquica o mental o, la muerte, así como que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, por demás que no está acreditado la ausencia permanente o abandono de su pareja; y que el actor no informó en ningún momento de la condición de salud de su hija.

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

INDEGA S.A. llamó en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (013. llamamiento en garantía de indega.pdf), no obstante, mediante auto del 26 de mayo de 2021, se tuvo por NO CONTESTADA la demanda y el llamamiento en garantía (023. 11001310503120200032100 TIENE POR NO CONTESTADA y fija fecha.pdf)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 09 de agosto de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo que, valorada la prueba testimonial se concluye, de la mayoría de ella que si bien INDEGA S.A. era beneficiario de los servicios del actor, el empleador era CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., pues era quien pagaba salarios y prestaciones sociales, afilió al trabajador a seguridad social y daba las órdenes, por demás que al valorar el contrato de prestación de servicios entre las demandadas, en el que se establece claramente que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. prestaría servicios especializados, concluyó que no se suscribió para tercerizar las labores de INDEGA S.A., pues el actor ha

prestado sus servicios a personas ajenas a ésta; que por lo anterior, INDEGA S.A. sería una beneficiaria de los servicios del demandante, por lo que habría lugar al reconocimiento de los beneficios de la convención o del pacto de colectivo de trabajo y al pago de diferencias salariales y prestacionales sino fuera porque no se allegaron al plenario dichos acuerdos extralegales; así mismo concluyó que no está demostrado que el demandante fuese padre cabeza de familia, puesto que no está acreditada la deficiencia sustancial de los demás miembros de la familia de éste, así como tampoco que es el único proveedor de su hogar; y que aunado a lo anterior, está incompleta la acción de tutela a través de las que se ordenó la correspondiente protección, por demás que el amparo que se reconoció fue de forma transitoria.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** señaló que de la historia clínica allegada, se logra evidenciar que su hija requería acompañamiento constante de su madre las 24 horas, siendo el demandante el único proveedor de su hogar, lo que ya había sido protegido por el juez constitucional; que se deben observar los documentos allegados, pues no fueron estudiados a plenitud, ya que, obra certificación que muestra que es en INDEGA S.A. donde se presta el servicio, que el actor era Operador Logístico, así como está demostrado que la orden del juez constitucional fue disponer el reintegro del actor en las instalaciones de INDEGA S.A.; y que aunado a lo anterior, se demostró que los elementos de trabajo utilizados por el trabajador eran de INDEGA S.A., y que se desarrolló el objeto social o actividades conexas a este.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si INDEGA S.A. funge como verdadero empleador del demandante; y si el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada dada su presunta condición de padre cabeza de familia y proveedor de su hija en estado de discapacidad.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de

un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción. (Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo.

En un caso de similares características, y en donde también estuvo vinculado como parte un *outsourcing*, para determinar si existió un contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3318-2018, dispuso:

“Ahora, en relación con el contrato suscrito entre las empresas involucradas, cuyo objeto se circunscribió, como se anunció en los términos de referencia, a la contratación del «*suministro de servicios para realizar actividades operativas comerciales las*

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**

Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

cuales están relacionadas con el manejo de vehículos propiedad de Emcali para el desplazamiento dentro de su jurisdicción en relación con las revisiones de servicios», se debe advertir que el juez plural no incurrió en el dislate que se endilga. Por el contrario, la sentencia refiere explícitamente la existencia del nexo laboral con base en ese preciso elemento de prueba (folio 12, cuaderno del Tribunal).

En efecto, el juez colegiado concluyó que estos documentos probaban la existencia de un acuerdo entre las sociedades involucradas para suministrar personal, inferencia que no dista de lo que esas pruebas acreditan, solo que, en conjunción con la apreciación de otros elementos de acreditación, encontró que en realidad el demandante estuvo sometido a la subordinación jurídica que le permitió afirmar que, en realidad, se trató de una relación laboral.

La Sala recuerda que en la sentencia confutada no se niega la existencia del acuerdo celebrado entre Emcali E.I.C.E. E.S.P y Serviremos S.A.S. Por el contrario, y precisamente partiendo del reconocimiento de lo pactado, el colegiado consideró la existencia del acuerdo, pero estimó que las partes suscriptoras actuaron en contravención, y por ello fulminó las condenas deprecadas, al considerar que si bien las partes acordaron la independencia en la ejecución de la labor, lo cierto fue que «EMCALI pasó por alto que no debía existir intromisión o injerencia (...) respecto de aquellas obligaciones a cargo del tercero contratista, como lo era ejercer la subordinación respecto [de] su personal; siendo tal su nivel de injerencia, que desdibujó los convenios celebrados». Conclusión que no se desvirtúa con la argumentación dirigida a ratificar los términos de la contratación. (...)”.

Finalmente, no sobra recordar que conforme al artículo 32 del C.S.T. son representantes del empleador sus intermediarios:

“ARTICULO 32. REPRESENTANTES DEL {EMPLEADOR}. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son representantes del {empleador} y como tales lo obligan frente a sus trabajadores además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

(...) b) Los intermediarios”.

Y en la sentencia SL2667-2020, la Sala de Casación Laboral resaltó la responsabilidad del intermediario, advirtiendo que los actos que este realice comprometen al verdadero empleador, así:

“Ahora, el hecho de que la comunicación que notifica el rompimiento del nexo hubiera sido suscrita por una funcionaria de la empresa Atiempo Servicios Ltda. en modo alguno le resta

eficacia a tal decisión, pues precisamente con ocasión de las conclusiones a las que arribó el Tribunal, dicha empresa tenía la calidad de simple intermediaria y el verdadero empleador era Seatech International Inc, **por lo que los actos realizados por aquella tienen la virtud de comprometer a ésta”.**

VI. DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

No son objeto de controversia en el proceso, los hechos relativos a que: **i)** La suscripción del contrato comercial entre CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. y la sociedad INDEGA S.A., el día 01 de enero de 2014, cuyo objeto contractual es el de proveedor de la cadena de abastecimiento para garantizar el suministro de productos de INDEGA S.A., (fls. 71 a 87 del documento 012); **ii)** El 27 de julio de 2015, Fernando Noguera celebró contrato de obra o labor con CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. para desempeñar el cargo de Operador Logístico (fls.82 y 83) **iii)** también se encuentra acreditado que el demandante prestaba sus servicios en cumplimiento del acuerdo comercial referido (fl.89); **iv)** que el 07 de mayo de 2020 se dio por terminado por parte de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A. el contrato de trabajo del actor (fl.92); **v)** que Laura Camila Noguera Amado, hija del demandante, padece de “*parálisis cerebral espástica*”, y/o “*retardo del desarrollo psicomotor con grado severo de discapacitado*”, desde su nacimiento - 05 de octubre de 2000-, para lo que necesita compañía permanente de sus padres (fls.107 a 115); **vi)** que el 03 de junio de 2020, el Juzgado 24 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, tuteló de manera transitoria los derechos del trabajo, estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, y seguridad social, ordenando a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. el reintegro del demandante; decisión que fue confirmada por el Juzgado 46 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (fls. 116 a 131); y finalmente, **vii)** que el 08 de agosto de 2020, el demandante fue trasladado para que

prestara sus servicios en el proyecto operativo Alinova (fls. 98 y 99).

Adicional a la documental obrante en los archivos 002 (fl.3), 003, 004, 011 (fls. 29 a 103), 012 (fls. 44 a 153), 013 (fls. 8 a 96), y 021 (fls. 1 a 35), al proceso comparecieron a rendir testimonio, Víctor Manuel Matoma Rocha, Carlos Arturo Gamba Mayoral, Roberto Carlos Caldearon Turcios, y Hernán Eduardo Botero Garrido, quienes manifestaron:

Víctor Manuel Matoma Rocha dijo en su condición de Operador de Montacarga, que demandó a INDEGA y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., reconociéndose contrato realidad; que conoce al actor hace más de cinco años, por el desarrollo de sus funciones en INDEGA S.A; que el actor desempeña el cargo de Operador de Montacarga; que lo que hace un operador de montacargas es que dentro de las instalaciones de la planta de Coca Cola cumple funciones de atención de líneas de producción, realizando cargue y descargue de camiones de la compañía INDEGA S.A.; que esas funciones de montacarga se dan dentro del patio y en el túnel de armado, ahí es donde se cargan y se descargan los camiones, así como en otro sitio que se llama clasificación, ahí se descarga el envase, y en el turno de noche se hace el cargue de los camiones, al igual que en línea uno y dos; que vio al actor en la planta, pero no compartió con él, ya que cuando llegó, ya él no hacía la función de montacargas; que en la planta ha estado en todo lado, compartiendo con los operadores de montacargas en diversos turnos; que no conocía la situación familiar del demandante; que dentro de la planta exigían una indumentaria por seguridad, botas, pantalón, camisa, gafas, y casco; que la indumentaria tiene reflectivos; que esa indumentaria la entregaba recursos humanos de INDEGA S.A.; que las órdenes las imparte personal de INDEGA S.A.; que hay unos 40 o 50 montacargas que están marcados con una etiqueta de coca cola; que compartió varios años dentro de las instalaciones con el actor, pese a que no estaba operando el

montacargas; que los jefes eran Carlos Vargas, Carlos Valencia, Andrea Vanegas y cuando estaba, Sonia, quienes eran personal de INDEGA S.A.; y que tales personas siguen siendo sus jefes desde que se declaró el contrato realidad a su favor.

Por su parte, **Carlos Arturo Gamba Mayoral**, manifestó que es operario de montacargas; que demandó a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., motivo por el que ahora pertenece a la planta de INDEGA S.A.; que sus funciones actuales en virtud de un restricción médica son las de inventario, recibo de productos, envase, lo que hace desde que lo reintegraron el 01 de agosto del 2019; que antes de la fecha aludida, era Auxiliar de Montacarga, no manejaba montacargas, en donde estuvo desde 2012; que fue compañero de trabajo del actor, quien era Operario de Montacargas; que el demandante usaba dotación, pantalón azul, chaleco verde, y botas; que el actor ha trabajado como operario de montacargas desde que entró en el 2015; que trabajó con el demandante en la misma área desde 2015 hasta agosto de 2019; que las funciones de operario de montacargas es surtir líneas, desocupar líneas, cargas camiones y trailers, así como mover productos de coca cola; que Coca cola saca una programación para que la temporal ubique el personal de acuerdo a las necesidades que requiera INDEGA S.A.; que los montacargas son de INDEGA porque tenían una placa de tal empresa; y que en esa época, habían unos encargados por parte de la temporal, pero que ahora no sabe cómo se maneja eso.

Roberto Carlos Calderón Turcios señaló en su calidad de Gerente de Operaciones de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el demandante es trabajador de la empresa desde junio del 2015; que el actor es operador logístico en la modalidad de montacargas, lo que realizó hasta agosto de 2020, siendo trasladado a otro de sus proyectos, Alinova; que Alinova es una empresa farmacéutica que produce gomitas de vitamina c; que el actor era Operador Logístico de Montacargas en la operación con Coca Cola Femsa; que la indumentaria que usa el demandante es

la de cada uno de sus trabajadores, jean azul, botas de seguridad, camiseta con reflectivos de color verde, chaqueta con reflectivos de color verde en caso de trabajos nocturnos, buzo de color verde con reflectivos, y un térmico para las noches que es de color verde, casco y gafas de seguridad; que la indumentaria tiene el logo CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que cuando estaba el demandante de operador de montacargas su función siempre variaba, se daba a conocer todos los viernes en la mañana la programación, para que todo el personal quedara informado de qué actividad en particular quedaba programada para la siguiente semana; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A. le hizo la afiliación al actor al sistema de seguridad social; que en caso que el demandante tuviera que ausentarse, tenían definido un procedimiento, si es un permiso no remunerado de uno a dos días, se tenía que solicitar al jefe de operaciones que estaba a cargo del turno, si es un permiso de más de tres días o un permiso compensatorio derivado del trabajo, se lo debía de solicitar directamente a él; que la indumentaria que utiliza coca cola es un jean azul, camisa roja que no tiene reflectivos, diferente a la de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, en donde usan chalecos verde con reflectivos, casco y gafas de seguridad; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. cuenta con una estructura administrativa y una operativa, la administrativa, consta desde la gerencia de operaciones, jefatura de gestión humana, jefatura de seguridad y salud en el trabajo, jefatura de relaciones laborales; que en la estructura operativa, se encuentra un jefe de operaciones para cada turno, ya que, se trabaja las 24 horas del día, dividido en tres turnos, de 6:00 A.M. a 2:00 P.M., 2:00 P.M. a 10:00 P.M., y de 10:00 P.M. a 6:00 A.M.; que el jefe de operaciones está a cargo de las personas que se tienen en cada uno de los turnos y de las actividades que se realice en cada área, él que a su vez tiene unos coordinadores por actividad en cada uno de los turnos para poder controlar y supervisar todas las actividades; que el personal del área administrativa presta sus servicios al interior de las instalaciones de Coca Cola Femsa, pues ahí es donde se ejecutan las actividades negociadas con el

cliente; que tienen tres oficinas, dos administrativas y una operativa, las que están completamente identificadas con los logos de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., eslogan, visión y misión; que las carteleras se publican en la oficina de operaciones de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el demandante no informó que tenía alguna novedad familiar; que el actor fue trasladado al proyecto de Alinova por el tema de la pandemia, y fue una de las razones por las que se les desvinculó en 2020, luego de tratar de otorgar vacaciones anticipadas, y de todas las acciones para no desvincular personas; que la operación con Coca Cola cayó más de un 50% en volumen, lo que los llevó a tomar la decisión de prescindir de los servicios de algunos de los trabajadores, como el actor; que el número de volúmenes operativos va ligado con la cantidad de personas que tienen en la operación; que el encargado de impartir órdenes al demandante es el jefe de operaciones de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., o el coordinador del proceso donde él estuviera asignado; que el encargado de realizar llamados de atención al demandante en primera instancia, era el jefe de operaciones de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., o el coordinador; que el encargado de autorizar el disfrute de las vacaciones del demandante era él o Natalia, la Jefe de Gestión Humana; que en CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. se hacía la programación anual, y capacitaciones; que no se tenía permitido que el demandante usara las rutas de INDEGA S.A., algunos trabajadores se montaban y hacían uso de ello, pero estaba prohibido por CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el demandante no podía usar ninguna de las instalaciones de INDEGA S.A. porque solo podía usar las instalaciones que se les ofrecía al outsourcing; que el casino no es de INDEGA S.A., eso lo presta un tercero, al igual que la empresa que suministraba alimentación, ellos facturan lo que cada trabajador consume y se hace el respectivo pago; que INDEGA S.A. no tiene relación con Alinova; que al demandante se le ha pagado todo lo correspondiente a salarios y prestaciones sociales, incluso después del reintegro por tutela se procedió a pagar lo

correspondiente; y que el demandante fue asignado al montacargas por el auxiliar de control de equipos; que el montacarga es propiedad de coca cola y lo tenemos en comodato para su uso.

Finalmente, **Hernán Eduardo Botero Garrido** adujo que era Jefe de Sector de Coca Cola Femsa desde agosto del 2019, y antes era jefe de operaciones para Coca Cola Femsa en Bogotá; que no conoce al demandante; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., es su operador logístico, esto es, quienes hacen todas las tareas operativas que se requieren para poder cargar los vehículos para las ventas; que el outsourcing tiene una mesa de labor operativa, y una cantidad determinada de personas destinadas a las tareas operativas, de manera que, hacen reempaque, clasificación de producto, cargan y descargan vehículos de entrega diaria a los clientes de tienda a tienda; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. tiene en cada sección, líderes o jefes de sección, entonces tienen un jefe de montacargas, o de patio, y ellos son los que les dan las órdenes directas a su equipo; que esas labores que son dadas por CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. son hechas las 24 horas del día, primer y segundo turno, es de descargue, y el tercer turno, se alista el producto; que quien le cancela los salarios, y afilia a los trabajadores, a las personas que están en carga y descarga de vehículos es CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que la indumentaria de los trabajadores del outsourcing es un uniforme de color verde y naranja, el que se entrega por personal de ésta empresa; que las personas que están vinculadas directamente con INDEGA S.A. visten de color rojo; que hay control de ingreso exclusivo para los de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.; que el outsourcing no participa en la producción de bebidas; que para garantizar los servicios contratados con el outsourcing, tenía comunicación con Roberto que es el gerente de éste, les poníamos cuales eran las iniciativas a realizar, y él se encargaba de bajar la información a los jefes de él y a las personas operativas; que no sabe quién hacía la

programación de turnos; que no sabe cómo CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. generaba las funciones de los montacarguistas, pero que ellos le entregaban las tareas a Roberto, y éste se encargaba de hacer planes y diseños para cumplir con la operación, no tenían injerencia en esto; que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. tiene un área solamente para ellos; y que las funciones de los operarios de logística son esenciales para la actividad de INDEGA S.A. porque es un servicio que se cancela para hacer el cargue de los vehículos.

Pues bien. Sea lo primero precisar que las declaraciones de los anteriores testigos han sido analizadas y estudiadas de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, el principio de la libre formación del convencimiento, no evidenciándose contradicción alguna, especialmente, dentro de los testimonios de Víctor Manuel Matoma Rocha y Carlos Arturo Gamba Mayoral, quienes a juicio de la Sala resultan contestes y fehacientes.

Ahora, y en cuanto **a la existencia del contrato del trabajo** del análisis integral de las probanzas incorporadas al proceso, para la Sala es dable tener por probado el elemento de la prestación del servicio del accionante a favor de INDEGA S.A., puesto que se encuentra acreditado con los testimonios aludidos que el accionante prestaba servicios en las instalaciones de dicha sociedad como Operador de Montacargas; y que el servicio se prestaba en los vehículos de propiedad de INDEGA S.A.

De otro lado debe resaltarse, conforme al certificado de existencia y representación legal de INDEGA S.A. obrante a folios 58 a 75 que, dentro del objeto social de ésta se tiene que *“La sociedad tendrá por objeto principal la producción de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas, bebidas no alcohólicas en general y productos alimenticios de cualquier índole. Así mismo, estará facultada para: A) La distribución y venta de jarabes, sodas, aguas minerales, bebidas gaseosas y producción*

alimenticia de cualquier índole; (...) D) La fabricación, distribución, venta y arrendamiento de toda clase de productos y equipos relacionados en el literal A)”; por tanto, para la Sala es claro que el accionante desarrollaba funciones que estaban dentro del objeto social y giro ordinario de INDEGA S.A., pues la prestación del servicio encomendado al actor consistía en el cargue y descargue de mercancía que producía INDEGA S.A. para su distribución.

Así las cosas, era carga del codemandado INDEGA S.A. desvirtuar la presunción que en su contra recae, esto es, desvirtuar que la prestación personal del servicio que desarrolló en su favor el demandante se hizo bajo los tintes de la subordinación; no obstante, contrario a lo anterior, lo que se probó precisamente con los testimonios de **Víctor Manuel Matoma Rocha y Carlos Arturo Gamba Mayoral**, es que INDEGA S.A. ejercía poder subordinante sobre el demandante a través de trabajadores directos de ésta, pues según el primer testigo aludido recibía órdenes por parte de los señores Carlos Vargas, Carlos Valencia, y Andrea Vanegas quienes laboraban directamente al servicio INDEGA S.A., y que ésta última era la que le indicaba al outsourcing las labores a realizar para que colocara el correspondiente personal de acuerdo a las necesidades que requiera INDEGA S.A.; siendo insuficiente para el efecto, el testimonio de **Roberto Carlos Calderón Turcios y Hernán Eduardo Botero Garrido**, puesto que de sus declaraciones lo que se logra evidenciar es que el actor prestaba servicios propios del objeto social de la empresa; y que si bien existían coordinadores de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., el testigo Botero Garrido precisa que éstos dependían de las directrices que en últimas determinara INDEGA S.A., ya que, señaló que INDEGA S.A. tenía comunicación con el Gerente del outsourcing, Roberto Calderón, a quien le decían cuáles eran las iniciativas a realizar, y él se encargaba de bajar la información a los jefes del outsourcing y al personal operativo; por lo que, con dichas declaraciones, no logra evidenciar que fuera

CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. quien verdaderamente fungiera como empleador del demandante, razones que llevan a la Sala a **REVOCAR** la sentencia, y en consecuencia DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el actor con INDEGA S.A., debiéndose en consecuencia, estudiar los restantes puntos.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DEL PADRE CABEZA DE FAMILIA Y POR SU HIJA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD.

Señala el accionante que goza de estabilidad laboral reforzada, como quiera que ostentaba la condición de padre cabeza de familia y dado que su hija se encontraba en condición de discapacidad, pues padece de parálisis cerebral espástica cuadripléjica y tetrapléjica, y retraso mental no especificado.

Al respecto, sea lo primero indicar que se considera **madre o padre cabeza de familia**, a quien siendo soltero o casado, ejerce la jefatura del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar.

Así las cosas, es quien tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad económica del hogar, por la incapacidad para trabajar de los demás miembros, debidamente comprobada; interpretación que resulta conforme con los postulados de la Constitución Política, pues preserva el especial interés del Estado de proteger a los núcleos familiares que dependen de un único ingreso, a través de acciones afirmativas, a la vez que no desfigura las reglas y objetivos de las normas que regulan en retén social. Así, lo ha entendido, la H. Corte Constitucional, en sentencia SU-388 de 2005, en donde se determinó:

“La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar”.

Por tanto, no toda persona puede ser considerada como madre o padre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre o madre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria del padre o de la madre para sostener el hogar; presupuestos que también encuentra asidero en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, quien en sentencia SL19561-2017 señaló:

“Sin perder de vista la vía indirecta invocada por el recurrente, se hace pertinente traer a colación lo expuesto por la Sala en la sentencia SL1496-2014, respecto a los requisitos exigidos en el artículo 12 de la Ley 790 de 2003, para ser beneficiario del retén social. En dicha oportunidad así se pronunció la Corte:

Ahora bien, el artículo 12 de la Ley 790 de 2002 estableció una regla especial según la cual «...no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la

Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica...» A su vez, dicho concepto de «madre cabeza de familia» fue definido en el punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, en los siguientes términos: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada.»

Una lectura exegética de la anterior definición de «madre cabeza de familia», conllevaría a determinar que bajo dicho rótulo sólo se puede ubicar a las «mujeres», que tienen «hijos» menores de edad o inválidos que dependen económicamente y de manera exclusiva de ellas. Sin embargo, para la Corte el concepto de «madre cabeza de familia» debe integrarse armónicamente con el de «mujer cabeza de familia», a la que el Estado le debe una especial protección, según el artículo 43 de la Constitución Política, y que se encuentra desarrollado en el artículo 2 de la Ley 82 de 1993, según el cual:

(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. (negrillas fuera de texto).

Así las cosas, madre cabeza de familia no sólo es la mujer con hijos menores o inválidos, sino también aquella que tiene a su cargo exclusivo la responsabilidad económica del hogar, por la incapacidad para trabajar de los demás miembros, debidamente comprobada.

Esta interpretación es la que resulta conforme con los postulados de la Constitución Política, pues preserva el especial interés del Estado de proteger a los núcleos familiares que dependen de un único ingreso, a través de acciones afirmativas, a la vez que no desfigura las reglas y objetivos de las normas que regulan en retén social. Así lo ha entendido, por otra parte, la Corte Constitucional, que en su reiterada jurisprudencia sobre tal figura y sus alcances frente a las madres cabeza de familia ha dicho:

La Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v)

por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar. (negrillas fuera de texto). Sentencia SU 388 de 2005.

Tras lo anterior, se repite, la interpretación que más se amolda a los principios de la Constitución y a la intención del Estado de brindar estabilidad y protección a los grupos tradicionalmente marginados o en condiciones de debilidad manifiesta, es aquella por virtud de la cual la «madre cabeza de familia» es la que tiene a su exclusivo cargo la responsabilidad de su núcleo familiar más cercano, por la existencia de hijos menores u «otros integrantes incapacitados para trabajar».

La anterior Interpretación que ahora se hace extensiva, a los «**padres cabeza de familia**», según las razones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia SU389-2005. (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, la Sala observa que se encuentra acreditado que la hija del demandante, Laura Camila Noguera Amado, padece de “*parálisis cerebral espástica*”, y/o “*retardo del desarrollo psicomotor con grado severo de discapacitado*”, desde su nacimiento – 05 de octubre de 2000- (fls.107 a 115), por lo que, se encuentra acreditado el **primer requisito** para considerar que el actor es padre de cabeza de familia, pues tiene a su cargo a su hija, quien en virtud de la patología aludida se encuentra incapacitada para trabajar.

En cuanto al **segundo requisito**, se observa que la enfermedad que padece la hija del actor es permanente, y que inclusive la padece desde el nacimiento, por lo que aquel se encuentra acreditado; en cuanto al **tercer requisito** el que es concomitante con el **cuarto**, esto es, que exista ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, y que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre o madre; o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; observa la Sala que si bien sería un motivo verdaderamente poderoso que la madre se sustrajera de sus obligaciones, el acompañamiento de su hija en condición de

incapacidad de manera permanente, lo cierto es que tal situación no aparece debidamente demostrada.

En efecto, de la historia clínica lo único que se puede derivar es que el médico tratante señala que la hija del demandante debe permanecer acompañada de forma permanente (fl.114), no obstante, brilla por su ausencia prueba alguna de la que se pueda derivar que es su madre quien ejerce esa labor.

Así mismo, el **quinto requisito**, tampoco se logró acreditar, esto es, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria del padre o de la madre para sostener el hogar; pues no existe prueba alguna de la que se pueda desprender que la madre de la hija del demandante, no ejerza ningún tipo de oficio o labor, o como se señaló en el punto anterior, que esté imposibilitada para hacerlo por ser la encargada de cuidar permanentemente a su hija.

En igual sentido, se observa que **la condición de salud de la hija del causante, tampoco fue comunicada al empleador**, pues aunado a que no obra documental alguna al respecto, y que ninguno de los testigos señaló que el actor comunicó tal situación a su empleador, el mismo **demandante en interrogatorio de parte** confesó que no informó a INDEGA S.A. de su condición de padre de cabeza de familia, por lo que, en tales condiciones no es dable considerar que gozaba de tal fuero de estabilidad laboral, así como tampoco ordenar su reintegro.

Finalmente, habrá de advertirse que si bien el 03 de junio de 2020, el Juzgado 24 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, tuteló de manera transitoria los derechos del actor, ordenando a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. su reintegro, decisión que fue confirmada por el Juzgado 46 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (fls. 116 a 131); lo cierto es, que aunado

a que las providencias aludidas se allegaron de forma incompleta, lo que no permite la comprensión de las razones que llevaron al juez constitucional a tomar tal determinación, tales providencias únicamente tuvieron efectos transitorios, por manera que, estaban supeditadas a la decisión de la jurisdicción ordinaria, no habían hecho a tránsito a cosa juzgada constitucional, y en consecuencia estaba supeditada a lo que se decidiera en esta instancia.

BENEFICIOS EXTRALEGALES.

Expone el demandante en su demanda que INDEGA S.A. debe reconocer y pagar los derechos establecidos en la Convención Colectiva o en el Pacto Colectivo, teniendo en cuenta el derecho a la igualdad; no obstante, al plenario no fue arrimado ninguno de los documentos aludidos, esto es, Convención Colectiva de Trabajo o Pacto Colectivo, pues al respecto, lo único que se avizora es que el demandante pertenece a la organización sindical Unión de Trabajadores de la Industria de las Bebidas, Alimentos, y Sistema Agroalimentario, Afines y Similares de Colombia S.A.- UTIBAC, lo que se notificó al empleador el 19 de mayo de 2017, y que el 12 de noviembre de 2019, tal sindicato presentó un pliego de peticiones (fls. 132 a 139); documentos que son insuficientes para determinar los beneficios extralegales a que el demandante tenía derecho, y en consecuencia proceder a ordenar su reconocimiento y pago.

NIVELACIÓN SALARIAL.

Señala el demandante que tiene derecho al pago del mismo salario que gozaban los trabajadores de INDEGA S.A., y en consecuencia que deben ser reliquidadas la totalidad de prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensiones y salud.

Al respecto, es necesario recordar que el principio “a trabajo igual, salario igual” no es absoluto ni de aplicación literal e inexorable, sino que exige que el puesto desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de **capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra**, tal y como lo consagra el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, en armonía con el 143 del C.S.T.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de mayo de 2005, Rad. 23148, reiterada el 18 de mayo de 2009 y el 06 de mayo de 2015, Rads. 33673 y 46853, respectivamente, entendió que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en **razones objetivas**, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc. En la última sentencia aludida se expuso:

“La jurisprudencia de esta Sala ha enseñado que:

... es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.

Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.

En el caso de los trabajadores oficiales, condición laboral que ostentaba la actora, el citado artículo 5° de la Ley 6ª de 1945, que para el recurrente fue equivocadamente entendido, en lo pertinente señala: “ La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región

económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales". (CSJ SL -de 10 de junio de 2005.-Radicado, 24272.)

En SL CSJ de enero 23 de 2007; radicado, 27724; se dijo:

Reiteradamente lo ha señalado la doctrina constitucional que una de las dimensiones del derecho a la igualdad es el de la discriminación, puesto que evidentemente la práctica de estas conduce a la violación de la igualdad material; en el mundo del trabajo los derechos y las libertades, por los que se realiza la dignidad humana del trabajador, y se le reconocen los derivados de su trabajo como la remuneración, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser otorgados haciendo diferenciaciones odiosas, acudiendo a las categorías de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, para dar por ellas trato de inferioridad, pero no por sólo las anteriores que enumera de manera expresas el artículo 13 de nuestra Carta Política, sino también por circunstancias que carezcan de justificación razonable, por las que las decisiones del empleador al tasar los derechos laborales se convierten en ejercicio de arbitrariedad.

Y en un pronunciamiento más reciente SL 6217 -2014 26 de noviembre de 2014; radicado.- 45830; se expresó:

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, por efecto del Art. 93 superior, ambos convenios internacionales «prevalecen en el orden interno», o sea, forman parte del llamado bloque de la constitucionalidad, en forma indisoluble con el artículo 13 de la Carta. Esto significa que los citados convenios se erigen en razones para las reglas legales que en Colombia regulan la igualdad y no discriminación en materia retributiva en el ámbito laboral. En concreto, son razones para los preceptos incluidos en los señalados artículos 5° de la Ley 6ª de 1945 y 143 CST, cuyo alcance y significado deberá definirse en función de tales instrumentos internacionales ratificados por Colombia, y por tanto incorporados como cánones superiores en el ordenamiento jurídico interno.

De esta manera, las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos, como se explicará ahora.

B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario.

Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:

(...) En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo

contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.

Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.

Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos, o relevantes (por ejemplo, una remuneración mayor para quienes tengan más altos niveles de responsabilidad, o con mejor productividad, etc.; o determinados beneficios o auxilios familiares para quienes tengan específicas o mayores responsabilidades en ese campo, etc.)

Entonces si, como lo señalare la doctrina de esta Sala, «*las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos,*» y aparece demostrado en el proceso que la diferenciación salarial reconocida y declarada no fue fruto de una caprichosa, antojadiza y particular decisión de la empleadora en beneficio del trabajador Orozco sino que, por el contrario, obedece a motivaciones asociadas a la reestructuración administrativa determinada a su vez por las modificaciones tecnológicas descritas; se concluye que no se equivoca el tribunal al establecer que asistieron a la empresa razones objetivas que explican y justifican el cuestionado desnivel del ingreso entre demandantes y el trabajador en referencia.

Es de colegir entonces, que la aplicación del renombrado principio entraña una certera comprobación de la igualdad de condiciones en que desarrolla la labor el trabajador que alega un trato discriminatorio y la de aquél que es objeto de comparación, pues sólo dados tales presupuestos será posible una aplicación razonable de los artículos citados, es decir, los artículos 5 de la Ley 6 de 1945 y 143 del C.S.T.

Ahora bien, la misma corporación aludida en sentencias del 05 de febrero y 10 de diciembre de 2014, Rads. 39858 y 44317 reiterando las sentencias del 25 de septiembre de 1997 y 16 de noviembre de 2005, Rads. 9255 y 24575, respectivamente tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio “*a trabajo igual salario igual*”, tiene por carga probatoria demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia; y que le corresponde al empleador justificar la razonabilidad del

trato, inclusive tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del C.S.T, por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, según el cual, *“todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*. En la sentencia con radicado 44317 dijo:

“Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *«a trabajo igual salario igual»*, tiene por carga probatoria demostrar el *«puesto»* que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adoctrinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575.

Sin embargo, esta Corporación precisará el citado criterio, en cuanto a que, tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al art. 143 del CST, por el art. 7° de la L. 1496/2011, según la cual *«Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación»*, en casos como el presente, en que la relación laboral culminó en 2006, atendiendo al principio de la carga dinámica –y no estática- de la prueba, también deberá invertirse la carga probatoria. En consecuencia, si el trabajador aporta los indicios generales que suministren un fundamento razonable sobre la existencia de un trato discriminatorio en materia retributiva, le corresponde al empleador –dado que está en mejores condiciones para producir la prueba-, justificar la razonabilidad de dicho trato”

Así las cosas, y revisado la totalidad del acervo probatorio, no se verifica que el demandante hubiese cumplido con su carga probatoria, pues si bien está demostrado que ejercía el cargo de Operador Logístico y/o Operador de Montacargas, no se encuentra acreditada la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia; en efecto, brillan por su ausencia pruebas de las que se pueda desprender que el demandante devengaba una suma salarial o prestacional inferior a la que tenían los trabajadores de INDEGA S.A. que ejercían el mismo cargo, por lo que, en tales

condiciones no es dable ordenar el reajuste o reliquidación de sus salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a pensión y salud, máxime si se tiene en cuenta que en interrogatorio de parte se aceptó que el demandante recibió a cabalidad el pago de todas su acreencias laborales.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

En el *sub lite*, se observa que la razones que el contrato de trabajo finiquitó el 07 de mayo de 2020, aduciéndose como justa causa la comunicación de INDEGA S.A. de la reducción de sus

Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**

Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

volúmenes, y en consecuencia la finalización de la obra o labor, al desaparecer la necesidad de la empresa cliente; razones que no encuentran asidero al resultar como verdadero empleador INDEGA S.A., y evidenciarse que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. era un mero intermediario; por lo que, se ordenará su reconocimiento y pago.

Ahora, y dado que el demandante devengaba un salario variable, se rememora que según sentencia SL4743-2018, se debe promediar el último año de salario del trabajador:

“En ese contexto, no asiste razón a la censura, al asegurar que, frente a la existencia del salario variable, debe calcularse la indemnización por despido injusto, en razón a los 12 meses que anteceden a la terminación, pues como quedó visto en similares eventos, se ha tomado es el salario promedio de la proporción del último año laborado.”

De esta manera, y calculado el promedio salarial correspondiente tenemos que el salario a tener en cuenta es la suma de **\$1'381.120,80**. Lo dicho, de conformidad con la sumatoria de rubros, tales como, salario, horas extras y/o tiempo suplementario (fls. 73 a 78 del archivo 011), lo que arrojó los siguientes valores:

MES	SALARIO PROMEDIO
ene-20	\$ 1.602.240,00
feb-20	\$ 1.441.631,00
mar-20	\$ 1.390.194,00
abr-20	\$ 1.259.272,00
may-20	\$ 1.212.267,00
Promedio	\$ 1.381.120,80

Así las cosas, y dado que la relación laboral se extendió del 27 de julio de 2015 al 07 de mayo de 2020, se debe pagar por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **\$4'862.056,74**; por lo que, se ordenará su reconocimiento.

SANCIONES MORATORIAS.

La **indemnización moratoria** es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se

encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T. De igual forma la indemnización por no consignación de las cesantías se encuentra consagrada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Ambas tienen como consecuencia de la omisión el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Valga recordar, que para establecer la procedencia de las indemnizaciones descritas, la jurisprudencia ordinaria laboral ha definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, así como la no consignación de las cesantías, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, se precisa que, cuando se habla de este tipo de sanciones, se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, **Rad. 40509 y la SL1005-2021**).

Así las cosas, y dado que la única condena que se impone es el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, y no de forma alguna, salarios, prestaciones sociales, o cesantías, considera la Sala que no es dable imponer las sanciones objeto de estudio, por manera que, se absolverá por tales conceptos, y en consecuencia se ordenará el pago de la indemnización referida **debidamente indexada**, pues se ha visto sometida a la pérdida del poder adquisitivo del dinero y por la depreciación de la moneda.

DE LA SOLIDARIDAD Y COMPENSACIÓN.

El numeral 3° del artículo 35 del C.S.T. establece que *“El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciera así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas”*.; por manera que, al no avizorarse que CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. declaró su calidad de intermediario, debe responder en **solidaridad** de la condena que se impone, por lo que, se declarará su calidad de intermediario y por ende, de solidario. El anterior criterio, se ajusta al precedente de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL2168-2019.

Ahora, y dado que se propuso la **excepción de compensación** por parte la pasiva, y el demandante se encuentra reintegrado en virtud de la orden de tutela proferida el 03 de junio de 2020 por el Juzgado 24 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, confirmada por el Juzgado 46 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá (fls. 116 a 131), providencias que únicamente tuvieron efectos transitorios, y en las que se ordenó a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. el reintegro del trabajador, se ORDENARÁ que de las sumas solventadas que han sido pagadas por concepto del reintegro aludido se descuenten los valores correspondiente a la indemnización por despido sin justa causa.

PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO.

INDEGA S.A. llamó en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. con base en las pólizas 21-45-101146257 y 21-45-101151065, las que únicamente hacen alusión a salarios y prestaciones sociales, empero, que no señala que tengan amparo sobre indemnizaciones (fls. 91 a 93 del archivo 013., y 2 a 35 del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00321 -01
Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**
Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

archivo 014.), como la que se impone en esta instancia, motivo por el que se considera que no hay lugar a su reconocimiento.

VII. COSTAS.

Costas en ambas instancias a cargo de INDEGA S.A. y de CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S, y a favor de la parte actora. Costas a cargo de INDEGA S.A. y a favor de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre FERNANDO NOGUERA e INDEGA S.A., del 27 de julio de 2015 al 07 de mayo de 2020, en la que fungió como intermediario CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.

B. CONDENAR a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S en **solidaridad**, a pagar a favor de FERNANDO NOGUERA, la suma de **\$4'862.056,74** por concepto de **indemnización por despido sin justa causa**; rubro que se deberá pagar debidamente **indexado** al momento de hacerse efectivo su pago. La anterior suma, podrá ser **compensada** de los valores que han sido objeto de pago, como consecuencia del reintegro ordenado a través de las acciones de tutela.

Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**

Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

C. ABSOLVER a INDEGA S.A. y a CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra.

D. ABSOLVER a SEGUROS DEL ESTADO S.A. de amparar las condenas impuestas a las demandadas, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de INDEGA S.A. y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., y a favor del demandante. Igualmente, se imponen costas a INDEGA S.A. y a favor de SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

 *acelero voto.*

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2020-00321 -01
Demandante: **FERNANDO NOGUERA.**
Demandado: **INDEGA S.A. Y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de INDEGA S.A. y CONTACTAMOS OUTSOURCING S.A.S., cada una, y a favor del demandante. Igualmente, se impone por concepto de agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de INDEGA S.A. y a favor de SEGUROS DEL ESTADO S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Fernando Noguera
Demandada: Indega SA y Contactamos Outsourcing SAS.
Radicación: 11001-31-05-031-2020-00321-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación del demandante, resulta necesario precisar que ello es así, por cuanto del análisis de las pruebas allegadas al proceso, no fue posible evidenciar la verdadera ejecución de un contrato civil o comercial entre las demandadas, Indega como contratante y Contactamos Outsourcing SAS como un verdadero contratista independiente, acorde con lo dispuesto en el art. 34 del CST, tercerización que es completamente válida en los términos de la normatividad laboral vigente, pero que implica necesariamente que la ejecución de la actividad o proceso de producción a cargo de un tercero, se lleve a cabo asumiendo todos los riesgos, con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva, en los términos de la norma en cita, lo que en este asunto no quedó demostrado.

Por el contrario, ello fue desvirtuado, ubicándolo entonces en lo dispuesto en los supuestos previstos en el art. 35 ibídem, por cuanto no demostró ser un verdadero empleador como contratista independiente, con sus propios medios, autonomía técnica, administrativa y directiva, así como la asunción de riesgos, sino un simple intermediario, que contrató los servicios del actor para ejecutar trabajos por cuenta exclusiva de Indega, utilizando locales, equipos y herramientas de ésta, en actividades que son conexas a las ordinarias de esa sociedad, sin declarar esa condición, siendo esas circunstancias fácticas establecidas en el proceso, las que llevaron a declarar la existencia del contrato de trabajo con Indega SA, y la responsabilidad solidaria del simple intermediario.

Por otra parte, respecto a la estabilidad laboral reforzada pretendida por la parte actora, me aparto de las consideraciones expuestas, por cuanto en mi sentir, para que un despido pueda ser catalogado como ilegal o ineficaz, es preciso que las disposiciones que rigen las relaciones de trabajo, ya sean de orden legal, extra o supralegal, presupuesten taxativamente algún tipo de estabilidad reforzada en el empleo, como por ejemplo, a través de la consagración de un fuero especial de protección atendiendo a las condiciones particulares del trabajador o de la previsión que se haga en tal sentido, en la convención colectiva, o el reglamento interno de trabajo, entre otros.

Es así como la Legislación Nacional, define casos específicos en los que se restringe la potestad que ostenta el empleador de dar por terminado el contrato de trabajo sin causa justificada, como son, el fuero de salud establecido en la Ley 361 de 1997, el fuero circunstancial contemplado en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965, el fuero sindical previsto en el art. 405 del CST, el de maternidad estatuido en el art. 239 ibídem y el que protege a los trabajadores víctimas de conductas de acoso laboral, señalado en el art. 11 de la Ley 1010 de 2006; empero, no existe desarrollo legal del que se desprenda la prohibición de despido sin justa causa o que establezca cierto tipo de estabilidad reforzada en el empleo, para los trabajadores que alegan la calidad de madres o padres cabeza de familia, como ocurre en el caso bajo examen.

Y si bien se consagró esa estabilidad laboral reforzada para entidades del sector público, tanto respecto de empleados públicos como de trabajadores oficiales, en la Ley 790 de 2002 *“Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República”*, cuyo art. 12 previó que no podrían ser retiradas del servicio en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, entre otros, las madres cabeza de familia sin alternativa económica, protección especial que se hizo extensiva a los padres en igual situación, mediante sentencia CC C-1039-2003, que declaró condicionalmente exequible la disposición, considero que solo es aplicable en el servicio público, que tiene normas propias y una regulación laboral distinta a las relaciones de trabajo entre particulares, que se rigen por la legislación laboral, sin que unas se hagan extensivas a las otras.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101
Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **HELENA ORTÍZ LAGOS** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende, de manera principal, se resuelva a favor de Colpensiones el conflicto múltiple de vinculación que se presentó entre esta y Porvenir S.A. y como consecuencia de ello se decrete que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones y por ende, se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración, así como se ordene a Colpensiones el pago de la pensión de vejez a favor de la actora a partir del 1° de julio de 2019, junto con las mesadas adicionales, reajustes legales e intereses moratorios o la indexación de las mesadas.

De manera subsidiaria depreca se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, solicita se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, y a esta última a aceptar dichos valores y reconocer la pensión de vejez a partir del 1° de julio de 2019, junto con mesadas adicionales, reajustes legales, intereses moratorios o indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la activa narró, en síntesis, los siguientes hechos:

1) Nació el 20/02/1957; **2)** Al 01/04/1994 tenía 37 años 1 mes y 11 días; **3)** Tiene cotizadas 1.430 semanas al sistema de seguridad social entre el 01/06/1982 y el 31/12/2018; **4)** Conforme historia laboral expedida por Porvenir S.A., su afiliación data del mes de agosto de 1994 sin que exista formulario para esa fecha; **5)** Al RPM se afilió el 28/07/1994; **6)**

Para el mes de agosto de 1994 no contaba con los 3 años de permanencia en el RPM, lo que permitiera su traslado al RAIS; **7)** Recuerda que para la época del surgimiento de los fondos privados de manera diaria e insistente se acercaban los asesores a las dependencias de la Dirección Seccional de la Fiscalía, indicándole que cada afiliado se podía colocar el valor de a pensión, previo acuerdo con el fondo; **8)** Colpensiones certifica en la historia laboral 386.71 semanas cotizadas; **9)** Posteriormente, es aceptada en Colpensiones a partir de noviembre de 2008 hasta febrero del 2018, habiéndose girado por su empleador los aportes a pensión a esta entidad; **10)** El 4 de mayo de 2018, teniendo en cuenta que se encontraba ad portas de pensionarse, la citaron a la oficina de recursos humanos para darles una charla sobre la manera como enfrentarían la condición de pensionados; **11)** Uno de los asesores que asistió a dicha charla le consultó el fondo al que estaba pensionada, a lo que contestó que Colpensiones, sin embargo, dicho asesor la corrigió y le indicó que su afiliación era con Porvenir S.A.; **12)** Colpensiones emitió historia laboral el 17/06/2015, en la que, a pesar de presentarse deuda a esa entidad por no pago, su afiliación continuaba con esa entidad y los pagos efectivos solo se reflejaron a partir de noviembre de 2008; **13)** Su afiliación siempre ha sido con Colpensiones, entidad que de manera “arbitraria e inconsulta” devolvió el valor del aporte a Porvenir S.A.; **14)** Se presume que el traslado de los aportes de Colpensiones a Porvenir S.A. fue luego del 4 de mayo de 2018, posterior a la visita de los asesores a la Fiscalía; **15)** Colpensiones expidió certificación de “activo cotizante” el 17/06/2015; **16)** En la afiliación al sistema de pensiones que data de abril de 1995 hasta mayo de 2018 se presentan un total de 23 años, 1 mes y 29 días, por lo que bajo los lineamientos del Decreto 3995 de 2008, debió ser resuelto, ordenando la devolución de aportes a Colpensiones; **17)** El presunto traslado, en agosto de 1994 al RAIS, se hizo al mes de que la actora se vinculara con la Fiscalía General de la Nación en Colpensiones en julio de 1994; **18)** Nunca le hicieron una proyección

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

económica del monto de su pensión, no fue informada de las consecuencias que le acarrearía el traslado al RAIS; **19)** Solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado el 25/06/2019.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A., (Fl. 240 a 324 Carpeta 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Fl. 328 a 355 Carpeta 01), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

Posteriormente, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS celebrada el 01 de febrero del 2021, se declaró probada la excepción previa planteada por Porvenir S.A. y se ordenó la vinculación de Colfondos S.A.

Notificada en debida forma, **COLFONDOS S.A.** (Carpeta 10) contestó la demanda, declarando que la mayoría de los hechos no le constaban, oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo en su defensa las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación

en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando que la demandante ha permanecido vinculada válidamente al RPMPD administrado por Colpensiones desde julio de 1994 hasta la fecha, siendo inválidas las vinculaciones a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., dadas en el término de restricción de los 3 años a que en su momento aludía el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de ello, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los recursos recibidos tanto por concepto de aportes pensionales de parte de la trabajadora y entidad empleadora por concepto de cotizaciones, así como los rendimientos, comisiones de administración y cualquier pago adicional que hubiera podido recibir a título de seguros previsionales o descuentos con fines de pólizas de seguros previsionales.

Así mismo, ordenó que, una vez Porvenir S.A. hiciera el traslado a Colpensiones de los recursos pertinentes, evaluara la situación pensional de la demandante y de cumplir con los requisitos legales, proceder al reconocimiento de la pensión de vejez y al pago de las mesadas pensionales causadas a partir de cuando se acredite el retiro del servicio o del sistema.

Además, absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Expuso, que interponía recurso de apelación parcial en relación con la multivinculación y el consentimiento informado, el cual considera no fue recibido por la demandante en el momento en que se realizó el traslado de régimen.

Señaló que el despacho de primer grado acudió a los formularios y a las afiliaciones que se podían establecer en la historia laboral de Porvenir S.A., más no en lo que tiene que ver con la historia actualizada de Colpensiones a 2015, en donde es evidente la afiliación de la demandante y que se mantuvo en ese régimen hasta el 2015, como se puede observar además en la certificación emitida por Colpensiones.

Adujo que, “no deja de extrañar” el hecho de que Porvenir S.A. le haya enviado a la trabajadora una comunicación sin fecha, en la que le dice que efectivamente se incurrieron en unos errores al recibir por parte de Colpensiones todas las cotizaciones desde octubre de 2008 hasta el 2016, lo que indica que, si bien existe una historia laboral de Porvenir S.A. en la que se establece lo determinado por el despacho, considera que hubo una variación en las historias laborales, porque aparecen contradictorias las que se emitieron con posterioridad al año 2018 y bajo ese contexto considera que, conforme al artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, esta situación de múltiple vinculación debió resolverse a favor de la demandante, y si bien ella en octubre de 2008 trató de trasladarse a Colpensiones dentro del término de restricción, era evidente que habían más cotizaciones en Colpensiones.

Indicó que se dio una afiliación tácita en Colpensiones con el silencio de esta entidad y el hecho de conservar las cotizaciones de la demandante bajo su custodia y solamente

hasta el año 2018 fue que se dio cuenta que le hicieron un cambio de régimen sin haberlo solicitado, lo que indica que los traslados y documentos suscritos el 10 de agosto y 6 de diciembre de 1994 a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. nunca fueron efectivos.

Expuso que se da una falta de información a la demandante en relación con las consecuencias que acarrea el traslado, pues en su momento lo único dicho por el asesor era que la única posibilidad que tenía era el fondo privado y no Colpensiones porque estaba en riesgo su sistema pensional, siendo la demandante enfática en decir que el miedo fue el que la condujo a suscribir el formulario de afiliación, bajo el supuesto que no le iban a mantener el régimen porque se pensión se iba a perder, con lo que sí hubo una violación al consentimiento informado

COLPENSIONES.

Expuso, que la demandante cuenta con una afiliación válida al RAIS ya que el certificado expedido por la página RUAF evidencia que la accionante se encuentra retirada del RPM desde el 28 de julio de 1994 y que su actual AFP es Porvenir S.A. desde el 1° de enero de 1995.

Precisó que se le ha informado a la demandante de las validaciones realizadas con miras a esclarecer la situación pensional de las AFP, por tal razón conforme a las validaciones en las bases de datos del RPM se evidencia que la demandante figura válidamente afiliada al RAIS, información que se encuentra sincronizada con la base de datos del sistema de información de las administradoras de pensiones y AFP, estando actualmente afiliada al RAIS.

Adujo que en el caso de la demandante, se llevó a cabo un comité en el que se determinó que, pese a que tenía una

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

afiliación en los dos regímenes, es decir que había una multifiliación, aclarando que para el año 1994 las administradoras no contaban con todos los medios tecnológicos para verificar la información de multifiliación, y en tal comité se decidió que la afiliación válida de la demandante era la que en ese entonces había efectuado al RAIS y que con el Decreto 3800 de 2013 se estableció cual era la forma de resolver estos casos de multifiliación.

Precisó que Asofondos y Colpensiones (antes el ISS) realizaron un cruce masivo de información de sus afiliados, en donde se estableció que había más de 1 millón de personas con problemas de multifiliación, y de acuerdo a los parámetros del Decreto en mención y de la Ley 797 de 2003, se dirimió de manera masiva a la administradora responsable para cada uno de los afiliados, respetando la ley que aplicaba a cada caso, y como quiera que la demandante presentaba una multivinculación, se realizó el comité del año 2003, con fecha de solución 28 de octubre de 2015, quedando definida la situación de la demandante a favor de Porvenir S.A.

PORVENIR S.A.

Indicó que, en el presente caso la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con el cumplimiento de los requisitos legales y actualmente se encuentra válidamente afiliada a este, sin que sea posible declarar la ineficacia o invalidez de la afiliación que realizó a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., teniendo en cuenta que se suscribió un formulario de afiliación con el cumplimiento de todos los requisitos, el cual fue inicialmente firmado por la demandante en Colfondos S.A. y con posterioridad se dio la afiliación con Porvenir S.A., sin que existiera ningún tipo de vicio al momento de realizarse estas afiliaciones.

Adujo que su recurso se dirige también contra las condenas impuestas en el numeral segundo de la sentencia, donde se ordena a Porvenir S.A. el traslado de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y cualquier pago adicional que hubiere recibido esa AFP, incluyendo seguros previsionales, señalando que estos conceptos fueron descontados en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la obligatoriedad para las AFP de realizar los descuentos por estos conceptos en los porcentajes establecidos para ser dirigidos a la cobertura de las contingencias como las primas de Fogafin, las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, los riesgos previsionales, y los gastos de administración los cuales se vieron reflejados en los rendimientos que obtuvieron los aportes de la demandante durante el tiempo de afiliación a las AFP del RAIS, por lo que condenar a la devolución de estos aportes presupone una mala fe o actuar indebido de Porvenir S.A., pero que lo realizó en cumplimiento de lo establecido en la norma antes citada, por lo que la condena a la devolución de estos conceptos es desproporcionada, ya que se cumplió con lo establecido en la Ley.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. De igual manera la Sala surtirá la Consulta en favor de Colpensiones conforme las voces del

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar, en **primer lugar**, si en el caso de la demandante se presentó una múltiple afiliación y en caso positivo determinar a qué fondo se encuentra vinculada y, en **segundo lugar** si se presentó un traslado de régimen pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y si el mismo devino en ineficaz.

DE LA MULTIVINCULACIÓN

La Ley 100 de 1993 introdujo a nuestro ordenamiento jurídico un Sistema General de Pensiones compuesto por dos regímenes, el solidario de prima media con prestación definida, y el de ahorro individual con solidaridad, los cuales, al ser excluyentes entre sí, generan al afiliado la obligación de escoger a cuál de ellos pertenecer, facultad de escogencia que fue reglamentada mediante el Decreto 692 de 1994, artículo 3°.

Esa misma norma, en sus artículos 15 y 17 estableció que, una vez efectuada la selección inicial de régimen pensional, los afiliados solo podían trasladarse al otro régimen cuando hubieran transcurrido 3 años - que actualmente son 5 años conforme las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003 - so pena de que dicho traslado sea tenido como una vinculación no válida, procediendo la transferencia de los saldos o cotizaciones a la última administradora a la cual estuvo vinculado dentro de los términos legales.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...).”

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la

documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0

97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 28/07/1994 (Archivo GEN-ANX-CI-2018_5260605-20180509081410.pdf Carpeta 01 Subcarpeta Documentos); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 10/08/1994 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 269 Carpeta 01 Archivo Cuaderno físico); **iii)** el 06/12/1994 efectuó traslado horizontal a otra administradora del RAIS como lo es Porvenir S.A. (fl. 267 Carpeta 01 Archivo Cuaderno físico); y **iv)** el día 01/10/2008 realizó nuevamente traslado al R.P.M.P.D. a través del extinto ISS – hoy Colpensiones (Archivo GEN-REQ-IN-2019_7921706-20190627032856.pdf Carpeta 01 Subcarpeta Documentos)

Pues bien, conforme lo antes indicado, evidencia esta Colegiatura que en el caso bajo examen, en efecto, se presentó la multifiliación precisada por el juzgador de primer grado, debido a que el traslado de régimen efectuado por la demandante no cumplió los términos previstos en la ley, ya que la permanencia mínima de la actora en el régimen de prima media, no aconteció conforme lo dispuesto en el citado Decreto 692 de 1994; obsérvese que la demandante inicialmente **se afilió al sistema general de pensiones a través del** régimen de prima media administrado en ese momento por el I.S.S., **el 28/07/1994**, tal y como da cuenta la certificación que obra en el Archivo GEN-ANX-CI-2018_5260605-20180509081410.pdf Carpeta 01 Subcarpeta Documentos del expediente digital, información que es consistente con el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 17/06/2015 y que se encuentra en el mismo archivo, régimen en donde

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

estuvo vinculada hasta el **10/08/1994**, data para la cual **se trasladó al RAIS** a través de Colfondos S.A., como se evidencia con el reporte SIAFP obrante a folio 269 (Carpeta 01 Archivo Cuaderno físico).

Como puede verse, luego de afiliarse por primera vez al sistema general de pensiones el 28 de julio de 1994, al régimen de prima media, decide habiendo transcurrido menos de un mes de la afiliación inicial trasladarse al régimen de ahorro individual, efectuando inclusive un traslado horizontal tan solo cuatro meses después a otra AFP, todo ello, sin cumplir los 3 años de permanencia de los que hablan los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994 para que el traslado de régimen se repute como válido.

En tal sentido, se reitera, la señora Helena Ortiz Lagos se encontraba inmersa en una situación de multivinculación en los términos del artículo 17 del Decreto 692 de 1994, al haberse trasladado entre regímenes, transgrediendo el término mínimo de permanencia, que para la época era de 3 años.

De esta manera, y atendiendo lo dicho por la sentencia del 08 de octubre de 2014, Rad. 42500, de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, esto es, que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, es **la validez de la última efectuada en los términos legales**, luego la afiliación válida es la que se hizo al régimen de prima media con prestación definida por lo que, cualquier otra afiliación resultó inválida, tal y como acertadamente lo declaró el Juez de primera instancia.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la afiliación válida de la demandante resulta ser la efectuada al RPM el 28 de julio de 1994, conforme a la norma anteriormente citada, Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros

de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, pues, al ser la vinculación válida aquella efectuada al RPM, ello significa que esta no sufrió alteración alguna, razón por la cual dichos conceptos deben ser devueltos a Colpensiones, ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 3800 de 2003.

Dicho lo anterior, inane resulta entrar a dilucidar el segundo de los problemas jurídicos planteados, esto es la ineficacia del traslado de régimen, como quiera que lo que se busca con la declaratoria de ineficacia del traslado pensional es retrotraer los efectos jurídicos del traslado efectuado ante una falta al deber de información, para tener como a la persona como afiliada al RPM, situación que en últimas fue lo que, en este caso ocurrió, como quiera que la demandante se tuvo como válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, conforme se expuso a lo largo de esta providencia.

Corolario de lo anterior, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11001310503820190075101

Demandante: HELENA ORTIZ LAGOS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO.- Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

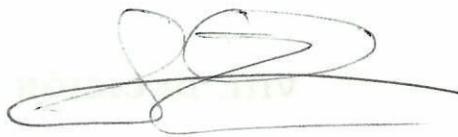
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Multiafiliación
Demandante: Helena Ortiz Lagos
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-038-2019-00751-01

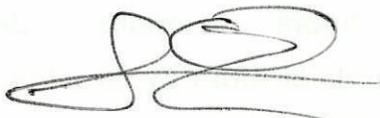
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, como lo he expuesto en relación con los asuntos de ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, pese a acatar en la actualidad el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la alta corporación, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, otrora había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría, concentrando el análisis jurídico procesal en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del *traslado de régimen* en particular, así como las cargas probatorias, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, como en este caso la solución se brinda desde la óptica de un conflicto de multivinculación al sistema, por cuanto no se respetaron los periodos mínimos de permanencia en uno y otro régimen previo al traslado, considero necesario precisar que, si tal conflicto no había sido resuelto a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 3995 de 2008, de conformidad con lo dispuesto en su art. 1°, debía resolverse con esa normativa, que prevé distintas reglas para establecer la afiliación válida en casos de múltiple vinculación, de acuerdo con las circunstancias fácticas particulares, sin que se logre dilucidar en este asunto si la resolución del conflicto fue anterior a la vigencia del citado decreto, pese a que Colpensiones adujo en la sustentación de su recurso que se realizó comité de multivinculación en el

año 2003, informa que se definió en 2015 a favor de Porvenir, caso en el cual considero que no había lugar a recabar en ello, menos aún sin contar con la información suficiente que permitiera establecer la regla que había lugar a aplicar para resolver el conflicto.

Finalmente, se precisa que en cualquier escenario, a la demandante se le ubicaría en el régimen de prima media con prestación definida, como es su voluntad desde que efectuó su traslado en octubre de 2008 al ISS, y con la interposición de la demanda, con los mismos efectos, y en aplicación del precedente de obligatorio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de validez y eficacia del traslado de régimen pensional.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada