



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **031 2020 00409 01**
DEMANDANTE: DUVELIS JOHANNA ZAPATA RINCÓN, DANNA
VALENTINA DAZA ZAPATA y el menor SAMUEL ESTEBAN
DAZA ZAPATA
DEMANDADO: SERVICIOS DE SALUD IPS SURAMERICANA SAS

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante respecto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la parte demandante que se declare que el contrato de trabajo suscrito por Duvelis Johanna Zapata Rincón con Servicios de Salud IPS Suramericana SAS, finalizó el 10 de agosto de 2020 por causas atribuibles al empleador, por lo que medió un despido indirecto; así mismo que la pasiva es responsable a título de culpa patronal, por el agravio de una enfermedad común, derivado de la exigencia de desempeñar su trabajo, sin el cumplimiento de las recomendaciones médicas y que es ilegal el descuento de \$362.880 por concepto del crédito hipotecario, saldado con el seguro de deuda SURA. En consecuencia, solicita que se condene a la encartada al pago del lucro cesante consolidado y futuro, y de la indemnización de perjuicios por el daño moral y el daño a la vida en relación; así como, a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la devolución del descuento

de \$362.880 por concepto del crédito hipotecario. De manera subsidiaria, solicitó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido indirecto, prevista en el art. 64 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante manifestó que el 7 de marzo de 2001, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, cuyo objeto era la prestación de servicios en el cargo de auxiliar de odontología; que radicó carta de renuncia motivada irrevocable el día 24 de julio de 2020, por medio físico y electrónico, y la cual fue aceptada el 10 de agosto de 2020, oponiéndose a las motivaciones invocadas; que padece de una enfermedad denominada “*vértigo de Ménière bilateral*”, que genera pérdida auditiva severa, de la que empezó a desarrollar los síntomas en el año 2006 y solo hasta el año 2010 fue diagnosticada; y que, el Fondo de Pensiones Protección la calificó con una pérdida de capacidad laboral de 13,72%, de origen común estructurada el 17 de octubre de 2010.

Relató que el 16 de marzo de 2011, el médico tratante le recomendó una reubicación laboral en un lugar que no implicara exposición al ruido y la convocada la reubicó en el cargo de auxiliar de esterilización, en donde la exposición al ruido era idéntica al cargo de auxiliar de odontología; que mediante fallo de tutela proferido el 13 de mayo de 2011, por el Juzgado 53 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se ordenó una nueva reubicación laboral, lo cual sólo fue cumplido cuando se radicó el incidente de desacato, con lo que la asignaron en un cargo de auxiliar administrativo, después de que se realizaron unas reuniones el día 25 y 26 de octubre de 2011; que el 9 de noviembre de 2011, la pasiva le entregó el nuevo manual de funciones, en el que se informaron las adecuaciones al puesto de trabajo y las restricciones que debían verificarse; que luego de la interposición de la acción de tutela, el contrato se ejecutó en un ambiente laboral muy tenso y trajo consigo retaliaciones.

Indicó que la pérdida auditiva le generó dificultades para interactuar socialmente con las personas y con las labores que incumben el manejo del público y los compañeros de trabajo; que la empresa asignó labores incompatibles con su discapacidad, tales como: atención por vía telefónica, ubicación del puesto de trabajo en zonas de alto tránsito, envío a capacitaciones orales, entre otras, lo que generó que en el año 2016 padeciera

de un trastorno depresivo recurrente, por lo que los especialistas de Otología y del área de psiquiatría recomendaron que la designaran para trabajo en casa, sobre lo que la pasiva respondió que no era posible.

Mencionó que el 20 de junio del año 2018, se llevó a cabo una cirugía para realizar un implante, que no tuvo los resultados esperados por causa del entorno laboral, pues la interacción social con sus compañeros de trabajo fue frustrante, en la medida que no podía sostener una conversación con ellos; que debido a que sus jefes directos eran cambiados frecuentemente, con cada nuevo jefe, se volvían a presentar inconvenientes con los roles asignados, pues desde el área de Talento Humano no se daba claridad, respecto de las limitaciones físicas que tenía; que su nuevo puesto de trabajo estaba ubicado en una zona de mucho ruido, que provenía de los compresores de odontología y los equipos de rayos x, razón por la cual debía apagar el implante durante la jornada laboral.

Adujo que el 24 de marzo de 2020, fue calificada por Colpensiones, quien estableció una pérdida de capacidad laboral del 52,9 %, estructurada el 29 de mayo de 2019 y derivada de los diagnósticos que arrojó de Enfermedad de *Ménière* (vértigo de *Ménière* bilateral, Hipoacusia neurosensorial bilateral, Manejo de implante coclear izquierdo, Tinnitus permanente y trastorno depresivo recurrente no especificado; que durante las medidas de aislamiento preventivo obligatorio estuvo en vacaciones (del 6 al 27 de marzo de 2020), y el 30 de marzo de 2020 se reincorporó a la IPS, donde le informaron que por remodelaciones debía desocupar el puesto de trabajo, y le proporcionan un computador para trabajar en casa; sin embargo, los programas del equipo no estaban funcionando desde la casa; que dos días después, el computador fue recogido y la empresa no volvió a asignarle funciones, no le proporcionó elementos para llevar a cabo la labor y cada vez que se comunicaba, le decían que en esos días le informarían su nuevo rol; que los demás compañeros de trabajo estaban trabajando desde casa, y ella era la única trabajadora a la que no le habían dado los implementos de trabajo y por tal razón no estaba realizando actividad alguna; que la demandada pagó la liquidación final, efectuando un descuento no autorizado en la liquidación final por \$362.880,00 por concepto del crédito hipotecario, a pesar de que ya había quedado saldado con el seguro de deuda SURA. Por último, mencionó que le fue reconocida pensión de invalidez en agosto de 2020, con inclusión en

nómina en el mes de septiembre de 2020 (Pág. 11 a 22, archivo 4, Exp. 1ª Inst.).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda, se admitió el 11 de diciembre de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (Pág. 1 a 2, archivo 4, Exp. 1ª Inst.).

Servicios de Salud IPS Suramericana SAS dio contestación con oposición a las pretensiones. En el escrito de contradicción la encartada sustentó la defensa en que la demandante durante toda la vinculación laboral siempre estuvo afiliada a la seguridad social integral y se le otorgaron todos y cada uno de los permisos solicitados para asistir al médico, así como siempre se le cancelaron todos los salarios y prestaciones de Ley; que nunca presentó queja al comité de acoso laboral y que además, la empresa en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado 53 Penal Municipal, reubicó a la trabajadora al área administrativa como auxiliar de punto de servicio en donde no tenía atención al público, pues estaba en una oficina para ella sola a puerta cerrada, no tenía atención telefónica, y no tenía exposición al ruido mayor a 80 DbS, lo cual se verificó por el juez constitucional y en las reuniones adelantadas con Johanna Zapata, entre Natacha Dworaczek como directora de la IPS Olaya, Erika María Duque como odontóloga Líder e Ingrid Rodríguez como analista de salud ocupacional, aunado a que desde el 8 de noviembre de 2011 al 10 de agosto de 2020, trabajó en una oficina a puerta cerrada en donde no había nivel de ruido alguno y no tenía interacción con ninguna persona bien sea compañeros de trabajo y/o público pues las funciones desarrolladas solo se sujetaban a inspección de documentos. Añadió, en cuanto al trabajo en casa, que a la demandante se le entregó un equipo de cómputo, que fue devuelto por ella debido a que no contaba con las aplicaciones y que en atención a que la sede en la que trabajaba se estableció como “sede Covid”, aquella no podía asistir de manera presencial, dado su estado de vulnerabilidad, por lo que se registró en el listado de personal para reubicar en una estrategia diferente, porque además su labor implicaba el manejo de documentos confidenciales de la compañía que no podían salir de las instalaciones de la sede. Concluyó señalando que en este caso no existe la culpa patronal alegada en la demanda, porque no hubo un accidente laboral o una enfermedad de tipo profesional pues se encuentra demostrado que la

actora fue notificada por el Fondo de pensiones Colpensiones del dictamen de calificación del PCL en el cual determinó que los diagnósticos presentados son de origen común. Propuso como excepciones de mérito, las que denominó inexistencia de las obligaciones, falta de causa, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y mala fe de la demandante (Pág. 1 a 72, archivo 10, Exp. 1ª Inst.).

La demanda fue reformada, en cuanto a las pruebas solicitadas (Pág. 3 a 4, archivo 13, Exp. 1ª Inst.).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 25 de agosto de 2021, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para lo que interesa a la alzada, para negar la indemnización por despido indirecto y la sanción prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la juez de primer grado estableció con el análisis de las pruebas, tanto testimoniales como documentales, que las causales alegadas por la demandante en la comunicación del 24 de julio del año 2020, denominada renuncia motivada, que fueron reiteradas en la comunicación del 3 de agosto del año 2020, no ocurrieron realmente, en la medida en que no se acreditó que hubiera existido irrespeto a la dignidad de la trabajadora, así como tampoco que no se le hubiera hecho la entrega de elementos adecuados para realizar la labor, ni el incumplimiento de las obligaciones legales por parte del empleador, ni el incumplimiento por no allanarse a modificar las condiciones laborales, perjudicando la salud de la trabajadora. A lo anterior, agregó que también debía tenerse en cuenta que la demandante tenía un dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, que fue notificado el 22 de mayo del año 2020 y que fue con posterioridad a la solicitud de reconocimiento pensional por invalidez de origen común que se presentó la carta de renuncia motivada, de ahí que en cualquier caso no era admisible que continuara prestando sus labores, pues tal situación constituía una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, de ahí que se podía concluir válidamente que realmente la dimisión correspondía a una renuncia pura y simple, ya que su intención real era comenzar a disfrutar de

la pensión de invalidez, teniendo en cuenta las circunstancias de salud plenamente acreditadas en el expediente y que estaban afectando el desempeño personal de la trabajadora.

En cuanto a la indemnización de perjuicios prevista en el art. 216 del CST, la juez de primer grado señaló que la misma se tornaba improcedente en la medida en que la disposición citada consagra tal concepto para los casos en los que existe culpa suficientemente comprada del patrón en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad laboral, supuesto que estimó, no se cumplía en este evento al haber sido calificada la patología de la activa como de origen común. Y agregó, que tampoco se derivaba de las pruebas que las patologías padecidas por la promotora del proceso se hubieran agravado, por un acto imputable a la empresa, ya que con los dictámenes arrojados se pudo establecer que el ruido al que estaba expuesta la trabajadora en su puesto de trabajo no excedía los límites permitidos, y además los peritos pusieron de presente que la patología diagnosticada era progresiva.

Finalmente, en cuanto a la devolución de las sumas descontadas por concepto de crédito hipotecario, la *a quo* señaló que no resultaba procedente debido a que la demandante no probó que le hubiera informado al empleador que la deuda con la entidad a la que se destinó el pago estaba saldada.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 4 de octubre de 2021 se admitió el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 5 exp. Tribunal).

La parte demandada presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación (f.º 13 a 16).

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a surtir el grado jurisdiccional

de consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, conforme a lo cual, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si se torna procedente la condena por concepto de indemnización por despido indirecto, la sanción prevista en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización plena de perjuicios prevista en el 216 del CST y la devolución de los valores descontados de la liquidación final dirigidos a un crédito hipotecario.

En cuanto a la existencia de la relación laboral, está probado en el plenario que la actora se vinculó a la demandada mediante la suscripción de contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó del 3 de marzo de 2001 hasta el 10 de agosto de 2020 (Pág. 23 a 25 y 59 a 60, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

De acuerdo con lo establecido en el párrafo del Art. 62 del CST, modificado por el art. 7 del Decreto 2351 de 1965 *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

En torno al despido indirecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL14877-2016, recordó que *“El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque si bien en principio se ha señalado que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo”*.

En el caso bajo examen, quedó demostrado que la convocante presentó renuncia a su cargo el 24 de julio de 2020 (Pág. 49 a 52, archivo 4, exp. 1ª Instancia), indicando como razones que la llevaban a tomar tal determinación, las que enunció de la siguiente manera:

- i). *“Del respeto a la dignidad del trabajador”*, causal que sustentó en que había recibido un trato discriminatorio, en especial, después de

presentar la acción de tutela, y por el constante cambio de actividades en el trabajo exigido por los jefes, en contradicción de sus restricciones laborales, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5º del art. 57 del CST y el numeral 9º del art. 59 del CST;

- ii). *“Disposición de los elementos adecuados para realizar la labor”*, causal sobre la que arguyó que la empresa le había impedido ejercer correctamente su labor, ya que para poder llevar a cabo su gestión y funciones administrativas requería de un computador con programas específicos (numeral 1º del art. 57 del CST);
- iii). *“Incumplimiento sistemático de las obligaciones legales”*, por considerar que la pasiva había incurrido en las conductas previstas en los literales b, c, i, k, y l del art. 7º de la Ley 1010 de 2006, catalogadas como constitutivas de acoso laboral, y por no haberse realizado el examen periódico que se debe surtir con el cambio de ocupación de conformidad con el numeral 2º del art. 3º de la Resolución 2346 de 2007; y,
- iv). *“Incumplimiento por no allanarse a modificar las condiciones laborales perjudicando la salud del trabajador”*, con sustento en que las recomendaciones médicas, en las que se dijo que necesitaba una modalidad de trabajo en casa, no fueron atendidas, desconociendo lo previsto en el numeral 4º del art. 62 del CST.

Adicionalmente, se verifica que mediante comunicación del 31 de julio de 2020, la demandada no aceptó la renuncia de la trabajadora (Pág. 55 a 57, archivo 4, exp. 1ª Instancia) y que la solicitud fue reiterada por la activa el 3 de agosto de 2020 (Pág. 58, archivo 4, exp. 1ª Instancia), la cual fue finalmente aceptada en misiva del 10 de agosto de ese año (Pág. 59 a 60, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

Sobre los aspectos planteados por la convocante en la carta de renuncia, encuentra la Sala, que son pertinentes para resolver los siguientes medios de convicción:

- i). Dictamen de pérdida de capacidad laboral, del 27 de enero de 2011, en el que se estableció que la demandante tenía una enfermedad de origen común que originaba una PCL del 13,72% estructurada el 17 de noviembre de 2010, por los diagnósticos de Hidrops endolinfático

bilateral, síndrome vertiginoso leve e hipoacusia neurosensorial bilateral leve (Pág. 61 a 65, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

ii). Atención médica del 16 de marzo de 2011, por otorrinolaringología en la que se sugirió valoración por medicina laboral y reubicación por exposición a ruido, para disminuir riesgo de accidente por caída o accidente biológico. (Pág. 66, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

iii). Fallo de tutela proferido el 13 de mayo de 2011, por el Juzgado 53 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en el que se amparó el derecho fundamental a la salud y se le ordenó a la demandada reubicar a la trabajadora, de ser posible, en el cargo de auxiliar administrativa o en uno similar en el que no estuviera expuesta al ruido (Pág. 67 a 74, archivo 4, exp. 1ª Instancia); decisión confirmada en segunda instancia, en el entendido que la demandante debía ser reubicada como auxiliar administrativa con funciones administrativas y bajo los parámetros e indicaciones efectuadas en acta de del 29 de diciembre de 2010, suscrita por la Directora de la IPS Olaya y la analista de salud ocupacional, e igualmente cumpliendo las restricciones y recomendaciones dadas en el resumen de evaluación médica ocupacional con fecha 22 de diciembre de 2010, junto con el respectivo seguimiento médico ocupacional (Pág. 75 a 85, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

iv). Acta de reunión de reintegro laboral posterior a incapacidad, llevada a cabo el 25 de octubre de 2011, en la que se hizo seguimiento al caso de la convocante, por parte del analista de salud y bienestar de Bogotá DC, médico de salud y bienestar de Medellín y asuntos legales, con presencia de la demandante (Pág. 86 a 88, archivo 4, exp. 1ª Instancia), se revisó el puesto de auxiliar de facturación, y se concluyó que la activa podía continuar ejecutando las labores en ese cargo, toda vez que no tenía interlocución con público, no debía contestar el teléfono y no estaba expuesta a niveles de ruido superiores de 80 Db (Decibeles) (Pág. 86 a 88, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

v). Acta de reunión de reintegro del 26 de octubre de 2011, a la que asistieron la demandante, dos analistas de salud y bienestar de Bogotá, un auxiliar de esterilización, la madre de la convocante, la directora de

la IPS Sura, una auxiliar de punto de servicio, el enfermero líder y una analista de operaciones, en la que se reafirmó la reubicación laboral en las funciones de auxiliar de la ARP, con la posibilidad de ir aumentando el apoyo administrativo, pero siempre con las restricciones de no atención al público, no atención telefónica, ni exposición a ruido mayor a 80 dB.

Adicionalmente, se dejó anotado que el horario de trabajo sería de lunes a viernes de 07:00 a.m. a 05:00 p.m. y cada quince días los sábados; que el puesto de trabajo físico sería en el área de enfermería del segundo piso, que cumplía con las normas básicas ergonómicas, con buena iluminación y ventilación y en las mediciones de ruido ambiental realizadas en septiembre de 2011, no se registraban valores superiores a 80 dB; y, que no tenía teléfono en el puesto de trabajo y no atendía público.

Finalmente, se dejó constancia que se procedía a convocar a las personas de las sedes y del área de enfermería para hacer la aclaración de la reincorporación laboral (Pág. 89 a 90, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

vi). Misiva con asunto “*Seguimiento de reincorporación laboral*” del 9 de noviembre de 2011, en la que la analista de salud y bienestar de la demandada le informa a la demandante, las condiciones anotadas en el acta del 26 de octubre de 2011 (Pág. 91, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

vii). Misiva con asunto “*notificación de nuevas funciones*” del 10 de noviembre de 2011, en la que se mencionó a la actora el cronograma de capacitación y que las funciones de auxiliar administrativa en el proceso de facturación consistirían en: *i).* Organizar la documentación necesaria para remitir a Medellín e ingresar en el sistema las órdenes que se generan en los distintos procesos de facturación de la IPS; recopilar historias clínicas, las hojas de descargos y la documentación requerida para el envío del paquete de la atención, ingresarlas en NUTIBARA para la generación de facturas; *ii).* Apoyo de novedades de agendamiento y seguimiento en la generación oportuna y correcta de las agendas (generar los cuadros de novedades estándar, cuadros de novedades por incapacidades, cambios de turnos, capacitaciones, etc. De los diferentes

servicios agendados por aplicativo Agenda Web de la IPS y enviarlos a central de citas vía SPARK (Factura electrónica) y vía correo electrónico; y, *iii*). diligenciamiento de bases de datos de RCV (*base de datos dinámica de Excel de riesgo cardiovascular que permite a través de un proceso de revisión de historias clínicas ingresar los datos de las mismas a la tabla*) (Pág. 92 a 93, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

- viii*). Informe del puesto de trabajo del 9 de diciembre de 2014, efectuado por una psicóloga especialista en salud ocupacional, en el que se concluyó frente al caso de la activa que aunque la misma percibía que había “*mucho trabajo*”, para cumplir con el mismo no debía quedarse tiempos adicionales, ni trabajar en días destinados al descanso y podía tomar pausas durante la jornada laboral; que había podido disfrutar de las vacaciones sin inconvenientes; que contaba con elementos necesarios para la realización de las labores; que la convocante percibía apoyo y colaboración por parte de sus compañeros; que el cargo de auxiliar de facturación no implicaba atención de usuarios o situaciones que involucraran un esfuerzo emocional de adaptación; que no se evidenciaba que las exigencias de tiempo y esfuerzo impactaran la dinámica personal y familiar; y, que no se evidenciaban condiciones ambientales de riesgo en niveles altos, en el área de trabajo (Pág. 103 a 106, archivo 10, exp. 1ª Instancia)
- ix*). Historias clínicas del 25 de mayo, 19 de septiembre y 20 de diciembre de 2016; del 19 de abril y 22 de septiembre de 2017; y, del 23 de noviembre de 2018, de la que se desprende que la activa fue tratada por psiquiatría para el manejo de la patología “*trastorno depresivo recurrente*”, y en las que se refiere que la paciente adujo estrés laboral por su condición médica (Pág. 94, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- x*). Historias clínicas de control por el especialista en otorrinolaringología del 8 de febrero, 5 de septiembre de 2016; 6 de febrero, 14 de agosto, 6 de septiembre de 2017; y, del 6 de agosto de 2018, advirtiéndose que en las del año 2016 se indica que la paciente requiere reubicación laboral preferiblemente trabajo en casa, en las del año 2017 se recomienda que la paciente trabaje en casa, con fundamento en que el ambiente ruidoso empeora la sintomatología y en la del 2018 se indica, que una vez la

paciente retome las actividades laborales, se recomienda que se realicen en su domicilio por la necesidad de no exposición a ruidos fuertes constantes (Pág. 109 a 110, 111, 112 y 131 archivo 4, exp. 1ª Instancia)

- xi).* Seguimiento laboral realizado por reincorporación por médico del trabajo el 6 de marzo de 2016, en el que se concluyó que se debía revisar las recomendaciones laborales versus la actividad a realizar, pues en las observaciones se dejó anotado que la trabajadora refería que el médico tratante había insistido en la recomendación de realizar el trabajo en casa (Pág. 192, archivo 4, exp. 1ª Instancia)
- xii).* Seguimiento de visitas de salud ocupacional del 10 de marzo de 2016, efectuado por salud en el que se establecieron como observaciones y compromisos que se haría un nuevo seguimiento en dos meses y se había hecho la entrega de las recomendaciones médicas a salud ocupacional; así mismo, se dejó escrito *“paciente con antecedente de patología auditiva de varios años de evolución en control por otorrinolaringología y otología, ha recibido múltiples manejos, actualmente usa audífonos de forma parcial porque a veces presenta hiperacusia. Refiere exacerbación de síntomas desde hace 6 meses, presenta molestia por exposición a ruido ambiente, secundario a este proceso presenta alteraciones de su estado anímico que ha requerido manejo farmacológico. Tiene recomendación médica dada el día 08 de febrero de 2016 por otorrino tratante: “requiere reubicación laboral, preferiblemente trabajo en casa” ha tenido múltiples incapacidades recurrentes por periodos de quince a 30 días”* (Pág. 114 a 115, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- xiii).* Correos electrónicos enviados por la demandante a la Gerencia de Talento Humano de la demandada en julio de 2016, solicitando asignación de trabajo en casa (Pág. 186 a 187, archivo 4, exp. 1ª Instancia) y mensajes de datos de la misma dependencia en los que le manifestaron que no la podían reubicar porque manejaba facturación (Pág. 181 a 182, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- xiv).* Seguimiento laboral realizado por reincorporación por médico del trabajo el 23 de octubre de 2018, en el que se estableció dentro de las

observaciones “*Colaboradora con patología ya conocida se le realizó procedimiento quirúrgico hace 4 meses, sin embargo refiere que no tolera el ruido ambiente que se presenta en el sitio de trabajo (el cual se amplifica con el implante) por lo que debe estar prendiendo y apagando el dispositivo insertado, adicionalmente no puede participar de las reuniones del grupo de trabajo y capacitaciones, refiere que esto le ha aumentado sus niveles de estrés, le ha generado depresión porque no ha encontrado funcionalidad a su tratamiento en las labores actuales. Al parecer su jefe inmediato no conoce su estado de salud actual ni sus recomendaciones, lo cual les ha generado conflictos. Tiene próximo control en noviembre para definir manejo quirúrgico del otro oído. No se han generado nuevas recomendaciones posterior a procedimiento quirúrgico*”; y se concluyó que la trabajadora debía verificar en el siguiente control con el médico tratante las recomendaciones laborales y verificar con el jefe inmediato el conocimiento de las recomendaciones vigentes para ese momento (Pág. 193, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

- xv). Concepto médico de rehabilitación del 23 de noviembre de 2018 por la EPS SURA, en el que se indicó que se beneficiaría de reubicación laboral “*en casa*”, que el trastorno de depresión y adaptación probablemente son de origen común; que no existe ninguna posible recuperación; y, que el pronóstico a corto y mediano plazo era malo (Pág. 101 a 102, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- xvi). Concepto desfavorable de rehabilitación emitido el 10 de diciembre de 2018, por el especialista en otorrinolaringología para los diagnósticos de “*enfermedad de Ménière bilateral*”, “*Hipoacusia Neurosensorial Bilateral*” y “*Tinnitus*” e historia clínica de la misma fecha, en la que el médico tratante dejó anotado en el acápite de recomendaciones “*paciente femenina de 37 años con enfermedad de meniere con hipoacusia neurosensorial bilateral moderada severa con rehabilitación auditiva, dispositivo vibrant sound bridge de oído medio izquierdo con ganancia funcional de agosto/ 18 con adecuada repuesta, sin embargo hace un mes con deterioro de audición asociado a tinnitus vértigo al inicio del cuadro ahora solo persistencia de tinnitus e hipoacusia con audiometría de 21/11/18 donde muestra leve deterioro de audición con pta 83 previo antes de la cirugía 62.5, no tolera dispositivo, por lo cual durante el*

trabajo le toca apagarlo en repetidas ocasiones por lo cual presenta crisis de ansiedad ha presentado evolución tórpida difícil predecir recuperación se le llena concepto para medicina laboral debe continuar controles con psiquiatría por crisis de ansiedad se dan instrucciones control en 3 meses se reformula (...)” (Pág. 181 a 182 y 115, archivo 4, exp. 1ª Instancia).

- xvii). Correo electrónico del 27 de diciembre de 2018, en el que la demandante solicita que se le asigne trabajo en casa (Pág. 194 a 20, archivo 4, exp. 1ª Instancia)
- xviii). Incapacidades médicas otorgadas a la demandante por el especialista en otorrinolaringología, del 7 al 21 de septiembre de 2015, del 6 al 7 de febrero de 2017, del 17 de julio al 1º de agosto de 2017, del 26 de febrero al 5 de marzo de 2018, del 7 al 21 de mayo de 2018, del 20 de junio al 4 de julio de 2018 y del 26 de noviembre al 6 de diciembre de 2018 (Pág. 141, 111, 126, 162, 165, 170 y 178, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- xix). Historia clínica del 12 de agosto de 2019, en la que el especialista en otorrinolaringología estableció como recomendaciones *“se considera que ahora el tinnitus y la hipoacusia son los síntomas principales de molestia se indica que debe realizar estudio del tinnitus particular se solicita nuevamente monitoreo y evaluación de ganancia de prótesis auditiva. Se le explica que el fenómeno de hipoacusia es de muy difícil control por lo que debe tener constancia en tratamiento. control en 3 meses (...) control con reporte de estudio del tinnitus (...)”* (Pág. 117, archivo 4, exp. 1ª Instancia).
- xx). Dictamen de pérdida de capacidad laboral del 24 de marzo de 2020, en el que se estableció que con ocasión de las patologías *“Hipoacusia neurosensorial bilateral, trastorno depresivo recurrente, no especificado, tinnitus, enfermedad de Ménière”*, la demandante tenía una PCL del 52,9% de origen común, estructurada el 24 de marzo de 2020.

Adicionalmente, con las testimoniales rendidas por Diana Milena Cárdenas, quien fue citada por la parte actora, laboró para la demandada desde el 2011 hasta 2018 y reemplazó a la demandante en el cargo de facturación cuando presentó incapacidades en 2018 y por Sonia Edith Romero

Ramírez quien presta sus servicios a favor de la llamada a juicio y fungió como líder de la demandante en los años 2019 a 2020, mencionaron que en los interregnos antes referidos Duvelis Johanna Zapata Rincón se desempeñó en la parte de facturación de la IPS, y que en razón de tal labor debía dirigirse dos o tres veces en el día, por alrededor de 10 o 15 minutos cada vez, al segundo piso donde estaba ubicada el área de odontología y había un nivel mayor de ruido, recoger los soportes para la facturación y gestionarla en los aplicativos, y que además no contaba con extensión ni línea telefónica en su oficina, así como tampoco tenía a su cargo funciones relacionadas con atención al público. Del mismo modo, concordaron en que la convocante se destacaba en su labor, añadiendo la segunda deponente que por esa razón se le había otorgado un día adicional de vacaciones, por su buen desempeño.

Así mismo, la primera deponente relató que en la oficina de la demandante no había ruido, ya que estaba como a unos 5 metros de la plataforma en la que se atendía a clientes; que con el último jefe, de nombre Norman, nunca tuvieron inconvenientes las personas que estaban a su cargo, incluyendo la actora y que solo en una reunión que se llevó a cabo por la demandada en la que se hizo mención a la vinculación de personas en condición de discapacidad, la gestora aquella se sintió “triste” porque no se puso de presente su caso.

Por su lado, la declarante Sonia Edith Romero Ramírez agregó que cuando ella ingresó como líder de la demandante, la persona a la que reemplazó le comentó que aquella tenía una serie de recomendaciones médicas y que se había acordado que no asistiría a los grupos primarios, que consistían en reuniones que se hacían mensualmente con todo el equipo de trabajo, pues Duvelis Johanna Zapata Rincón se sentía tensa porque no escuchaba con claridad, por lo que la declarante le compartía las actas por los medios de comunicación establecidos por la empresa demandada. También, dijo que el trabajo de la actora no podía realizarse desde la casa, por la política de manejo de documentos médicos legales, ya que ella manejaba facturación e historias clínicas, por lo que no podía llevarse los documentos fuera de la sede; y que debido a las patologías diagnosticadas a la promotora del proceso, con ocasión del aislamiento obligatorio decretado por el Gobierno Nacional en el marco de la pandemia del Covid-19, tanto ella como 15 personas más fueron enviadas a sus casas, pero no fue posible que continuara con su labor desde

allí porque el equipo de cómputo que se le envió no contaba con las plataformas requeridas para ello, por lo que no se le pudieron asignar funciones, pues las personas que laboraban desde sus domicilios se empezaron a ocupar de atender al público por medio de llamadas telefónicas, labor que no podía ser efectuada por la actora debido a sus condiciones de salud.

Por otra parte, Esteban Eduardo Patiño Barrera, quien se había desempeñado en la demandada como analista de talento humano durante 5 años, concordó con las versiones reseñadas en cuanto a las funciones de la demandante y en que aquella no asistía a los grupos primarios. Y además señaló que la activa no presentó ninguna queja de acoso laboral ante el Comité de Convivencia, ni tampoco adujo ante la dependencia en la que él prestaba sus servicios algún trato discriminatorio. También sostuvo que desde talento humano, tenían el reporte de haber compartido con la jefe de la demandante un reconocimiento en el 2016, cuando la última cumplió 15 años de servicios, pero no le constaba si este se había entregado o no a la trabajadora.

Finalmente, en lo que respecta al dicho del declarante John Mauricio Martínez, quien trabajó como odontólogo al servicio de la encartada del 2013 al 2018, concuerda la Sala con las consideraciones expuestas por la *a quo*, para restarle valor probatorio, toda vez que sus afirmaciones no son coherentes y además resultan contradictorias con los demás medios de convicción, ya que mencionó que le constaba que la demandante tenía una línea telefónica en su oficina, y que atendía llamadas por celular, porque él se había comunicado de esa manera con ella, y después señaló que no sabía si la demandante tenía o no una extensión propia, porque el odontólogo líder era el único que tenía acceso al teléfono fijo para comunicarse a las extensiones.

Partiendo de lo anterior, estima esta Corporación que ninguno de los elementos de convicción permite concluir la existencia de actos que vulneraran o restringieran los derechos de la trabajadora o que ofendieran su dignidad por haber sido sometida a un trato discriminatorio, y además, sobre la afirmación referente al constante cambio de actividades laborales exigido por los jefes en contradicción de sus restricciones laborales, se logró establecer que la promotora del proceso desde el año 2011 hasta la finalización del vínculo, tuvo a su cargo las mismas funciones como auxiliar administrativa

en el proceso de facturación, de las que se excluyeron las que resultaban incompatibles con las recomendaciones médicas, tales como la atención de llamadas telefónicas y el trato con público.

A su vez, en lo que concierne a las conductas de acoso laboral enlistadas en la dimisión, tales como, expresiones injuriosas o ultrajantes, comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo, la imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa, el trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales y la negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de las labores, se recuerda que el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, estableció la presunción de acoso laboral cuando se acredite la ocurrencia repetida y pública de los supuestos que la constituyen, y en este caso, se advierte que solamente la testigo Diana Milena Cárdenas, sostuvo que en una ocasión la convocante se sintió “triste” porque su caso no fue mencionado en una reunión en la que se habló sobre la inclusión de los trabajadores en condición de discapacidad, sin embargo, tal situación constituye un hecho aislado, y no denota el ánimo discriminatorio, más aún cuando se constata que la empleadora ejecutó diversas actuaciones tendientes a garantizar la reubicación de la trabajadora en un puesto de trabajo físico y con la asignación de funciones ajustadas a sus condiciones médicas. De otro lado, como se dijo anteriormente, la actora se mantuvo en su puesto de trabajo cumpliendo las mismas funciones desde el 2011 y su trabajo era reconocido de manera positiva por sus compañeros y su jefe directa, tanto que en 2020 se le otorgó un día adicional de vacaciones por su buen desempeño.

Adicionalmente, en relación con la negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de las labores, supuesto que también se relaciona con los hechos relativos a que la empresa le había impedido a la trabajadora ejercer correctamente su labor, ya que para poder llevar a cabo su gestión y funciones administrativas requería

de un computador con programas específicos, lo que a su vez, se sustenta en el incumplimiento del numeral 1º del art. 57 del CST, encuentra la sala que sobre ese hecho hizo mención la testigo Sonia Edith Romero Ramírez, quien narró que esa situación ocurrió en el marco de la emergencia sanitaria por la que atravesó el país desde el año 2020, lo que impidió que la trabajadora pudiera continuar desarrollando las labores asignadas desde su casa, debido a la naturaleza de las mismas y a que para ese momento la empresa no contaba con el desarrollo de las herramientas y aplicativos para tal fin, sumado a la imposibilidad que tenía de asistir a las sedes físicas por sus restricciones médicas, las cuales también resultaban incompatibles con las tareas que se fijaron para los trabajadores que también se vieron avocados a prestar sus servicios desde sus domicilios, relacionadas con la atención al público por vía telefónica.

De lo que surge, entonces, una justificación en la manera en que procedió la llamada a juicio y descarta la violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador, pues solo fue ante el intempestivo hecho de la emergencia sanitaria que existió la imposibilidad material de suministrar las herramientas de trabajo a la gestora para que continuara desarrollando las funciones que se le encargaron, lo que en todo caso no implicó que la pasiva se sustrajera del pago de las acreencias laborales causadas en ese momento, pues tal situación no fue materia de controversia en este asunto.

Ahora bien, en punto del incumplimiento endilgado por no haberse atendido las recomendaciones médicas relativas al trabajo en casa, es preciso anotar que la última generada por parte del especialista en otorrinolaringología, en ese sentido, data del noviembre de 2018, de ahí que entre esa fecha y la presentación de la carta de renuncia transcurrieron un año y 8 meses, por lo que resulta patente la falta de inmediatez y de nexo de causalidad respecto de la finalización del vínculo, pues se verifica que en la última atención médica de la que existe prueba en el plenario y que se remite a agosto de 2019, no se consignaron restricciones o recomendaciones en ese sentido, por lo que el supuesto alegado no persistió ni se extendió en el tiempo.

Finalmente, en lo que concierne al incumplimiento sistemático de las obligaciones legales, que se fundó en que la empleadora no realizó el examen

periódico que se debe surtir con el cambio de ocupación de conformidad con el numeral 2º del art. 3º de la Resolución 2346 de 2007; se advierte que el art. 5º de la normatividad citada en la dimisión, establece que el empleador tiene la responsabilidad de realizar evaluaciones médicas cada vez que el trabajador cambie de ocupación y ello implique cambio de medio de ambiente laboral, de funciones, tareas o exposición a nuevos o mayores factores de riesgo, en los que detecte un incremento de su magnitud, intensidad o frecuencia.

De esa manera, encuentra la Sala que la última vez que la demandante cambió de ocupación fue a finales del año 2011, con ocasión de la reubicación que se dio al cargo de auxiliar administrativa en el proceso de facturación, el cual se mantuvo sin cambios hasta el año 2020, cuando tuvo lugar la terminación del contrato de trabajo, por lo que sobre el particular aplican las mismas consideraciones expuestas en el punto anterior, respecto de la falta de causalidad entre el hecho alegado y la dimisión.

Por todo lo expresado, concluye la Sala que deberá **confirmarse** la sentencia consultada debido a que no se probó que alguna de las causales esgrimidas por la accionante para dar lugar al rompimiento del vínculo laboral pueda ser una justa causa imputable al empleador.

Indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Al respecto, se tiene que la normatividad en la que se funda la pretensión de la demandante establece una protección legal para aquellos trabajadores que padezcan una limitación psíquica, sensorial o mental. Su objetivo fundamental, es garantizar la inclusión de las personas en condición de discapacidad en el mercado laboral de manera equitativa, y evitar la materialización de conductas discriminatorias por parte de los empleadores respecto de éstos.

Así las cosas, para despedir a un trabajador en situación de discapacidad, es necesario que medie la autorización del Ministerio del Trabajo, de ahí que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento de tal requisito, tienen derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario.

En tal sentido, se tiene que en el caso de autos, no se cumplen los supuestos de hecho requeridos en la disposición anotada para que proceda el pago de la indemnización solicitada, en la medida en que está plenamente demostrado que el finiquito laboral obedeció a la renuncia de la trabajadora y no a la decisión unilateral del empleador, y dicha garantía no es aplicable cuando se presenta esa modalidad de terminación del contrato. A lo que se suma de que, no se probaron las causas que fundaron la dimisión y sobre la misma no se alegó en la demanda que hubiera existido constreñimiento o coacción del empleador, por lo que se puede concluir que obedeció a la decisión autónoma y libre de la trabajadora.

En consecuencia, que sobre este tópico también se **confirmará** la decisión consultada.

Indemnización plena de perjuicios. La jurisprudencia laboral ha establecido que para que se cause la indemnización plena y ordinaria de perjuicios ocasionados por un accidente de trabajo y/o enfermedad laboral, contenida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, la culpa del empleador en la ocurrencia de aquellos, debe encontrarse suficientemente comprobada, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño, la prueba de que la afectación a la integridad o a la salud del trabajador fue como consecuencia de la negligencia o culpa de este último –el empleador–, en el cumplimiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores, en los términos del artículo 56 ibídem (CSJ SL4665-2018, SL633-2020).

Por regla general, es al trabajador a quien le corresponde la carga de la prueba de demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo o la causación de una enfermedad laboral, y por excepción, con arreglo a los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil, cuando se alega el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud e integridad de sus trabajadores (CSJ SL, 10 mar. 2005 rad. 23656, SL, 10 mar. 2005 rad. 23489, SL, 10 may. 2006 rad. 26126, SL7056-2016, SL2168 y SL4019-2019, entre otras).

No obstante, ello no significa que le baste al trabajador plantear el incumplimiento de las obligaciones de cuidado, seguridad y protección, para desligarse de cualquier carga probatoria, porque al no ser una responsabilidad objetiva como la que rige en materia de riesgos laborales, para que opere la mencionada inversión de la carga de la prueba, deben estar acreditadas inicialmente las circunstancias concretas en las que ocurrió el accidente o se originó la enfermedad de origen laboral, y que la causa eficiente del infortunio fue la imprevisión por parte de la persona encargada de evitarlo (CSJ SL7513-2016 y CSJ SL2206-2019).

En el caso de autos se verifica que las patologías padecidas por la demandante denominada "*Hipoacusia neurosensorial bilateral, trastorno depresivo recurrente, no especificado, tinnitus, enfermedad de Ménière*", fueron calificadas el 24 de marzo de 2020, como de origen común, por lo que no puede atribuirse responsabilidad alguna a la empleadora en su causación, comoquiera que la normatividad aplicable deriva los perjuicios reclamados de la enfermedad de origen laboral.

En todo caso, aún si se partiera del supuesto de la demanda relativo a que el incremento en el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral obedeció a la omisión o acción de la demandada, al no haber acatado las recomendaciones médicas emitidas por el especialista en otorrinolaringología el 8 de febrero, 5 de septiembre de 2016; 6 de febrero, 14 de agosto, 6 de septiembre de 2017; y, del 6 de agosto de 2018, referentes a que la paciente requería reubicación laboral preferiblemente trabajo en casa, por la necesidad de no exposición a ruidos fuertes constantes (Pág. 109 a 110, 111, 112 y 131 archivo 4, exp. 1ª Instancia), no se puede perder de vista que no se arrimó ningún elemento probatorio del que se derive que la negativa de la reubicación laboral por parte de la encartada hubiera repercutido en el deterioro del estado de salud de la gestora, y mucho menos que permita establecer la proporción en la que esa determinación pudo haber incidido, ya que como se vio, las patologías padecidas por la activa son de origen común.

Adicionalmente, del concepto de rehabilitación emitido el 23 de noviembre de 2018 por la EPS SURA, se desprende que el médico tratante estableció que el trastorno de depresión y adaptación probablemente eran de

origen común; que no existía ninguna posible recuperación; y, que el pronóstico a corto y mediano plazo era malo.

Y se advierte que en el dictamen pericial rendido por Mary Geraldine Valbuena Rojas Fonoaudióloga Especialista en Seguridad y Salud en el Trabajo, se señaló que la medición de ruido ambiental de las áreas cercanas y dentro del puesto de trabajo de la Sra. Johanna Zarate, basado en las leyes vigentes GATISO-Hipoacusia Neurosensorial Inducida por Ruido, en la Resolución 1792 de 1990 y en la Resolución 627 de 2006, las cuales estiman el grado y nivel de exposición a ruido a nivel laboral y emisión de ruido ambiental, se podía concluir *“Los niveles de ruido que se encontraron dentro del puesto de trabajo se encuentran dentro de la normatividad Gatiso y resolución 1792 de 1990, donde estipulan “85 dB como límite permisible de exposición ponderada para 8 horas laborables/día”, los decibeles que se encontraron actualmente dentro del área o puesto de trabajaron oscilaron entre 43 y 53 dB. Los decibeles o niveles de ruido encontrados en las áreas adyacentes o continuas al puesto de trabajo evaluado se encontraron decibeles entre los 52 a 54 Db, se realiza la comparativa con cuadro que se encuentra en Resolución 627 de 2006, se encuentra que los lugares evaluados se clasifican en Sector C: Ruido Restringido/ Zonas con usos permitidos de oficinas, los decibeles permitidos durante el día son 65 decibeles. Los decibeles o niveles de ruido encontrados en la sala de espera fueron de 62Db, teniendo en cuenta la Resolución 627 de 2006, esta área se clasifica en Sector C: Ruido Restringido/Zonas con usos institucionales, donde los decibeles permitidos durante el día son 65Db. Se realiza una comparación de los niveles de ruido encontrados el día 24 de mayo con los obtenidos el día 16 de enero de 2015 en el análisis de puesto que realizaron ese año puesto de la Señora Duvelis Johanna Zapata, se concluye que los resultados obtenidos se encuentran dentro de los valores permitidos que contempla la resolución 1792 de 1990, lo cual el valor máximo permitido por 8 horas de trabajo son 85 dB”* (Pág. 37 a 54, archivo 21, exp. 1ª Instancia).

Aunado a ello, en la contradicción del dictamen dicha perito refirió que medicamente se desconoce la causa que genera el síndrome de *Ménière* y que no tiene cura, que el mismo puede empeorar por exposición a ruidos fuertes, sin embargo, no existe un instrumento que establezca en el caso de los trabajadores con problemas auditivos el límite máximo de ruido, que ella

consideraba que para evitar traumas debía ser máximo de 60 dB, sin embargo, de la historia clínica no se desprendía tal situación.

De otra parte, en cuanto al concepto técnico emitido por Yuli Paola Rodríguez Osorio, médica especialista en salud ocupacional y pérdida de capacidad laboral, es preciso anotar que aun cuando se señaló que la activa se encontraba en un lugar de trabajo poco óptimo para sus patologías médicas y pese a que por recomendación médica de especialistas en otorrinolaringología se solicitó reubicación laboral, esta no fue posible, lo que ocasionó además de empeorar su patología otro tipo de alteraciones como ansiedad y estrés; debe tenerse en cuenta que en la contradicción de esa prueba, la perito refirió que el síndrome de *Ménière* es progresivo y tiene tres síntomas principales que son la hipoacusia, el tinnitus y el vértigo, y que de la historia clínica no se desprendía el nivel máximo de ruido al que podía ser sometida la trabajadora, pues debido a que los médicos no tienen el concepto de la parte laboral, no conocen realmente los decibeles a los que pueden exponerse los trabajadores que sufren de tales dolencias, sin embargo, ella consideraba que debido a que el médico tratante había recomendado el trabajo en casa, debía entenderse que era por el nivel de ruido que existía en las instalaciones de la llamada a juicio, conclusión que en sentir de la Sala carece de soporte científico, no pasa de ser una suposición, teniendo en cuenta el mismo dicho de la interrogada.

De esa manera, con las pruebas recaudadas solo se puede establecer que en el puesto de trabajo de la convocante y en las instalaciones contiguas a este, los niveles de ruido no superaban los máximos permisibles, establecidos en las leyes vigentes GATISO-Hipoacusia Neurosensorial Inducida por Ruido, en la Resolución 1792 de 1990 y en la Resolución 627 de 2006, sin que exista soporte alguno que respalde los supuestos de hecho en los que se sustentó la pretensión analizada, máxime cuando se estableció que las patologías auditivas padecidas por aquella eran progresivas, que no existía ninguna posible recuperación; y, que el pronóstico a corto y mediano plazo era malo.

En consecuencia, sobre el particular se confirmará decisión de primera instancia.

Devolución de Descuentos.- Pretendió la demandante que se disponga la devolución de la suma de \$362.880, que fue descontada de la liquidación final del contrato de trabajo por concepto de crédito hipotecario, pesar de que ya había quedado saldado con el seguro de deuda SURA.

Sobre el particular, se verifica que la parte demandada soporta la devolución del referido monto con el recibo individual de pagos, que da cuenta de la transferencia efectuada el 8 de febrero de 2021, por valor de \$366.484 (Pág. 106, archivo 10, exp. 1ª Instancia), sin que se haya presentado alguna oposición frente a dicha prueba, de ahí que no hay lugar a imponer condena alguna por este concepto.

Por lo anterior se **confirmará** la sentencia consultada. Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 25 de agosto de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6b997117ee938fa6dae88737dafcbef0e756e460ad24f2f86114a031deab5fee**

Documento generado en 06/09/2022 04:51:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **036 2019 00578 01**
DEMANDANTE: ALMA CECILIA MATOREL LARA
DEMANDADOS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, respecto de la sentencia proferida el 22 de marzo de 2022, por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado por la AFP Porvenir; que se le ordene a esa AFP trasladar los valores de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, y a ésta hacer efectiva la afiliación y permanencia en el régimen de prima media con prestación definida (RPMPD). Además, pidió la condena en costas a la demandada (f.º 15).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 10 de enero de 1968, a la presentación de la demanda cuenta con 1263 semanas de cotización según la historia laboral expedida por Porvenir SA. Desde el mes de julio de 1990 ha realizado aportes con miras a la obtención de su pensión, inicialmente al régimen de prima media administrado ahora por Colpensiones.

Para el 1º de abril de 1994 contaba con 208 semanas de cotización y 26 años de edad. En marzo del año 2000 cuando se encontraba laborando para la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena le fue solicitado trasladarse a Porvenir SA, al efecto fue autorizado el ingreso de un asesor de esa AFP, quien tomó los datos y la firma en el formulario de afiliación sin brindar la respectiva asesoría. Tampoco le fue informado el plazo con el que contaba para regresar al RPM. Solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el cual le fue negado. De igual manera solicitó a Porvenir información acerca de su traslado sin obtener respuesta concreta (f.º 2 a 4).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 12 de noviembre de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 54).

Porvenir SA contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (archivo 02, págs. 1-26).

Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones, e invocó en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, compensación y prescripción (f.º 64 a 76).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio (f.º 84).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 22 de marzo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 3 de marzo de 2000, a la AFP Porvenir SA, y le ordenó trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, costos de las primas de los seguros previsionales, aportes al fondo

de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; a Colpensiones acreditar los aportes en la historia laboral; declaró no probada la excepción de prescripción; impuso condena en costas a cargo de las demandadas, y como agencias en derecho, 1 smlmv a cada una (Archivo 11).

En síntesis, la juez de primer grado consideró que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado de régimen de la demandante y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información está radicado en cabeza de las AFP. En ese orden, estableció que al proceso no se aportaron medios de convicción tendientes a demostrar la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado al RAIS, pues en el interrogatorio de parte no se obtuvo la confesión respecto de la información suministrada; a su vez, señaló que a pesar de que se allegó una carta de asesoría firmada por la demandante, dicha documental no era prueba de la información que debió ser suministrada al momento del traslado, ya que se trataba de un formato pre-impreso. Tuvo en cuenta la situación particular de la demandante de cara al desconocimiento de los dos regímenes, así como la diferencia entre cada uno de ellos.

En lo relacionado con la prescripción para reclamar la declaratoria de ineficacia del traslado, anotó que dicha acción no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción del derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por lo tanto, resulta imprescriptible.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Porvenir SA al efecto adujo que la falta de información no corresponde a una de las causales previstas para declarar esta ineficacia; lo que se debe tener en cuenta es que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, único requisito previsto para el año 2000, pues no había obligación de realizar proyecciones pensionales. La demandante ratificó su voluntad de permanencia en el RAIS al realizar aportes por cerca de 22 años. La actora no está cobijada por el régimen de transición. Solicita no se ordene la devolución de los gastos de administración, pues no son valores que pertenezcan al afiliado y fueron utilizados para generar los rendimientos.

Colpensiones manifiesta que no se tuvo en cuenta que es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir, por tanto no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión que aquí se adopta, por lo que no es dable que se le ordene recibir a la demandante como afiliada, pues esto afecta la estabilidad financiera del sistema, ante el eventual reconocimiento pensional. Señala que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para retornar al RPMPD, contenida en la Ley 797 de 2003. Solicita se condene a la AFP Porvenir a pagar los perjuicios económicos que se generan con el traslado a Colpensiones de la demandante. Finalmente, señala que teniendo en cuenta que la entidad es un tercero ajeno que actúa de buena fe, solicita se revoque o se imponga una condena menos ostentosa por concepto de costas.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 13 de mayo de 2022 se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la AFP Porvenir SA y por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, y conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

Las demandadas presentaron las alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la contestación a la demanda, y Colpensiones en el recurso de apelación (archivo 12)

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular,

así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acata en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora del RAIS demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria. Si hay lugar a ordenar reconocer a Colpensiones los perjuicios económicos que se generan con el traslado y si se debe modificar la cuantía de las agencias en derecho.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 10 de enero de 1968 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de julio de 1990 y el 31 de marzo de 2000, 413,71 semanas (f.º 78 a 83); **iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir SA, el 3 de marzo de 2000, con fecha de efectividad de 1.º de mayo de 2000 (f.º 32), con un total de 1367 semanas

cotizadas para el 12 de enero de 2021, según lo informado en la historia laboral que reposa en las páginas 79 a 117 del archivo 02.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera 'preimpresa' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además

todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

(…) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, la demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP

Porvenir, efectivo desde el 1º de mayo de 2000, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, y que fue asesorado sobre todos los aspectos del RAIS, del régimen de transición, bonos pensionales e implicaciones de la decisión, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz,

estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021 precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte de la afiliada para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por la demandante el 3 de marzo de 2000, con su afiliación a la AFP Porvenir.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores si los hubo, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ

SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente, tal como fue ordenado por la *a quo*.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

En lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho. En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, en este caso, atendiendo a las circunstancias particulares que rodean el asunto, le asiste razón a la entidad demandada Colpensiones, y debió disponerse dicho rubro únicamente a cargo la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, en la medida en que la primera no tuvo ninguna injerencia en el acto jurídico de traslado de régimen pensional que se declara ineficaz y da lugar a la decisión que se confirmará, ni es ésta consecuencia directa o indirecta de la acción u omisión de la administradora del RPMPD, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que se discutió, y simplemente está llamada a soportar las consecuencias jurídicas de la omisión de la administradora del RAIS, siendo ella la única razón por la que se le vincula al proceso, sin que por tanto, en estricto sentido, pueda ser tenida como vencida en el mismo, ajustándose su actuar al ordenamiento legal. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** la decisión de primer grado.

¹ CSJ SL1688-2019.

Finalmente, en lo atinente a la solicitud que eleva Colpensiones, de imponer condena a cargo de la AFP Porvenir en virtud de los perjuicios económicos que se generan con el traslado de régimen de la demandante, esta pretensión no fue objeto de debate en el curso del proceso, razón por la cual no puede esta Sala en esta instancia hacer manifestación alguna sobre el particular, y menos aún imponer condena en este sentido.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, en cuanto a la condena en costas impuesta a cargo de Colpensiones, para en su lugar, abstenerse de condenar en costas a esa entidad, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

CUARTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **83ff9dbe8ccc5c952bf2dfee6241f4d477e8522526e4d010ff9e5644a8276795**

Documento generado en 06/09/2022 04:52:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **015 2021 00273 01**
DEMANDANTE: JORGE JAIRO QUINCHANEGUA
DEMANDADAS: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
- COLPENSIONES Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS
PENSIONES Y CESANTIAS SA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por Colpensiones y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor dicha entidad, respecto de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare la ineficacia o nulidad del Traslado que el señor hizo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y en consecuencia, ordenar a Colfondos SA Pensiones y Cesantías devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, tal como lo indica la Ley 100 de 1993 en el artículo 59 y siguientes.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 21 de diciembre de 1959; que se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales el día 17 de enero 1985; que la empresa Inelso Ltda. en adelante Challenger SA. lo afilió a la AFP Porvenir SA, habiéndose diligenciado el formulario el 20 de octubre de 1995; la afiliación referida se realizó sin ningún tipo de información sobre las consecuencias que implicaba la firma de este; que desde el 1° de enero de 2002 a la actualidad se encuentra afiliado a la AFP Colfondos SA; que referido fondo no le informó que el plazo para retornar del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, vencía cuando cumpliera 52 años de edad; que los fondos privados tampoco le pusieron de presente las ventajas y desventajas de pertenecer al RPM o al RAIS, por lo que nunca recibió una reasesoría completa ni se hicieron proyecciones matemáticas; que cuenta con un total de 1847 semanas cotizadas al 28 de febrero de 2021 y el saldo de su cuenta de ahorro individual al 19 de mayo de 2021, corresponde a \$211.368.197,93 (pág. 1 a 13, archivo 1, Exp. Dig.).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 5 de noviembre 2020, ordenando su notificación y traslado a las demandadas (archivo 7, Exp. Dig.), quienes dieron respuesta en término oportuno.

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA** presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad se efectuó con ese fondo en el año de 1995, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado el actor sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud N° 00629193 –documento público- que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que aseguró, se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, en el cual expresó: *“Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, así como la elección de la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales y también declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”*.

Agregó que la parte actora reiteró su voluntad de permanecer en el RAIS y se vinculó de manera horizontal a Colfondos S.A. en el año 2002, tal como se demuestra en el certificado de egreso y que además debe tenerse en cuenta que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le esté dado a las partes pactar condiciones diferentes. En su defensa propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (pág. 1 a 22, archivo 17, Exp. Dig.).

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que esa entidad no está legitimada para pronunciarse sobre el pedimento elevado por la parte actora relativo a que sea declarada la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir, comoquiera que la afiliación efectuada con la AFP en comento fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia. Precisó que esa administradora no ha vulnerado derecho alguno al accionante, pues la única eventual falta que se le endilga es no haber aceptado la solicitud de traslado y/o nulidad, pasando por alto que es el juez del trabajo el único competente para determinar la validez y/o eficacia del traslado, si las circunstancias narradas por el demandante en el escrito de demanda pueden considerarse como una violación al deber de información o si se configuró algún vicio en el consentimiento al momento de firmarse el formulario de afiliación. En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe (pág. 1 a 8, archivo 27, Exp. Dig.).

Colfondos SA Pensiones y Cesantías presentó oposición a lo pretendido, con sustento en que, esa entidad brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, de manera que se le indicaron las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. En cuanto a la pretensión de nulidad, señaló que los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, estipulan como elementos que dan paso a la

nulidad de una afiliación al Sistema General de Pensiones, en primer lugar, que la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue la demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colfondos S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación. Por lo anterior, aseguró que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y asidero fáctico, pues en primer lugar no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esa AFP no fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual de manera libre y con su consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años. En su defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y ausencia de vicios del consentimiento (pág. 1 a 12, archivo 32, Exp. Dig.).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (archivo 10, Exp. Dig.).

III.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 9 de marzo de 2022, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por la demandante el 20 de octubre de 1995, a través de la AFP Porvenir SA, y le ordenó a la AFP Colfondos trasladar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos a Colpensiones. A su vez, le ordenó a Colpensiones a recibir los recursos y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual. Finalmente, no dispuso condena en costas.

Consideró que conforme a la línea jurisprudencial de la corte, la AFP desde su creación estaba obligada a dar información a la afiliada previo al traslado, para que tomara una decisión consciente; que el deber de información no se suple con la declaración contenida en el formulario, que solo demuestra el consentimiento pero no que fue informado, carga de la prueba que corresponde

a la AFP; que conforme a las pruebas evacuadas en el proceso, la AFP Porvenir no cumplió con la carga de la prueba del deber de información; que no obra en el plenario prueba documental o testimonial del cumplimiento del deber de información, y en el interrogatorio de parte de la demandante hay contradicciones respecto a lo indicado en la demanda, sin que se logre confesión respecto a que se le hubiera brindado la información, en cumplimiento del deber de la AFP.

Dijo que solo ordenaba el traslado de los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por no ser procedente la devolución de los gastos de administración y pólizas de seguro previsional, ya que son descuentos que tienen sustento en el ordenamiento legal, lo anterior, porque en el régimen de prima media también son cobrados los primeros conceptos y en cuanto a los segundos son recursos destinados a aseguradoras para garantizar los riesgos de invalidez y muerte.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandante** expresó su inconformidad respecto de la decisión que se abstuvo de emitir condena en costas, tras argumentar que la parte vencida debe pagar tal concepto.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** apeló la sentencia proferida, tras considerar que de acuerdo a los hechos y las pruebas recaudadas, no era procedente la declaratoria de ineficacia de traslado del demandante, teniendo en cuenta que si se le brindó información al momento del traslado a Porvenir, indicando las características propias del régimen escogido, tanto así que se trasladó horizontal a Colfondos en el 2002, fecha para la cual podía retornar al régimen de prima media, pero fue su decisión de permanecer en el RAIS, lo que constituye un acto de relacionamiento que no se puede pasar por alto. Añadió que lo expresado en el interrogatorio de parte por el demandante no puede ser tenido en cuenta para determinar la ineficacia del traslado, pues el hecho de que dicho acto no hubiera cumplido sus expectativas económicas, ello no implica que haya existido falta de información.

Sobre la negativa del traslado de los gastos de administración, señaló que se debe tener en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL4989-2019, SL1421-2019 y SL2877-2020, ha indicado que la declaratoria de

una ineficacia, tiene como consecuencia retrotraer al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto del traslado, por lo que se debe ordenar el reintegro de la totalidad de los recursos de la cuenta individual de ahorro, de los dineros abonado al fondo de garantía de pensión mínima, los rendimientos, la anulación de bonos pensionales, los porcentajes destinados a pagar seguros provisionales, y los gastos de administración.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 22 de junio de 2022 se admitieron los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar.

La parte demandante, Colpensiones y Porvenir SA presentaron alegaciones reiterando las dos primeras los argumentos expuestos en los recursos y la última solicitando que se mantenga la absolución dispuesta en la primera instancia respecto de ese fondo (Carpeta 61, Exp. Dig.).

VI. ACLARACIÓN PREVIA

Resulta necesario aclarar que, la suscrita Magistrada Ponente no comparte las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, en sede de tutela y en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos de esa índole de los que ha conocido, había adoptado decisiones apartándose razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones no contaban con mayoría, analizando si 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, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, así como las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, se acatará en este asunto y en los sucesivos, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66A y 69 del CPTSS, el problema jurídico a resolver, consiste en verificar si el traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, surtió plenos efectos jurídicos, o si por el contrario, fue ineficaz por falta de información suficiente por parte de la administradora privada demandada, que le permitiera contar con un consentimiento informado en la celebración del acto jurídico; y en tal caso, cuáles son las consecuencias jurídicas de tal declaratoria.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** el demandante nació el 21 de diciembre de 1959 (Pág. 19, archivo 1, Exp. Dig.); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales 546,86 semanas, entre el 17 de enero de 1985 hasta el 31 de octubre de 1995 (Carpeta 28, Archivo Historia Laboral, Ex. Dig.); **iii)** que el 20 de octubre del año 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir, con fecha de efectividad desde el 1º de noviembre de 1995 (Pág. 22, archivo 1 y Pág. 98, archivo 32, Exp. Dig.); **iv).** que el 14 de diciembre de 2001, se afilió a la AFP Colfondos SA, con fecha de efectividad desde el 1º de febrero de 2002 (Pág. 23, archivo 1 y Pág. 98, archivo 32, Exp. Dig, Exp. Dig.), administradora en la que actualmente se encuentra afiliada.

El traslado de régimen por vinculación a una AFP, es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100, que, si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera '*preimpresa*' en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Adicionalmente, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Así, en sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, expresó:

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

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

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

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

Frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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”.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de

aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) 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.”

En esta providencia, también se dijo:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin importar si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional legítima para el momento del traslado, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente de la Sala de Casación Laboral citado.

En el caso que ocupa la atención de esta Sala, el demandante se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, el 20 de octubre de 1995, posteriormente se trasladó a Colfondos SA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, y si bien en el formulario de vinculación se hace referencia expresa a que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme al mandato del art. 114 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo previsto en el art. 11 del Decreto 692 de 1994, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Ahora bien, en lo que respecta a si debían demostrarse o no vicios en el consentimiento y los efectos de la falta de información previa al traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1501-2022, precisó:

El enfoque de la Corte para abordar esta problemática, es la ineficacia, que apunta a la trasgresión o contrariedad del ordenamiento jurídico --normas que son de orden público--, que por tal razón trascienden la esfera del interés personal de los intervinientes por estar así determinado en la ley, según lo señalado en el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y en los preceptos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y que por lo mismo no resulta ser un defecto subsanable, como lo podría ser la nulidad relativa.

Ahora bien, la construcción jurisprudencial de la ineficacia en esa particular materia se ha basado, precisamente, en dejar de lado el estudio sobre el elemento «*consentimiento*» para buscar en éste la prueba de uno de los vicios: error, fuerza y dolo, atinentes a la *validez*, para, en su lugar, centrar el análisis en el «*deber de información y buen consejo*» que compete a las administradoras en cumplimiento de las normas de orden público que regulan la materia, tal como lo ha entendido esta Sala de la Corte.

Se sigue de lo anterior, por ejemplo, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación no suple en manera alguna el deber de información, con el nivel de calidad que la jurisprudencia ha venido exigiendo, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma la mentada exigencia (CSJ SL1741-2021 en la que se memoran las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017), como equivocadamente lo entendió el Colegiado de instancia.

Y en la CSJ SL5292-2021, en sede de instancia, advirtió:

De otro lado, ha dicho la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos *ex tunc* (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a su propio patrimonio, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; criterio que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por otra parte, respecto a los traslados posteriores y los actos de relacionamiento, se advierte que la alta corporación, en sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021, precisó que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los

afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual. Así lo expuso en la primera decisión citada:

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la Porvenir SA, que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto jurídico de traslado de régimen, para establecer la existencia de un consentimiento informado por parte del afiliado para esa época, tal como lo concluyó la *a quo*, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación al régimen de ahorro individual, así como del traslado posterior verificado, y se **confirmará** la decisión de declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de régimen pensional realizado por el demandante el 20 de octubre de 1995, con su afiliación a la AFP Porvenir, así como el posterior surtido con destino a la AFP Colfondos.

De conformidad con la citada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se retrotrae la situación al estado en el que se hallaría si el acto jamás hubiera existido, dejando sin efecto también los traslados posteriores, y las administradoras de fondos de pensiones respectivas deben devolver con destino a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás conceptos objeto de devolución (CSJ SL1022-2022, CSJ SL1017-2022, CSJ SL1125-2022), puesto que dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social, y resultan necesarios para la financiación de las prestaciones económicas que correspondan en el régimen de prima media, en los términos de la jurisprudencia vigente.

Respecto de la excepción de prescripción, el órgano de cierre de esta jurisdicción ha precisado de manera reiterada que la acción de ineficacia de traslado pensional es imprescriptible, "(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad*

judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”¹, por lo que resulta acertada la decisión del juez de primera instancia, y ello se hace extensivo a la totalidad de conceptos que son objeto de devolución, como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen.

Por lo expuesto, se **adicionará** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada, para ordenar tanto a la AFP Colfondos como a Porvenir SA, a la devolución de la totalidad de los conceptos mencionados, debidamente indexados, y a ambas AFP efectuar la discriminación y detalle de los valores devueltos.

Finalmente, y en lo que a la condena en costas se refiere, la Sala recuerda que éstas son la erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial, y comprende las expensas y las agencias en derecho.

En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, en este caso, debió disponerse dicho rubro a cargo la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, pero no así frente a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones ni respecto de Colfondos SA Pensiones y Cesantías, en la medida en que esas entidades no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco les era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió. Por lo que sobre el particular se **revocará parcialmente** la decisión de primer grado.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

¹ CSJ SL1688-2019.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primera de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en cuanto a que la **Colfondos SA Pensiones y Cesantías** deberá devolver también, con destino a Colpensiones, además de los conceptos allí relacionados, los gastos de administración, los valores descontados de los aportes por primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 9 de marzo de 2022, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en el entendido, de **CONDENAR** a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA**, a trasladar y devolver a Colpensiones, la totalidad de aportes pensionales efectuados con ocasión del traslado, así como los rendimientos financieros, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminando la totalidad de los conceptos objeto de devolución, con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado, y demás, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar, condenar en costas en primera instancia a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SEXTO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

<https://etbcsj->

[my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EobkehVFbkRHkhNMKKEyOm0BavQoZrh1iD6kUrwAsfCc9w?e=uAgr0C](https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EobkehVFbkRHkhNMKKEyOm0BavQoZrh1iD6kUrwAsfCc9w?e=uAgr0C)

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2cfd2303f6e9fa4761d42fb9f5e31829f3938fd8a3f6f830a25f09537ac3cdda**

Documento generado en 06/09/2022 04:51:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 11001 31 05 **032 2019 00853 01**
DEMANDANTE: DANILO ALEXIS HERNÁNDEZ NOGUERA, JENNIFER BEDOYA CALVO y DIANA MILENA CARVAJAL OJEDA
DEMANDADO: AVIANCA SA, SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI SAS, COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA

Bogotá DC, treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintidós (2022).

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretenden los demandantes, que se declare la existencia de un contrato realidad, entre DANILO ALEXIS HERNÁNDEZ NOGUERA, JENNIFER BEDOYA CALVO y DIANA MILENA CARVAJAL OJEDA y Avianca SAS, desde el 24 de octubre de 2012, 2 de enero de 2017 y 13 de julio de 2015, respectivamente, y hasta la presentación de la demanda; que la vinculación realizada a través de Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS, Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava constituyen actividades de tercerización e intermediación laboral indebida, así como la solidaridad de las demandadas; que la desvinculación de los demandantes del 31 de octubre de 2017 es ineficaz; que en el proceso de formalización laboral llevado a cabo por Avianca como consecuencia de la multa impuesta por el Ministerio de trabajo, se vulneraron los derechos laborales de los

demandantes a partir del 1 de noviembre de 2017, pues se les disminuyó el salario y no se les tuvo en cuenta la antigüedad; que se les obligó a presentar renuncia el 31 de octubre de 2017, y por ello les fueron eliminados los beneficios que mantenían como trabajadores de Avianca a pesar de continuar prestando el servicio en las mismas condiciones; y que, los eventuales pagos recibidos para cubrir el auxilio de cesantías en el lapso de la vinculación con Servicopava constituyen pagos irregulares.

En consecuencia, pretenden que se ordene el pago de las prestaciones sociales, auxilio de transporte y vacaciones del lapso en que estuvieron vinculados a Servicopava; que se condene a la demandada al pago de los beneficios reconocidos en el plan voluntario de beneficios a los trabajadores no sindicalizados y que se tenga como factor salarial la compensación extraordinaria y en consecuencia se ordene la reliquidación a partir del 1 de noviembre de 2017; la sanción por la no consignación de cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías; reliquidación de salarios y aportes al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1 de noviembre de 2017; los días adicionales de vacaciones, así como los tiquetes que se reconocen a los trabajadores de Avianca; las sumas por cuota de admisión y aportes sociales descontados ilegalmente; el auxilio de alimentación; la indexación e intereses moratorios.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestaron que fueron vinculados a través de convenio de asociación con la Precooperativa de Trabajo Asociado Servicopava hoy Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones terrestres, así: Danilo Alexis Hernández Noguera el 24 de octubre de 2012 y Jennifer Bedoya Calvo el 13 de julio de 2015, ambos con salario asignado como compensación para el año 2012 de \$566.700, luego \$737.718 y compensación extraordinaria de \$124.338; y Diana Milena Carvajal Ojeda a partir del 2 de enero de 2017, con salario asignado para el año 2017 de \$737.717 y compensación extraordinaria de \$77.466.

Afirman que la finalización de la vinculación con Servicopava se dio por carta de renuncia presentada por los trabajadores en un formato suministrado por Avianca, que les dijeron que era un requisito para proceder con la contratación por Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SA, empresa con la cual iniciaron sus contratos en el mismo cargo que venían desempeñando, ahora bajo la denominación de Agente de Operaciones Terrestres; que el salario asignado a partir del 1º de noviembre de 2017 fue la suma de \$750.000, con el cual se

desmejoraron sus condiciones laborales, y se les negó el derecho a la antigüedad acumulada con Servicopava, esto bajo el argumento de que se trataba de una nueva e independiente vinculación y no les fue reconocida suma alguna de indemnización por antigüedad por parte de Servicopava; que Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SA se comprometió con el pago de un auxilio de alimentación en cuantía de \$100.000, el cual no ha sido reconocido y tampoco han sido reconocidos como sus trabajadores vinculados a pesar del compromiso de Avianca SA.

En relación con la intermediación laboral dijeron que Avianca para el desarrollo de sus labores realizaba la contratación a través de Serdan SA, con contrato por obra o labor, superando los términos establecidos en este tipo de contratación, además se alternaba la vinculación con la empresa Misión Temporal Ltda.; sin embargo, no se determinó la labor contratada al tratarse de labores misionales; que estos contratos se extendieron hasta el año 2002, momento para el cual fue contratado por Servicopava, Precooperativa hoy Cooperativa de Trabajo Asociado que fue constituida por Avianca, el personal de diferentes poblaciones, así como el que estaba vinculado por temporales, que los trabajadores de la cooperativa debían utilizar los elementos de trabajo de Avianca SA, pues si bien existía un contrato de comodato para ello, lo cierto es que el control siempre fue ejercido por la misma empresa; que las capacitaciones fueron ofrecidas y certificadas por Avianca, presenciales y en ocasiones virtuales.

Indicaron que dentro de los procesos misionales y principales de la compañía se encuentra la operación y servicio del transporte aéreo y en la descripción del proceso se incluye operaciones terrestres; que existe un área de la compañía denominada asistencia a tierra; que los manuales e instructivos eran de propiedad de Avianca, y la programación de turnos era exclusiva de esa compañía. En relación con los códigos de acceso afirmaron que les fueron entregados para el uso de aplicaciones internas de los trabajadores directos, al igual que debían desarrollar las capacitaciones en sus plataformas; que el carnet de identificación expedido por Opain se realizaba por Avianca, en el cual se determinaban como trabajadores Avianca-Servicopava; y que, los uniformes, dotación y elementos de protección eran los mismos entregados a los trabajadores de la demandada y en el mismo lugar.

Señalaron que las órdenes eran impartidas por los jefes de Avianca, pues la cooperativa no contaba con niveles directivos; que compartían con los

trabajadores directos de Avianca los relojes biométricos, uso del casino, rutas de transporte, así como la autorización de ingreso a zonas restringidas, las instalaciones propias y las autorizadas para la empresa, y el beneficio de la política de tiquetes; que al igual que los demás trabajadores, les realizaban pruebas de bienestar social, pruebas de evaluación y desempeño, las que eran desarrolladas por Avianca; que en el año 2012, Avianca y Servicopava fueron sancionadas ante la evidencia de la tercerización laboral, por lo que Avianca se acogió al denominado acuerdo de formalización laboral, lo que implicaba contratar directamente 1494 trabajadores; no obstante, no se formalizó a los trabajadores de asistencia en tierra. Posteriormente, en el año 2017 fueron nuevamente sancionadas, por lo que Avianca se vio obligada a suscribir un nuevo acuerdo de formalización laboral, en esta ocasión si se encontraban incluidos este grupo de trabajadores, sin que se hubiera comprometido a contratar de manera directa a los trabajadores de asistencia en tierra.

Relataron, que el 31 de octubre de 2017 fueron citados en las instalaciones de Avianca a una reunión, en la cual los directivos de la compañía les informaron que debían presentar su carta de renuncia en el formato previamente establecido, además que debían suscribir contrato con Servicios Aeroportuarios Integrales SAI; que existió error, dolo y fuerza en la suscripción de esa renuncia al obligarlos a renunciar a su antigüedad y la consecuente indemnización; que no hicieron parte de la socialización previa a la suscripción de la renuncia a Servicopava y la vinculación a Servicios Aeroportuarios Integrales SAI; que fueron condiciones impuestas por la empleadora sin que mediara negociación; que Avianca tiene una participación accionaria del 90% en SAI SA; que a pesar del acuerdo de formalización laboral no les ha sido reconocido a los demandantes lo estipulado en el plan voluntario de beneficios previsto para el personal no sindicalizado de Avianca SA; y que, con la vinculación por Servicios Aeroportuarios Integrales SAI a partir del 1 de noviembre de 2017, sus condiciones laborales fueron desmejoradas, pero el desarrollo de las funciones continúa en las mismas condiciones, sin que les hayan pagado el auxilio de alimentación establecido en sus contratos (pág. 684 – 696 archivo 01).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue admitida el 2 de marzo de 2020, ordenando su notificación y traslado a los demandados (pág. 706 archivo 01), quienes dieron respuesta en término oportuno.

Avianca SA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Aseguró, que no existió un vínculo laboral entre los demandantes y Avianca, pues no fueron contratados por ella, y tuvieron la calidad de cooperados con Servicopava, bajo la cual adelantaron labores en las instalaciones de Avianca, pero que correspondían a actividades no misionales y sin subordinación de esta compañía. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación y pago (archivo 04).

Servicios Aeroportuarios Integrales SAI, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Precisó, que en virtud del acuerdo de formalización laboral celebrado el 31 de octubre de 2017, entre Avianca SA, la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo y esa demandada, se estableció que los trabajadores vinculados a Servicopava en el proceso de atención a pasajeros de Avianca y ventas en aeropuerto, serían ejecutados por Avianca SA, y el proceso de Operaciones terrestres y atención a pasajeros de terceros se ejecutarían por Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS la que pertenece Avianca Holdings SA, matriz de igual forma de Avianca. En este último grupo se encontraban los demandantes, por lo que fueron invitados a participar de la convocatoria. Dijo que cumplió con el acuerdo de formalización y que es un tercero ajeno e independiente de Avianca, que goza de total autonomía financiera y administrativa.

Aseveró, que los demandantes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo a partir del 1 de noviembre de 2017, para desempeñar el cargo de agente de operaciones terrestres y las labores anexas y complementarias de dicho cargo, con asignación mensual de \$750.000; que tuvo la calidad de empleador a partir del 1 de noviembre de 2017, les entregó las herramientas de trabajo, dotación y elementos de protección; que canceló la totalidad de las acreencias debidas a cada trabajador; que a la contestación de la demanda, habían finalizado los contratos de Danilo Alexis Hernández Noguera y Jennifer Bedoya Calvo, y que, el vínculo con Diana Milena Carvajal Ojeda continuaba vigente. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en los demandantes, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, prescripción y buena fe (archivo 03).

La Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava en Liquidación, se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Arguyó, que tenía un contrato mercantil con Avianca SA en los términos de la ley cooperativa, con el fin de cubrir procesos no misionales. Los demandantes solicitaron de manera voluntaria su vinculación, la que fue aceptada por el órgano cooperativo y en consecuencia se vincularon mediante acuerdo cooperativo de trabajo asociado, con el lleno de los requisitos legales y de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava, de igual manera realizaron y aprobaron el curso de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado; que se obligaron a poner a disposición su capacidad técnica y operativa a fin de ejecutar las labores encomendadas dentro de los procesos y subprocesos no misionales de la empresa cliente de acuerdo con la oferta mercantil; que no adquirieron la calidad de trabajadores; que no actúa como intermediaria; que entre Servicopava y Avianca SA, existió un contrato de prestación de servicios en la modalidad de oferta mercantil y orden de compra de servicios desde julio de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2017, en la que la cooperativa de manera autónoma, independiente y autogestionaria, cubrió la totalidad de los procesos y sub procesos que no hacen parte de la actividad misional, en las etapas productivas de dicha empresa. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato realidad y prescripción (archivo 02).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 30 de agosto de 2021, declaro probadas las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo y cobro de lo no debido formuladas por Servicopava en Liquidación; inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido formulada por Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS, y la de inexistencia de la obligación formulada por Avianca SA, en consecuencia absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si entre las partes existió un contrato realidad, para luego verificar si era procedente el pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales reclamadas; y la responsabilidad solidaria entre las codemandadas. Estimó, que los actores fueron vinculados con la Cooperativa de Trabajo Asociado por solicitud elevada de manera voluntaria por cada uno de ellos, bajo las leyes cooperativas y

acreditaron haber tomado el curso de cooperativismo; que en principio las labores desarrolladas por los demandantes fueron en favor de Avianca, no obstante no existió subordinación frente a Avianca, pues Servicopava y SAI desarrollaban de manera autónoma sus funciones.

Para llegar a esa conclusión, tuvo en cuenta los procesos disciplinarios que se les adelantaron a cada uno de los demandantes por parte de Servicopava y SAI; en relación con los carnets de identificación como trabajadores adujo que de su lectura es claro que son expedidos por Servicopava, y en los de SAI no se enuncia a Avianca; en relación con el servicio de alimentación advirtió que Servicopava acreditó el pago de este servicio y que por esta razón hacían uso de las mismas instalaciones. En punto del servicio de transporte, según se desprende de la documental aportada por la misma parte demandante, concluyó que era suministrado por Servicopava. Desestimó el testimonio de Andrés Riaño Álzate, como quiera que se advirtió de manera clara la animadversión en contra de Avianca, además sus afirmaciones no correspondían con las demás pruebas, y finalmente el interés en las resultas de este proceso, pues interpuso una demanda en contra de Avianca bajo supuestos fácticos y pretensiones similares, por lo que declaró probada la tacha de sospecha.

Señaló que, por parte de Servicopava y SAI, se acreditaron los llamados de atención y procesos disciplinarios, concesión de vacaciones, otorgamiento de permisos, así como la investigación del accidente adelantada por Servicopava en relación con el accidente de la trabajadora Jennifer Bedoya Calvo, lo que reafirma la subordinación de los demandantes hacia Servicopava y SAI y no frente a Avianca, puesto que no se acreditaron en el curso del proceso las órdenes que recibían los demandantes de Avianca. Finalmente, expuso que SAI le presta sus servicios a varias empresas de aviación, por lo que los trabajadores podían estar al servicio de cualquiera de ellas, además que quedó demostrado en el plenario la labor de esta empresa que corresponde a la limpieza de aeronaves y espacios; y que, el hecho de que las demandadas hagan parte de un mismo grupo económico, Avianca Holding, no quiere decir que las empresas no puedan contratar entre sí, más aun si se tiene en cuenta que el objeto de ambas es diferente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia,

respecto de la decisión del *a quo* de no declarar la existencia del contrato de trabajo. Al efecto adujo, que no se valoraron de manera adecuada las pruebas arrojadas al proceso; que el *a quo* no se pronunció sobre la tercerización indebida por parte de Avianca; no tuvo en cuenta que el objeto social de SAI y el de Avianca no son diferentes; que pasó por alto la prohibición de tercerizar actividades misionales; que contrario a lo planteado en la sentencia, el hecho de que SAI prestara sus servicios de manera independiente a otras aerolíneas es una situación traída de Servicopava, y esa independencia no es real.

Solicita se analice la estructura de la demandada Avianca, pues allí se encuentran previstos los cargos asignados a los demandantes, así como el área de asistencia en tierra, sin embargo, esa labor nunca la desarrolló directamente esa demandada. En punto de la subordinación, considera que no sólo se puede limitar a los descargos, pues se debe tener en cuenta las políticas y manuales de la compañía que prevén las disposiciones que se deben cumplir; que no se tuvieron en cuenta las demás documentales; que fue sesgado el análisis del juzgado, pues en relación con los carnets no analizó por qué decían Avianca, que en la parte de atrás sí se consignó que son trabajadores de la cooperativa, y el acto de “esconder” esta información; que la suma de las pruebas allegadas es la que demuestra la existencia del contrato realidad con Avianca; que no analizó las sanciones impuestas a Avianca por la intermediación laboral, de la cual nació el acuerdo de formalización laboral; ni la irregularidad de cómo vincularon a los trabajadores a SAI para continuar con la prestación de servicio; que con la formalización se desconocieron los derechos que tenían los trabajadores de Servicopava al pasarlos a SAI; y no fue analizada la solidaridad a cargo de Avianca, pues los trabajadores realizaron labores a favor aquella.

En relación con el subsidio de alimentación, dijo que la demandada se obligó a pagarlo a favor de los demandantes, sin que puedan ser desconocido ese derecho; y que, fue evidente la mala fe de la demandada, pues no legalizó la contratación de los trabajadores, por ello se debe ordenar el pago de las cesantías, sin que esta prestación se pueda compensar con cualquier otra suma que hubieran devengado los demandantes.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 28 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte

demandante; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a cada una para alegar (f.º 2).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos, en la demanda, en la contestación y en la sustentación del recurso de apelación respectivamente (f.º 4-17).

VI. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, sin causal de nulidad que invalide lo actuado, esta Colegiatura procede a desatar la alzada, y conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS, los problemas jurídicos en este asunto consisten en determinar **i)** si entre los demandantes y Avianca existió un verdadero contrato de trabajo, y si como consecuencia de ello, había o no lugar a ordenar el reconocimiento y pago de las acreencias reclamadas, y **ii)** determinar la existencia de la solidaridad.

Contrato de trabajo - Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibidem*, modificado por el 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, SL10118-2015, SL1420-2018, SL1081-2021, y SL781-2022).

Por su parte, la Ley 79 de 1988, el Decreto 4588 del 2006 y la Ley 1233 de 2008, en especial, han regulado el trabajo cooperado; dispuso el art. 59 de la Ley 79 de 1988 que *“En las cooperativas de trabajo asociado en que los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, el régimen de trabajo, de previsión, seguridad social y compensación, será establecido en los estatutos y reglamentos en razón a que se originan en el acuerdo cooperativo y, por consiguiente, no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los*

trabajadores dependientes (...)”; norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-211 de 2000.

Así mismo, el artículo 12 de la Ley 1233 de 2008 previó que “*El objeto social de LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno*”. Según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, y el artículo 7 de la Ley 1233, las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión, con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.

Bajo los anteriores planteamientos normativos, a fin de determinar la existencia de la prestación personal del servicio junto con la subordinación, se hace necesario revisar las pruebas allegadas al plenario.

Las partes allegaron abundantes documentales que dan cuenta de la vinculación de los demandantes con Servicopava, así: Danilo Alexis Hernández Noguera desde el 24 de octubre de 2012, Jennifer Bedoya Calvo desde el 2 de enero de 2017 y Diana Milena Carvajal Ojeda desde el 13 de julio de 2015, y todos hasta el 31 de octubre de 2017 cuando presentaron su renuncia voluntaria.

En relación con Servicios Aeroportuarios Integrados SAI, con las documentales allegadas se acredita la vinculación a esa demandada a partir del 1º de noviembre de 2017 (archivo 03), de los cuales se evidencia que en virtud del acuerdo de formalización del 31 de octubre de 2017, Avianca SA, Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS y la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio de Trabajo, señalaron los trabajadores asignados a la ejecución del proceso de operaciones terrestres y atención a pasajeros de terceros que serían contratados por SAI SAS, entre los cuales se encontraban los demandantes. Por lo anterior suscribieron contrato de trabajo a término fijo.

Tanto en el interrogatorio de parte que absolvieron los demandantes, como en las declaraciones rendidas al interior del proceso por los señores Giovanni Arley Cruz González, Marlene Infante Prada y Jorge Orlando Piraban Niño,

todos coincidieron en afirmar que Danilo Alexis Hernández Noguera, Jennifer Bedoya Calvo y Diana Milena Carvajal Ojeda, se vincularon con SERVICOPAVA, en virtud de un convenio de asociación, para desempeñar funciones en el cargo de auxiliar de operaciones terrestres al servicio de AVIANCA, para lo cual solicitaron la afiliación en forma voluntaria y que fue aceptada por el jefe jurídico de la cooperativa. Coincidieron en afirmar que las instrucciones fueron impartidas por los líderes de rampa que pertenecían a la cooperativa. Avianca les suministraba el transporte, la alimentación en el casino, al igual que el carné y las capacitaciones, mientras que la cooperativa era la encargada de adelantar los procesos disciplinarios, entregar los uniformes y pagar las compensaciones.

En consideración de esta Sala de decisión, en la declaración del testigo Andrés Riaño Álzate, se advierte que a pesar de su conocimiento directo de los supuestos fácticos de la demanda, sus manifestaciones estuvieron revestidas fueron ostensiblemente parcializadas, en contra de la demandada Avianca, tal como fue advertido por el *a quo* al tener por probada la tacha de sospecha de su testimonio. Así mismo, en virtud de la facultad de libre formación del convencimiento, prevista en el art. 61 del CPTSS el juez puede basar su decisión en aquellas pruebas que le ofrecen mayor credibilidad en desmedro de otras (CSJ SL1927 - 2021), siendo estas pruebas en el caso objeto de estudio, los testimonios y las documentales ya referidas.

Ahora, a fin de determinar en favor de quién se prestó el servicio y si fue en condiciones de subordinación, se tiene que el certificado de existencia y representación de SERVICOPAVA, señala como objeto social el de *“asociar a personas naturales que simultáneamente son gestoras, que contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo, para sus asociados con autonomía, autodeterminación y autogobierno”* dentro de las siguientes actividades socioeconómicas: (...) *“Servicios de operación y manejo de procesos administrativos, operativos y de soporte, dentro de los cuales tenemos los siguientes: servicios aeroportuarios; operaciones de servicios a pasajeros, equipajes, carga, correo y mensajería especializada, atención y/o mantenimiento de aeronaves de pasajeros y/o de carga en rampa (...) PARÁGRAFO: de los medios de producción y/o de labor de la cooperativa. Para el cumplimiento del objeto social la cooperativa deberá ostentar la condición de propietaria, poseedora o tenedora de los medios de producción y/o labor, tales como instalaciones, equipos, herramientas, tecnología (...)”*. (pág. 63-68, archivo 02).

Adicionalmente, en la oferta mercantil del 5 de febrero de 2009, para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos, se estableció como objeto del (...) "*EL OFERENTE ofrece vender al DESTINATARIO DE LA OFERTA, los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativo (...)*" (pág. 75-87 archivo 02).

Y el otrosí n.º 6 al contrato de comodato precario n.º 1260521 celebrado entre las partes, relaciona el inventario a cargo de SERVICOPAVA para desarrollar el objeto determinado en la oferta mercantil, como quiera que se considera que se trata de una operación que realizaba anteriormente AVIANCA, por lo que ya contaba con los bienes muebles requeridos para la ejecución de dichos procesos. (pág. 354-431 archivo 02).

Hasta aquí, se tiene que los demandantes Danilo Alexis Hernández Noguera, Jennifer Bedoya Calvo y Diana Milena Carvajal Ojeda prestaron sus servicios en condición de trabajadores asociados a la cooperativa de trabajo Servicopava, en beneficio de Avianca, desde el 24 de octubre de 2012, el 2 de enero de 2017 y el 13 de julio de 2015, respectivamente; y que ello ocurrió en virtud de que, entre la aerolínea referida y la cooperativa Servicopava, se pactó la tercerización de un proceso operativo, lo que resulta válido y eficaz al tenor de lo dispuesto en el artículo 34 del CST, como quiera que el outsourcing contratado se relaciona con el hecho de que una organización contrata a otras empresas externas para que se hagan cargo de parte de su actividad o producción, con sus propios trabajadores, herramientas y recursos, y bajo su propia autonomía y riesgo, sin que pueda pasarse por alto, la prohibición de subcontratar procesos misionales o propios de la empresa beneficiaria o contratante, con cooperativas de trabajo asociado.

En punto de lo anterior, a fin de establecer si los demandantes desempeñaron labores misionales permanentes de Avianca, se precisa que estas corresponden a aquellas que están en conexidad directa con la misión de la empresa; y se diferencian de aquellas que a pesar de ser permanentes no se relacionan con la misión de manera directa.

Según se constata del convenio asociativo de trabajo Danilo Alexis Hernández Noguera y Jennifer Bedoya Calvo (pág. 613-614, 700-701 archivo 02, respectivamente) ejercían funciones como auxiliar de operaciones terrestres, por

su parte Diana Milena Carvajal Ojeda (pág. 213-214 archivo 01) ejercía funciones como agente de operaciones terrestres; estaban encargados del cargue, descargue y alistamiento de aviones, según lo manifestado al absolver los interrogatorios de parte.

A efectos de establecer si dichas funciones pertenecen al orden misional de la empresa, se revisa el certificado de existencia y representación legal, cuya actividad principal registrada es el transporte aéreo nacional e internacional de pasajeros, y como secundaria, el transporte aéreo nacional e internacional de carga, el cual es coherente con el objeto social descrito en el cual se destaca de importancia para el presente proceso *“la explotación comercial de los servicios de transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas su modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios...”*.

De tal manera, que no se observa que las actividades desarrolladas por los demandantes se encuentren incluidas como actividad misional permanente, esto es, las operaciones terrestres, en la precisa forma en que fueron ejecutadas.

Se duele el apelante de que no se tuvo en cuenta que dentro de la estructura de la demandada Avianca se encuentra el proceso de operaciones terrestres, frente a lo cual advierte esta Sala que, en efecto, fue allegada la descripción del cargo/puesto de auxiliar operaciones terrestres junto con el mapa de procesos, del cual se desprende la existencia del subproceso de operaciones terrestres dentro del proceso de operación y servicio del transporte aéreo de viajeros (flota de pasajeros). También se allegó el aparte correspondiente del manual administrativo de aeropuertos, junto con la descripción de cargo/puesto líder operaciones terrestres (pág. 381-396, archivo 01). En todo caso, el solo hecho que estos cargos y procesos se encuentren dentro del mapa de procesos de Avianca, no implica por sí mismo, que sus funciones pertenezcan a las actividades misionales de la empresa, independientemente de que las mismas sean permanentes, siendo lo verdaderamente relevante en este asunto, si las actividades desarrolladas por los demandantes, atendían el objeto de la demandada.

Así mismo, no existe duda respecto a que las labores que desarrollaron quienes impulsan esta acción, fueron en beneficio de Avianca, sin embargo, de los abundantes medios probatorios allegados por las partes, no se encuentra

acreditado que esta empresa haya ejercido actos de subordinación frente a los demandantes. Lo que quedó establecido, sin lugar a duda, es que las instrucciones que debían seguir los accionantes eran dadas por los líderes de rampa, personas que estaban al igual que ellos, vinculadas con la cooperativa encartada a través de un convenio asociativo, a lo que se adiciona que el objeto social de la cooperativa tiene una relación estrecha con las actividades realizadas por los trabajadores asociados. No existe controversia, en relación con que la potestad disciplinaria sobre los demandantes fue ejercida por la Cooperativa, además que Servicopava fue siempre quien realizó el pago de las compensaciones previstas en los acuerdos de trabajo cooperativos.

Así pues, Avianca informaba a la cooperativa el horario de los vuelos y el itinerario, y ésta, por medio de sus coordinadores y líderes asociados, programaba los turnos de los trabajadores asociados, como quiera que la labor que ellos desarrollaban correspondía al cargue y descargue del equipaje. En lo atinente al uso de los medios y bienes de Avianca por parte Servicopava, se pone de presente al apelante, que medió un contrato de comodato precario para su uso (pág. 113-431, archivo 02), figura legalmente permitida.

Frente a las evaluaciones o capacitaciones de desempeño que por medio de una plataforma hubiera realizado Avianca, se debe señalar que los líderes de la cooperativa estaban involucrados según lo informado por los testigos, es por ello que es dable inferir que la cooperativa era la encargada. Lo que además de generar un mejoramiento en los procesos y calidad del servicio, se traduce en el cumplimiento de lo pactado en la oferta mercantil, pues allí las partes establecieron como obligación a cargo del destinatario de la oferta, la de colaborar con el oferente en la capacitación de los trabajadores asociados asignados para la prestación de los servicios, tanto en aspectos técnicos como de seguridad operacional propios de las actividades que desarrolla Avianca; por lo que no resulta ajena, ni extraña la intervención del operador en estos asuntos, aunado a que también se acreditó que la cooperativa realizó otras capacitaciones.

En lo atinente a las plataformas tecnológicas utilizadas por los demandantes junto con los demás colaboradores de Avianca, se debe anotar que se trata de plataformas contratadas a nivel internacional que permiten acceder a la información, lo que es totalmente ajeno a las actividades de cargue y descargue de equipaje que desempeñaban.

En suma, no se acreditó y por el contrario se desvirtuó, la existencia de subordinación laboral en la relación entre los demandantes, la cooperativa de trabajo asociado a la que pertenecían y Avianca como beneficiaria del servicio cooperado que prestaban. A pesar de que se acreditó la prestación personal del servicio, lo cierto es, que fue con ocasión del convenio asociativo de trabajo suscrito por las partes, frente al cual ninguna presentó reparos, ni se alegaron vicios en dicha suscripción, además que se reitera, tuvieron su génesis en la solicitud que cada demandante elevó a Servicopava para ser vinculados en calidad de trabajadores cooperados.

Aunado a lo anterior, se pone de presente que a las cooperativas de trabajo asociado les está permitido contratar con terceros procesos productivos. Dentro del objeto social de Servicopava está previsto el proceso administrativo de servicios aeroportuarios. La oferta mercantil con Avianca fue ejecutada de manera autónoma desde el año 2003, y fue prorrogada en varias ocasiones. Esta autonomía no se desvirtúa con los carnés de identificación, al tener plasmado además del nombre de la Cooperativa el de Avianca, pues se tuvo por acreditado que tal carnetización es exigida por las autoridades aeronáuticas, y se utiliza como medio de control al interior del aeropuerto.

Ello, sin perder de vista que en la mencionada oferta mercantil se pactó una cláusula de interventoría que permitía al destinatario de la oferta vigilar el cumplimiento de las condiciones, así que de esa situación no se puede suponer que el contratante asumió una actitud subordinante frente a los trabajadores cooperados; máxime cuando quedó acreditado que Servicopava era la responsable de pagar las compensaciones, de ejercer la facultad disciplinaria y sancionatoria, de conceder los permisos, y que para la adecuada ejecución de la oferta mercantil, Avianca entregó a la codemandada en comodato precario unos inmuebles, elementos, herramientas y equipos de trabajo, sin que de ninguno de estos supuestos se pueda desprender la subordinación deprecada, teniendo en cuenta además que la contratación con la Cooperativa no se realizó sobre actividades misionales permanentes, como se precisó en precedencia.

Así las cosas, del análisis conjunto del material probatorio, de conformidad con lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS, atendiendo a las reglas de la sana crítica y a la conducta procesal observada por las partes, considera la Sala que quedó demostrado dentro del plenario que la prestación del servicio por parte de los señores Danilo Alexis Hernández Noguera, Jennifer

Bedoya Calvo y Diana Milena Carvajal Ojeda, fue ausente de subordinación, en ejercicio legítimo del trabajo cooperado, como consecuencia de su pertenencia a la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, y en cumplimiento de la oferta mercantil con Avianca SA.

En lo concerniente a Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS, del certificado de existencia y representación legal (pág. 67, archivo 01), se lee que su objeto social es dar apoyo a los servicios de transporte aéreo, terrestre, fluvial o marítimo, de pasajeros o de carga, así mismo atender sin limitación alguna todo servicio o suministro que pueda ser requerido para lo anterior, actividades que claramente están relacionadas con el objeto social de Avianca que se orienta a la prestación del servicio de transporte aéreo pasajeros y de carga, y no podría ser de otra manera, puesto que no encajaría dentro de las necesidades de la codemandada Avianca, empero son complementarias.

De otra parte, no se desconoció que la empresa Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS junto con Avianca SA pertenezcan a Avianca Holding SA, pues de esta manera fue analizado y plasmado en el acuerdo de formalización suscrito el 1º de noviembre de 2017; no obstante, este supuesto no conlleva por sí mismo a que los empleados de una de las empresas, se puedan considerar como trabajadores de cualquier otra de este mismo grupo. Adicional a ello, se pone de presente que cada una de las demandadas cuenta con total autonomía jurídica y operativa.

Para dar respuesta al apelante, en lo que tiene que ver con el desconocimiento de la antigüedad así como de las indemnizaciones a que hubiere lugar al momento de la desvinculación de los trabajadores demandantes de Servicopava, se remite la Sala al párrafo primero de la cláusula decima cuarta del acuerdo cooperativo de trabajo asociado, que prevé que *“Por ser éste un acuerdo cooperativo de trabajo asociado LA COOPERATIVA no reconocerá indemnización alguna al ASOCIADO con motivo de su retiro por cualquier causa de LA COOPERATIVA.”*

En consecuencia, sin importar la causa del retiro de los cooperados, las partes desde la suscripción de dicho acuerdo cooperativo, habían estipulado que no se generaría indemnización alguna a favor del trabajador asociado. Sin que existan derechos pendientes de reconocimiento o se advierta irregularidad que deba ser estudiada en esta instancia. Pues el acuerdo de formalización laboral

fue suscrito por Avianca SA, Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS y la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo, se acordó que pasarían de ser trabajadores cooperados, a quienes como se recordó al inicio de las consideraciones los rigen las leyes del cooperativismo, a regirse por las leyes laborales que regulan las relaciones de trabajo, sin que allí se hubiese previsto condición alguna en este sentido.

Por ello, una vez desvinculados de Servicopava, los trabajadores Danilo Alexis Hernández Noguera, Jennifer Bedoya Calvo y Diana Milena Carvajal Ojeda suscribieron contrato de trabajo a término fijo a partir del 1° de noviembre de 2017 (pág. 399-403, 528-532 y 603-607, respectivamente) con la codemandada Servicios Aeroportuarios Integrados SAI SAS, el que fue suscrito de manera libre y autónoma, dando de esta manera inicio a un vínculo contractual de naturaleza laboral, distinto al solidario que los regía con anterioridad.

En lo que tiene que ver con el subsidio de alimentación, aduce el apelante que este fue previsto en los contratos de trabajo de los demandantes suscritos con SAI SAS en suma igual a \$100.000 y que no ha sido debidamente pagado sin que se pueda compensar de otra manera.

Al punto, se tiene que en los contratos de trabajo, se acordó:

“CLÁUSULA CUARTA: “Las partes acuerdan, expresamente, que de conformidad con el artículo 128 del CST no constituyen salario los pagos o reconocimientos que se le hagan al TRABAJADOR en dinero y/o en especie por concepto de beneficios o auxilios ocasionales o habituales acordados estatutaria, convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por SAI (...)

En particular y sin perjuicio de lo anterior, se conviene que, en virtud del presente contrato, se entienden como beneficios o auxilios no constitutivos de salario entregados a EL TRABAJADOR, los siguientes:

(...)

a) AUXILIO DE ALIMENTACIÓN: Por una suma mensual de CIEN MIL PESOS MCTE (\$100.000) (...).”

Lo primero que se debe precisar, es que la misma cláusula los denomina beneficios o auxilios, por tanto, a pesar de estar cuantificados en dinero, ello no quiere decir que deban ser pagados de esta manera. La demandada SAI acreditó que contrató con un proveedor externo denominado COMPASS GROUP el servicio de casino para sus trabajadores de planta operativa y administrativa, y que según la relación allegada al plenario como prueba (pág. 477-525, 585-598 y 703-735, archivo 03), se le ha suministrado una comida diaria con lo que se cumple con el auxilio extralegal de alimentación en suma incluso superior a la prevista. En todo caso, ordenar un pago adicional sobre este mismo concepto,

tendría como consecuencia un doble reconocimiento.

Finalmente, en lo referente al estudio de la solidaridad prevista en el artículo 34 del CST a cargo de Avianca, baste con señalar que no se impuso condena alguna a cargo de la parte demandada, frente a la cual se deba estudiar esta responsabilidad.

En este orden, habrá de **confirmarse** la sentencia apelada. Sin costas en la alzada ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones anteriores.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Esta sentencia se notificará a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

Salvo parcialmente el voto

Hipervínculo expediente digital:

https://etbcsj-my.sharepoint.com/:f:/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/ErS1cFKoqKpFjax0BBevuG0BvOEB9_pyAy_u-TGQu2QAGQ?e=YWFpMs

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f6435463c15f9e6e44a84665ec9fe42e89429ac63b17205ba363c62b06c81a7b**

Documento generado en 06/09/2022 04:52:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **015 2015 00852 01**
DEMANDANTE: RAFAEL GARCÍA BAUTISTA
DEMANDADO: LUIS CARLOS JAIME FUENTES y CARLOS ANDRÉS
JAIME CRISTANCHO.

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende el demandante que se declare que entre él y los demandados existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de noviembre de 2013 hasta el 27 de diciembre de 2014, que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, que se condene a los demandados a reconocer y pagar las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones de todo el tiempo laborado, junto con 104 horas extras laboradas, la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST y la dotación de vestido de labor.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, el demandante manifestó que el 21 de noviembre de 2013 se vinculó con los demandados, quienes actuaron en representación del establecimiento de comercio Jaime S Construcciones SAS (sic), como oficial de construcción mediante un contrato

de trabajo verbal; que el salario se acordó en la suma diaria de \$45.000,00 y mensual de \$1.350.000,00, pagadero quincenalmente; que la relación se mantuvo hasta el 27 de diciembre de 2014, debido a que los llamados a juicio dieron por terminado el contrato de manera unilateral y sin justa causa; y, que se le adeudan los valores reclamados en la demanda (f.º 2 a 6 y 17).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió, después de subsanarse, el 26 de noviembre de 2015, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.º 19).

Luis Carlos Jaime Fuentes, dio respuesta a través de su apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante fue contratado del 22 de noviembre de 2013 al 22 de octubre de 2014, para ser oficial de obra en la construcción del Edificio Galileo, por medio de un acuerdo verbal y a partir del 5 de noviembre de 2014, se firmó un contrato de “*destajo o labor contratada*” para el Edificio Pacific; que se acordó que el valor de la labor diaria era de \$20.000,00, más \$25.000,00 que cubrían las prestaciones sociales en el primer contrato y en el segundo se estableció que se pagarían \$616.000,00, más \$734.000,00 que cubrían las prestaciones sociales. Adicionalmente admitió que el demandante cumplió la labor contratada obedeciendo las órdenes de los patronos y la jornada de trabajo impuesta, sin que se presentara queja alguna (f.º 90 a 93). Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido (f.º 90 a 93).

Por su lado, el demandado **Carlos Andrés Jaime Cristancho** dio contestación representado por Curadora *Ad Litem*, oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el actor alega en la demanda que su vinculación se dio a través de la sociedad Jaime S Construcciones SAS, y no de las personas naturales convocadas. Formuló como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (f.º 147 a 148).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 29 de septiembre de 2021, absolvió a los demandados de todas las pretensiones

incoadas en su contra.

En lo que interesa a la alzada, el juez señaló que del interrogatorio de parte, de los hechos de la demanda y de las pruebas documentales recaudadas se podía desprender que el actor prestó sus servicios para la sociedad Jaime S Construcciones SAS y no directamente a las personas naturales llamadas a juicio, quienes lo vincularon actuando en representación de la referida persona jurídica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte **demandante**, como fundamento de la alzada manifestó que se verificaba falsedad en los documentos allegados por parte de los demandados respecto de las firmas, tal como lo manifestó el demandante en el interrogatorio de parte, más aún cuando él no los pudo haber firmado por encontrarse incapacitado en esas fechas. Agregó que debe tenerse en cuenta, que los demandados son socios de la empresa, y que previo a dictar el fallo se agregaron unas letras emitidas un año después del despido por \$15.000.000,00 y \$5.000.000,00, mediante las cuales el demandado trato de abonar y llegar a un acuerdo, por lo que con ello aceptó ser el directo responsable de los valores reclamados.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 493).

La parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (f.º 170).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 21 de noviembre de 2013 y el 27 de

diciembre de 2014; y si como consecuencia de ello, procede el pago de las acreencias laborales reclamadas.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

En ese orden, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 6258. jul. 1994, reiterada en la decisión CSJ SL3345-2021, definió la subordinación como *«la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente»*, lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

Por último, en cuanto a la sustitución de empleadores, el artículo 67 del CST la define como todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento. Para la configuración de esta modalidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3003-2020 precisó que se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: (a) el cambio de un patrono por otro, (b) la continuidad de la empresa, y (c) la continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo. Y resaltó que es necesario que subsista la identidad del establecimiento porque este, considerado como

una unidad de explotación económica-jurídica en los términos del artículo 194 CST, se trasmite de una persona a otra, lo que implica que dicha unidad económico-jurídica ha de pasar del patrimonio de un empleador al patrimonio de otro, independientemente de la causa.

Para resolver el problema jurídico planteado, es preciso indicar que al plenario se arrimaron, como pruebas documentales, las siguientes:

- i.* Paz y salvo de personal de obra por estructuras y acabados, en el que el demandante hizo constar que había prestado sus servicios al señor Luis Carlos Jaime Fuentes como trabajador en la obra “*Edificio Galileo*” desde el 22 de noviembre de 2013 hasta el 24 de marzo de 2014 (f.º 95).
- ii.* Paz y salvo de personal de obra por estructuras y acabados, con membrete de la sociedad Jaime S Construcciones SAS, en el que se dejó anotado que fue trabajador en la obra Edificio Galileo desde el 25 de marzo de 2014 hasta el 22 de octubre de 2014, y que Luis Carlos Jaime Fuentes le canceló los salarios y prestaciones sociales (f.º 96).
- iii.* Contrato individual de trabajo a destajo o labor contratada, suscrito entre el actor y la sociedad Jaime S Construcciones SAS el 5 de noviembre de 2014, para desempeñarse en el cargo de oficial en el proyecto de “*Reparaciones locativas de estructura obra Edificio Pacific*” (f.º 97 a 98).
- iv.* Instrumentales denominadas ficha de ingreso de personal e inducción de seguridad, salud y medio ambiente previa incorporación a obra del 5 de noviembre de 2014, con membrete de la sociedad Jaime S Construcciones SAS, las cuales fueron firmadas por el actor (f.º 99 a 100).
- v.* Misiva contentiva de recomendaciones laborales emitidas por Cafesalud EPS el 2 de julio de 2014, dirigidas a Luis Carlos Jaimes Construcciones (f.º 102 a 103).
- vi.* Incapacidades médicas emitidas al convocante en las que se registra como empleador Jaime S Construcciones SAS, que comprendieron los

períodos del 26 de abril al 4 de mayo, del 6 al 8 de mayo, del 9 al 17 de mayo, del 21 al 24 de mayo, del 25 de mayo al 1º de junio, del 11 al 19 de junio, del 20 al 25 de junio y del 2 al 8 de julio de 2014 (f.º 104 a 111).

- vii.* Formulario de afiliación a Cafesalud del 27 de marzo de 2014 (f.º 113 a 114) y certificados de afiliación a la ARL Axa Colpatria con fecha de cobertura desde el 25 de marzo de 2014 y luego del 6 de noviembre al 30 de diciembre de 2014 (f.º 115 a 116), por medio del empleador Jaime S Construcciones SAS.
- viii.* Historia de aportes al sistema general de seguridad social y el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, de los que se desprende que el actor estuvo afiliado del 1º de noviembre de 2013 al 5 de marzo de 2014, a través del aportante Carlos Andrés Jaime Cristancho y del 25 de marzo al 31 de diciembre de 2014 a través del aportante Jaime S Construcciones SAS (f.º 10 a 11 y 118 a 121).
- ix.* Certificado de existencia y representación legal de la sociedad Jaime S Construcciones SAS, del que se extrae que fue constituida mediante documento privado del 31 de enero de 2014, inscrito en la misma fecha bajo el número 01802488 del Libro IX (f.º 12 a 13).

Adicionalmente se advierte, que en el interrogatorio de parte el actor indicó que inicialmente prestó sus servicios mediante contrato verbal como oficial de estructuras en la empresa que tenían Carlos Andrés Jaime y Luis Carlos Jaime como personas naturales, que la empresa Jaime S Construcciones SAS nació después y que él firmó el contrato arrimado para poder ingresar a Pacific Rubiales debido a que se exigía dicha formalidad.

También es plausible que en el escrito de contradicción el demandado Luis Carlos Jaime Fuentes, a través de su apoderado judicial puso de presente que él contrató los servicios del demandante del 22 de noviembre de 2013 al 22 de octubre de 2014, para ser oficial de obra en la construcción del Edificio Galileo, en el que se le pagaban \$20.000,00 diarios por concepto de salario y \$25.000,00 diarios por concepto de prestaciones sociales; y que el 5 de noviembre de 2014, se celebró contrato de obra para la prestación de los

servicios en el Edificio Pacific en el que el salario era de \$616.000,00 mensuales, más \$734.000,00 de prestaciones sociales; a su vez, admitió que el demandante cumplió la labor contratada obedeciendo las órdenes del empleador y la jornada de trabajo impuesta, sin que se presentara queja alguna (f.º 90 a 91).

Partiendo de las pruebas recaudadas en el trámite, estima la Sala que es dable concluir que el demandante prestó sus servicios personales mediante un contrato de trabajo a favor de Luis Carlos Jaime Fuentes, en su calidad de persona natural, desde el 22 de noviembre de 2013 hasta el 24 de marzo de 2014, pues ello así se extrae de los hechos en los que respaldó su defensa dicho demandado (f.º 90 a 91) y del paz y salvo, que fue incorporado con la contestación de la demanda, el cual, contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte actora en el recurso, no fue tachado de falso en la oportunidad procesal establecida para el efecto, lo que le otorga plena validez y autenticidad en los términos del art. 244 del CGP, máxime cuando el demandante confesó en el interrogatorio de parte que contenía su firma.

Adicionalmente, advierte esta Colegiatura con el interrogatorio de parte rendido por el demandante, el paz y salvo que obra a folio 96, la certificación de aportes a seguridad social (f.º 118 a 121) y el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Jaime S Construcciones SAS, que con posterioridad a la última fecha indicada, operó la figura jurídica de la sustitución de empleadores, comoquiera que el actor continuó prestando sus servicios en la obra que se estaba adelantando en el Edificio Galileo, sin solución de continuidad, pero a favor de la referida sociedad quien lo afilió al sistema general de seguridad social y cuyo objeto social es la construcción de edificios residenciales, construcción de edificios no residenciales, terminación y acabados de edificios y obras de ingeniería civil.

Probanzas, que sea el caso decir, desvirtúan la afirmación del apoderado judicial de la activa, respecto a la existencia de un vínculo con la persona natural Luis Carlos Jaime Fuentes, más allá del 24 de marzo de 2014, pues después de esa fecha tanto el demandante como el demandado refieren que la prestación de los servicios se dio a favor de la empresa Jaime S Construcciones SAS.

Así las cosas, teniendo en cuenta que a este trámite no se vinculó a la sociedad Jaime S Construcciones SAS, no es posible emitir declaración o condena en su contra, sin embargo, al estar probada la relación de trabajo que existió entre el promotor del proceso y la persona natural Luis Carlos Jaime Fuentes, del 22 de noviembre de 2013 hasta el 24 de marzo de 2014, sobre el particular se revocará la sentencia de primer grado.

Finalmente, en lo que respecta al salario devengado por el trabajador, se patentiza que aunque en el escrito de contradicción se afirmó que la prestación de los servicios se remuneraba por la labor diaria, al no existir suficiente evidencia de cuántos o cuáles días laboró el convocante en cada mes, se tendrá para todos los efectos que la remuneración mensual correspondía al mínimo legal vigente.

Finalmente, se tiene que no es posible afirmar que el codemandado Carlos Andrés Jaime Cristancho, haya fungido como empleador del actor en los extremos señalados en la demanda, en la medida en que sobre ese particular únicamente reposa prueba del pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones (f.º 10 a 11), hecho que por sí solo no acredita la prestación personal de los servicios alegada, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, particularmente en la sentencia CSJ SL 35066, 05 Feb. 2009. De ahí que, respecto del demandado en mención se mantendrá la absolución dispuesta en la primera instancia.

Prestaciones sociales y vacaciones.- Sobre este punto, es preciso señalar que a pesar de que en el plenario reposa paz y salvo firmado por el trabajador, en el que refiere que Luis Carlos Jaime Fuentes no le adeudaba concepto alguno, lo cierto es que en el escrito de defensa se indicó que ello era así debido a que con lo pagado en la remuneración diaria se incluía el pago de los conceptos que aquí se reclaman, modalidad salarial que resulta contraria al ordenamiento legal, pues tal posibilidad solo se encuentra prevista en el art. 132 del CST, bajo la figura jurídica del salario integral que opera en el caso de los trabajadores que devenguen un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en los numerales 1º y 2º del art. 69 del CST, que establecen que el antiguo y el nuevo empleador

responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél y que el nuevo empleador responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución, al no encontrarse vinculado al proceso el nuevo empleador, y no haberse acreditado el pago de los rubros reclamados, se condenará al demandado Luis Carlos Jaime Fuentes a reconocer y pagar al demandante respecto del período comprendido del 22 de noviembre de 2013 al 24 de marzo de 2014, las siguientes sumas:

- a) \$ 205.958, por concepto de cesantías.
- b) \$ 4.813, por concepto de intereses a las cesantías.
- c) \$ 205.958, por concepto de primas de servicios.
- d) \$ 102.979, por concepto de vacaciones.

Trabajo suplementario. - La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que, a quien le corresponde la carga de probar el tiempo extra o suplementario dejado de pagar es al trabajador, y además que debe acreditarse con tal claridad y precisión que no quede duda alguna de su existencia, de tal manera que el juzgador para condenar no tenga que hacer cálculos ni suposiciones acomodaticias.

En este asunto, se observa que la parte actora no cumplió con la carga de la prueba, de conformidad con lo dispuesto en el art. 167 del CGP, pues no se arrió ningún elemento de convicción del que se pueda desprender con claridad y precisión cual fue el tiempo extra que laboró ni los turnos que cumplió a lo largo de la relación laboral.

Indemnización moratoria. - Para establecer la procedencia de la indemnización materia de debate, es menester recordar que el art. 65 del CST establece que si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

Así las cosas, al encontrarse probado que el vínculo laboral aquí declarado se mantuvo vigente después del 24 de marzo de 2014, en atención a la sustitución de empleadores que se dio con la sociedad Jaime S Construcciones SAS, no es posible disponer condena sobre el concepto

analizado, toda vez que el mismo solo tiene lugar a la terminación del contrato de trabajo, lo que no ocurrió en este caso.

Dotaciones y vestido de labor.- Sobre las dotaciones de calzado y vestido de labor que se reclaman, advierte la Sala que ante la improcedencia de suministrar las mismas en especie cuando ya ha fenecido el contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta viable es la indemnización de perjuicios derivada de ese incumplimiento patronal y que corresponde al valor monetario de las dotaciones no suministradas, para lo cual debe acreditarse el monto dinerario que compense el no suministro de esa prestación social, cuya carga probatoria está a cargo del demandante.

Analizado y revisado el material probatorio, aunque no se desconoce que en este juicio no existe evidencia de que el empleador haya entregado al trabajador las dotaciones que ahora se reclaman, al no haberse demostrado de manera cierta los perjuicios causados con su no suministro, no es posible imponer condena por dicho concepto.

Sin costas en esta instancia. Las de primera, corren a cargo del demandado Luis Carlos Jaime Fuentes, según liquidación que efectúe el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR parcialmente el numeral **primero** de la sentencia proferida 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **DECLARAR** que entre LUIS CARLOS JAIME FUENTES y RAFAEL GARCÍA BAUTISTA, existió un contrato de trabajo a término indefinido del 23 de noviembre de 2013 al 24 de marzo de 2014, en virtud del cual el trabajo devengó el salario mínimo legal mensual vigente, de acuerdo con lo motivado.

SEGUNDO: CONDENAR a LUIS CARLOS JAIME FUENTES a reconocer y pagar a RAFAEL GARCÍA BAUTISTA, las siguientes sumas:

- a) \$ 205.958, por concepto de cesantías.
- b) \$ 4.813, por concepto de intereses a las cesantías.
- c) \$ 205.958, por concepto de primas de servicios.
- d) \$ 102.979, por concepto de vacaciones.

TERCERO: ABSOLVER a LUIS CARLOS JAIME FUENTES de las demás pretensiones incoadas en su contra por RAFAEL GARCÍA BAUTISTA, de acuerdo con lo considerado.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada, de acuerdo con lo motivado.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación. Las de primera a cargo de la parte demandada LUIS CARLOS JAIME FUENTES.

SEXTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ef96290a65c7941b89395f121f25304bce05c93922c29c37ad4d000aaa8a96b4**

Documento generado en 06/09/2022 04:51:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 (041) **019 2019 00867 01**
DEMANDANTE: MARTHA CLARA SÁNCHEZ BARRERA
DEMANDADO: HIJAS DE CRISTO REY.

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que entre ella y la demandada existió un único contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de febrero de 1980 hasta el 13 de diciembre de 2016, el cual que terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, que se condene a la demandada a reconocer y pagar la reliquidación de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones de todo el tiempo laborado, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST y la indemnización por despido consagrada en el art. 64 del CST.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, la demandante manifestó que Hijas de Cristo Rey es propietaria del Colegio Cristo Rey Bogotá, antes Colegio Hijas de Cristo Rey; que suscribió sendos contratos de trabajo a

término fijo desde 1980 hasta 2016, cuya finalización se pactó cada año para el 30 de noviembre o los primeros días de diciembre, con fecha de inicio el 1º de febrero en los años 1980 a 1996, 2002 y 2003; el 26 de enero en 1997, el 27 de enero en 1998, el 30 de enero en 1999, el 24 de enero en 2000, el 29 de enero en 2001, el 22 de enero en 2004, el 20 de enero en 2005 y 2010, el 18 de enero en 2006, 2013 y 2016, el 15 de enero en 2007 y 2009, el 14 de enero en 2008, el 17 de enero en 2011, 2012 y 2014, y el 16 de enero en 2015; que la demandada descontó y asumió el pago de los aportes al sistema general de seguridad social en salud en los períodos de interrupción que mediaron entre uno y otro contrato; que a partir de diciembre de 2013 y hasta diciembre de 2016, la demandada no descontó lo correspondiente a los aportes en pensión, debido a que adquirió la respectiva pensión de vejez; que para la finalización de cada acuerdo de voluntades el empleador presentó el respectivo preaviso; que en el año 2017, no volvió a ser llamada para laborar en el Colegio Cristo Rey de Bogotá; y que, el 3 de octubre de 2019, presentó reclamo escrito ante la pasiva (f.º 22 a 55).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió, después de subsanarse, el 3 de marzo de 2020, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 133).

Hijas de Cristo Rey, dio respuesta a través de su apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones, aceptó parcialmente los hechos relacionados con la existencia de los contratos de trabajo aduciendo que los mismos se celebraron por “*año escolar*” de conformidad con lo preceptuado en el art. 101 del CST, y argumentó que de acuerdo con el inciso 2º del art. 4º de la Ley 797 de 2003, cuando un empleado cumple requisitos para acceder a la pensión y comienza a disfrutar de la misma, cesa la obligación de realizar aportes obligatorios al fondo de pensiones, no obstante, no ocurre lo mismo con los aportes a salud, ya que deben continuar efectuándose, y debido a que la relación laboral con la activa estuvo regida por un contrato por año escolar, de acuerdo con el art. 284 de la Ley 100 de 1993, para los contratos con profesores de establecimientos educativos privados, es obligatorio realizar el pago de aportes al sistema integral de seguridad social por la totalidad del año calendario que comprendía la contratación, pese a que la duración sea inferior, lo que implicaba que se efectuaran las respectivas deducciones que proporcionalmente estaban a cargo de la promotora del proceso.

Como excepciones de mérito formuló las que denominó inexistencia de la obligación de pago, existencia de norma especial, precedente jurisprudencial en contratos de trabajo por año y temeridad y mala fe de la parte demandante (f.º 137 a 159).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 7 de octubre de 2021, declaró la existencia de 37 contratos de trabajo a término fijo entre las partes y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

En lo que interesa a la alzada, el juez señaló que las pruebas recaudadas permitían establecer que los contratos de trabajo celebrados entre las partes se pactaron por la duración de cada período académico, pues en primera medida se encontraba que desde la demanda se había alegado la suscripción de dichos acuerdos, situaciones que fueron aceptadas en el escrito de contradicción; que en el interrogatorio de parte la demandante confesó que todos y cada uno de los contratos los firmó de manera libre y voluntaria, que se ejecutaron en los períodos referidos en el escrito inicial y se pactaron para cada período académico, que al momento en que se terminaba la fecha de suscripción de cada uno de los contratos cesaban sus funciones en el colegio y no prestaba servicio alguno, y que nuevamente renovaba sus labores o sus actividades una vez se iniciaba el nuevo período académico y el nuevo contrato de trabajo; y, se había aportado certificación expedida por la demandada en la que se hizo constar que los contratos fueron a término fijo independientes, con solución de continuidad, en los cuales la demandante desempeñó el cargo de profesora de matemáticas.

A su vez, consideró que si bien la parte pasiva efectuó aportes al sistema integral de seguridad social en salud durante los años en que la demandante estuvo vinculada al Colegio Cristo Rey, ello no era un elemento de juicio decisivo para establecer la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, debido a que ese aporte debía ser realizado por todo el año calendario, tal y como establece el artículo 284 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2.2.1.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, los cuales prevén que los profesores de establecimientos particulares, como la demandante, cuyo

contrato de trabajo se entiende celebrado por el periodo escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al régimen contributivo del sistema general de seguridad social por la totalidad del semestre o del año calendario respectivo; lo que también se presentó al momento de realizar los aportes a la seguridad social en pensiones, pues en el hecho 53 de la demanda se indicó que desde el año 2013 este pagos no se hicieron, debido a que la demandante detentaba o asumió la condición de pensionada.

Coligió que todo lo anterior, denotaba que no existió continuidad en la labor contratada, lo cual conducía a la improsperidad de la pretensión declarativa de la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **demandante** apeló la decisión señalando que de acuerdo con el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3625-2021, no resulta suficiente que el empleador alegue la existencia de varios contratos como docente privado académico, para tener por probada tal situación, pues los mismos deben constar por escrito, situación que no se verificó en este caso, en la medida en que no se incorporó por la pasiva ninguno de los acuerdos de voluntades celebrados con la activa, sumado a que los contratos establecidos fueron los relacionados en la certificación expedida por la pasiva, en la que se indicó que eran a término fijo independiente, y no bajo la modalidad del art. 101 del CST.

Expuso que por lo anterior, la celebración continua de los contratos de trabajo generó la expectativa, frente a la existencia de una relación de trabajo a término indefinido en los extremos señalados en la demanda, más aún cuando a partir del año 1997 y hasta el 2016, se le descontó a la gestora lo correspondiente a aportes a salud y pensión de los meses de diciembre y enero, año por año; cuando los tiempos de interrupción correspondieron a los periodos de vacaciones de la trabajadora; en los documentos que reposan en la demanda, más precisamente en las liquidaciones definitivas año por año, se habla de terminación del contrato por labor contratada, terminación de contrato a término fijo, terminación de contrato por año académico, terminación por período académico, situaciones que no concuerdan con lo

alegado por la defensa demandada y al indicar la accionada que los contratos de trabajo iban ceñidos al período académico, es decir, entre 10 a 11 meses, sin embargo, en la certificación laboral aportada se hace mención a que múltiples contratos de trabajo iban, incluso, desde enero hasta diciembre de cada año, como lo son los contratos del año 2003 al 2016, superando con esto el referido período académico.

Finalmente, señaló que existió mala fe de la demandada, al haber abusado de la figura prevista en el art. 101 del CST para la contratación, de la cual no se tiene certeza.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 27 de octubre de 2021, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 173).

La parte demandante presentó alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (f.º 176).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de febrero de 1980 hasta el 13 de diciembre de 2016; y si como consecuencia de ello, procede el pago de las acreencias laborales reclamadas.

Para resolver, es preciso recordar que el art. 101 del CST, prevé en relación con la duración de los contratos de trabajo de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, que se entienden celebrados por el año escolar, salvo estipulación por tiempo menor.

Es así que sobre la normatividad citada se advierte que a pesar de que la expresión “*por tiempo menor*” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-483-95, tras considerarse que la limitante establecida por la norma transgredía el principio de estabilidad en el empleo,

al impedir a los profesores de establecimientos particulares de enseñanza la celebración de contratos de trabajo por un tiempo mayor al del año escolar; no se puede perder de vista, que los demás apartes de la misma fueron declarados constitucionales al encontrarse que su consagración obedece al ejercicio de la función legislativa, en cuya virtud es posible establecer reglas generales y disposiciones especiales.

Fue así que dicha Corporación explicó que la misma se trata indudablemente de una norma especial, que tiene aplicación cuando se está frente a la contratación de docentes para planteles de educación privada a falta de estipulación en contrario, por lo que no se aplica entonces la regla general contemplada en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el Decreto Ley 2351 de 1965, artículo 5º, en el sentido de que los contratos en los cuales no se haya previsto el término se entienden celebrados por término indefinido.

Igualmente, sobre la norma en comento y las características propias del contrato de los profesores de establecimientos particulares, ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal de Cierre de esta Jurisdicción, precisando que, *i*). Se entiende celebrado por el año escolar y que dicho concepto se ha extendido al de período académico, de modo que no necesariamente se refiere a un año sino que puede comprender por ejemplo el semestre universitario; *ii*). Dicha modalidad especial de duración es distinta a la que menciona el art. 45 del CST; *iii*). Está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza; *iv*). Contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que contenga la voluntad de vincularse por el período académico, pero no es forzosa o excluyente sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, por lo que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas en el estatuto sustantivo laboral; y, *v*). No prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta la culminación del respectivo período académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la llamada tácita reconducción, esto es, la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente su ánimo de

terminarlo (CSJ SL 15623, 23 abr. 2001, reiterada en la sentencia CSJ SL12708-2016).

Para desatar la controversia que se pone de presente, es preciso indicar que se arrimó al cuaderno por la parte demandante certificación laboral expedida por la Directora Administrativa y financiera de la encartada, que da cuenta de que la demandante prestó sus servicios como profesora de matemáticas, mediante contratos de trabajo a término fijo independientes entre sí, que se ejecutaron del 1º de febrero al 30 de noviembre de 1980 a 1998, del 20 de enero al 30 de noviembre de 1999, del 24 de enero al 30 de noviembre del año 2000, del 29 de enero al 30 de noviembre de 2001, del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2002, del 1º de febrero al 30 de noviembre de 2003, del 22 de enero al 3 de diciembre de 2004, del 20 de enero al 2 de diciembre de 2005, del 18 de enero al 2 de diciembre de 2006, del 15 de enero al 30 de noviembre de 2007, del 14 de enero al 3 de diciembre de 2008, del 15 de enero a diciembre [7] de 2009, del 20 de enero al 2 de diciembre de 2010, del 17 de enero al 3 de diciembre de 2011, del 17 de enero al 17 de diciembre de 2012, del 18 de enero al 13 de diciembre de 2013, del 17 de enero al 12 de diciembre de 2014, del 16 de enero al 15 de diciembre de 2015 y del 18 de enero al 13 de diciembre de 2016 (f.º 76).

Así mismo, se aportaron las liquidaciones finales de 1985, 1986 y 1987, 1990 en la que se indica que la causa del retiro obedeció a la terminación del contrato (f.º 77 a 79, 81); de 1988 en la que se anotó como causa del retiro la terminación del contrato a término fijo (f.º 80); de 1991, 1992 en las que se refirió como causa del retiro la terminación de la labor contratada (f.º 82, 83); de 1993, en la que se dejó establecido que la clase de contrato firmado había sido para profesor de establecimiento particular de enseñanza y que había fenecido por la “*terminación de la obra o labor contratada (año escolar)*” (f.º 84); de 1994, 1995 y 1996 en las que se anotó que la clase de contrato firmado había sido por la realización de la obra o labor determinada y que había fenecido por la “*terminación de la obra o labor contratada (duración del año escolar)*” (f.º 85 a 87); de 1997 y 2001 en las que se estableció que el tipo de contrato era “*Con profesores en los términos de los art. 101 y 102 del CST*” y que había finalizado por la terminación del contrato de profesores duración año lectivo o período académico (f.º 88 a 89); de 2002 y 2003 en las que se estableció que la clase de contrato era “*De servicio educativo de duración por la labor contratada*” y que el motivo de la terminación era por la duración del

período lectivo o académico (f.º 90 a 91); de 2004 a 2009 en las que se señaló que había existido un contrato de trabajo para profesores, finalizado por la duración del período lectivo o académico (f.º 92 a 97); y, de 2010 a 2016, en las que se anotó que los contratos eran de profesores y el retiro había obedecido al vencimiento del contrato (f.º 98 a 99, 101, 103, 104 y 106).

También se allegaron las comunicaciones de preaviso enviadas a la trabajadora del 2003 al 2011 y del 2013 al 2016, en la que se le puso de presente que el contrato como profesora de matemática o jefe de área de matemáticas del establecimiento particular de enseñanza no sería prorrogado (f.º 108 a 120); el reporte de semanas cotizadas a pensión y la certificación de los aportes en salud, de los que se deriva en el primer caso que la empleadora efectuó el pago de los aportes sin interrupción en todos los ciclos a excepción de los períodos de diciembre y enero 1980, 1981, 1993, 1994, 1995 y 1997, enero del 2000 y 2001 y diciembre de 2003 (f.º 121 a 126), y respecto del segundo se cotizó a salud sin solución de continuidad desde abril de 1999 hasta el ciclo de enero de 2007 (f.º 127 a 128).

A su vez, se advierte que en el interrogatorio de parte practicado a la demandante, aquella confesó que suscribió de manera libre y voluntaria cada uno de los contratos con el colegio, cuya vigencia estaba ligada a la duración del período escolar, que conocía que la empleadora hacía el pago de los aportes por los 12 meses del año completos, que en los períodos de interrupción que mediaban entre uno y otro contrato no prestaba sus servicios y que luego de que salían los estudiantes generalmente se quedaban 15 día más haciendo la programación del año siguiente, tiempo que estaba incluido en la vigencia del contrato y que era remunerado con el salario.

Afirmaciones que fueron ratificadas por la testigo Claudia de Jesús Madrid de Aguirre quien presta sus servicios para la demandada y ha laborado allí desde 1978, desempeñándose como profesora de biología hasta el año 2000 del 2001 al 2010 como coordinadora académica y a partir del 2011 como rectora, y manifestó que la duración de los contratos de los profesores del colegio coincidía con el período académico y que durante el tiempo de terminación e inicio que se daba entre los contratos los docentes no eran llamados a prestar sus servicios. Testimonio al que debe imprimírsele plena credibilidad, como lo estableció el *a quo*, pues a pesar de haber sido tachado de falso, resulta acorde con los demás elementos de convicción.

Dilucidado lo anterior y partiendo de las pruebas relativas al modo en que se ejecutaron los múltiples vínculos entre las partes, resulta claro para la Sala que aun cuando en algunos comprobantes de liquidación final se refiere que las partes pactaron que tales nexos se extenderían por un término fijo, por el término de la labor contratada, por el vencimiento del término o por la terminación de la labor contratada relacionada con la duración del año escolar, lo que se patentiza con el interrogatorio de parte y la testimonial recibida es que los mencionados convenios laborales fueron temporales y se limitaron expresamente al cumplimiento de la labor relacionada con dictar clases en el período académico debidamente identificado, de ahí que tales expresiones leídas en su conjunto se acogerían más aun al género temporal de las relaciones de trabajo de los docentes particulares de que trata el art. 101 del CST, en la medida en que las mismas estaban atadas y estrechamente ligadas a la culminación de cada uno de los ciclos académicos preestablecidos.

De cualquier modo, lo cierto es que no podría tenerse, como equivocadamente lo entendió la apelante, como un contrato de trabajo a término indefinido bajo el amparo de lo consagrado en el art. 47 del CST, pues además de no haberse probado que entre uno y otro nexo, la prestación de los servicios se dio sin solución de continuidad, como para concluir la unidad contractual que se alega, se tiene que de las declaraciones recibidas en primera instancia, de los hechos de la demanda en los que se refirió que año a año se efectuaba la liquidación de cada contrato, de las mismas liquidaciones finales aportadas y de las comunicaciones de preaviso, se desprende que cada uno de ellos fue iniciado y finalizado teniendo en cuenta el período escolar, modalidad de contratación que además de estar autorizada por la ley, es propia de los contratos de trabajo de docentes, sin que de alguna manera la suscripción sucesiva conlleve la mutación de su temporalidad a indefinida.

Lo anterior, ni siquiera en virtud del pago continuo de los aportes al sistema general de seguridad social, pues se tiene que la activa expresamente admitió que aunque se efectuaban de esa manera, ella no prestaba sus servicios durante los lapsos de interrupción que mediaban entre uno y otro contrato de trabajo, y en todo caso, tal situación únicamente ratifica la modalidad que rigió la vinculación de la demandante, pues tal actuación encuentra sustento en lo previsto en el art. 284 de la Ley 100 de 1993, que establece “*Los profesores de establecimientos particulares de enseñanza cuyo*

contrato de trabajo se entienda celebrado por el período escolar, tendrán derecho a que el empleador efectúe los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral por la totalidad del período calendario respectivo, que corresponda al período escolar para el cual se contrate”.

Además, se tiene que de haber existido un vacío contractual o la ausencia de la expresión de la voluntad de las partes en torno a la duración del contrato, como se alega en el recurso al exponer que no se aportaron los contratos escritos, lo que procedería en todo caso sería la remisión a la norma supletiva, es decir, al art. 101 del CST, dada la calidad de docente de establecimiento particular de la demandante y no a la regla general de que trata el art. 47 de ese mismo estatuto.

Así las cosas, toda vez que no es dable considerar que la relación laboral de la actora con la llamada a juicio fue única e ininterrumpida desde el 1º de febrero de 1980 hasta el 13 de diciembre de 2016, como se pretende en el recurso y que por el contrario lo que se acreditó es que durante dicho lapso se celebraron y ejecutaron contratos por período académico de conformidad con el artículo 101 del CST, lo que coincide con lo expresado en la sentencia apelada, se **confirmará** la decisión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida 7 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá DC, de acuerdo con lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

TERCERO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **da8c1a45b846b7dfdab3070094ff656fcec6fb0347b106fe8c6be4a52eb1f54d**

Documento generado en 06/09/2022 04:51:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada Ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO LABORAL - **SENTENCIA**
RADICACIÓN: 11001 31 05 **037 2016 00429 02**
DEMANDANTE: LUZ MINELLY AGUILAR MÚNERA
DEMANDADO: PROYECTAR SALUD SAS y solidariamente contra
ANGÉLICA LEONOR CERPA BERNAL y GILBERTO
RODRÍGUEZ DAZA

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

En la fecha, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC.

I. ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que medió una relación laboral con Proyectar Salud SAS entre el 13 de enero y el 21 de mayo de 2014, y que Angélica Leonor Cerpa Bernal y Gilberto Rodríguez Daza son solidariamente responsables del pago de las acreencias laborales causadas en ese interregno. En consecuencia, que se condene a la pasiva a reconocer y pagar los días de salario del período comprendido del 1º de abril al 21 de mayo de 2014; las primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones de todo el tiempo laborado, junto con la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST.

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, la demandante manifestó que le prestó sus servicios como auxiliar de enfermería a la empresa demandada del 13 de enero al 21 de mayo de 2014, última fecha en la que

presentó carta de renuncia; que su función consistía en el cuidado de los pacientes a domicilio que tenía la demandada; que recibía órdenes para el cumplimiento de su ocupación por parte de los jefes de enfermería de la pasiva, y eventualmente por parte de los jefes de la Secretaría Distrital de Salud; que se acordó una remuneración de \$82.000,00 por cada turno de 24 horas, por lo que mensualmente en promedio devengaba \$1.230.000,00; que no podía ausentarse de su actividad dentro de la jornada de trabajo; que laboraba día de por medio en la jornada de 07:00 a.m. a 07:00 p.m.; que sus servicios como auxiliar de enfermería fueron prestados al paciente Cristian David Jiménez del 4 de febrero al 27 de febrero, del 1º al 31 de marzo, del 2 al 30 de abril, del 2 al 22 de mayo de 2014, quien había sido favorecido por la Secretaría Distrital de Salud; y, que la pasiva le adeuda los valores reclamados (f.º 1 a 80).

II. TRÁMITE PROCESAL

La demanda se admitió el 13 de junio de 2016, ordenándose la notificación y traslado a los demandados (f.º 199).

Gilberto Rodríguez Daza y **Angélica Leonor Cerpa Bernal** dieron contestación a la demanda, con oposición a todas las pretensiones con fundamento en que no son responsables solidariamente de las obligaciones laborales contraídas por la empresa demandada, máxime cuando el demandante previo a la formulación de la demanda debió haber adelantado ante la Superintendencia de Sociedades el levantamiento del velo corporativo. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de responsabilidad solidaria, cobro de lo no debido y prescripción (f.º 308 a 316).

Proyectar Salud SAS en el escrito de contradicción, se opuso a las pretensiones de la demandada, argumentando que esa sociedad celebró con la demandante un contrato de prestación de servicios profesionales, a efectos de que la última prestara servicios independientes de suministro de medicamentos a pacientes, por lo que se le cancelaba la suma de \$10.000,00 y con posterioridad para que brindara atención a pacientes en su domicilio, pagándosele por el turno la suma de \$40.000,00. En tal sentido, dijo que la convocante prestó sus servicios de suministro de medicamentos los días 13, 14, 15, 18, 20, 23, 24 y 25 de enero y de atención de pacientes el 26 y 27 de

enero; 20 turnos en febrero, 32 turnos en marzo y 30 en abril, por lo que respectivamente se pasaron cuenta de cobro de esos meses por las sumas de \$400.000, \$800.000, \$1.280.000 y \$1.280.000 y que la gestora no presentó cuenta de cobro ni soporte de haber prestado sus servicios en el mes de mayo de 2014. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido y prescripción (f.º 328 a 332).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 4 de agosto de 2021, declaró la existencia de un contrato laboral entre la demandante y Proyectar Salud SAS, durante el período comprendido entre el 13 de enero y el 22 de mayo de 2014. En consecuencia condenó a esa demandada, a reconocer y pagar a la demandante \$2.436.571,00 por concepto de salarios adeudados; \$365.844,00 por concepto de cesantías; \$3.284,00 por concepto de intereses a las cesantías; \$365.844,00 por concepto de prima de servicios; \$182.922 por concepto de vacaciones; y, los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones por el tiempo laborado. Finalmente absolvió a Proyectar Salud SAS, de las demás pretensiones incoadas en su contra y a Gilberto Rodríguez Daza y Angélica Leonor Cerpa Bernal de todos los pedimentos formulados por la activa.

En lo que interesa a la alzada, para declarar la existencia de la relación de trabajo entre las partes, el juez señaló que la prestación personal del servicio de la demandante se desprendía de los formatos de registro de actividades del programa de atención domiciliaria de los meses de enero a abril de 2014, de los formatos de administración de medicamentos que se registraron del 3 al 23 de enero de 2014 y de los formatos de ejecución del plan de atención de enfermería de los meses de enero a mayo de 2014; así como también, de las declaraciones rendidas por Jorge Acuña, quien es el abuelo del paciente que era atendido por la activa y por Nidia Forigua, quien era auxiliar contable de la demandada y señaló que de acuerdo con la política de contratación de la empresa, para esa época, cada persona vinculada tomaba la decisión de la modalidad contractual bajo la que prestaría sus servicios, en el entendido que si lo hacía mediante contrato de trabajo se remuneraría con el salario mínimo legal vigente y si era por medio de contrato de prestación de servicios se pagaría \$40.000,00 por la hora laborada.

En tal sentido, el *a quo* señaló que las afirmaciones de la referida testigo no desvirtuaban la presunción legal prevista en el art. 24 del CST, pues el criterio empleado por la empresa para determinar la modalidad contractual no resultaba válido, máxime cuando no se probó que existiera alguna diferencia en las labores ejecutadas entre unos y otros prestadores del servicio. Adicionalmente, coligió que las planillas de seguimiento de la labor ejecutada por la demandante denotaban la supervisión en la obra realizada, acto que a pesar de ser permitido en los contratos de naturaleza civil, no podía entenderse bajo esos postulados en este caso, ya que no se acreditó que las partes estuvieran regidas por cláusulas contractuales, por lo que era difícil decir que las planillas atendían a meros actos de liberalidad y autonomía en la labor ejecutada, sobre todo porque la demandante podía ser designada para atender otras labores como suministro de medicamentos a distintos pacientes o cumplimientos de turnos, lo que evidenciaba el poder de subordinación jurídica en la forma de ejecución de la labor contratada.

En punto de la excepción de prescripción se estableció que debido a que el auto admisorio de la demanda se había notificado por estado del 14 de junio de 2016, y la parte demandante había cumplido con su obligación legal de adelantar los trámites procesales pertinentes para su notificación a la luz de lo dispuesto en el art. 291 y 292 del CGP, podía concluirse el actuar diligente de la activa, máxime cuando tales actuaciones se efectuaron incluso en dos direcciones distintas, ambas con resultado negativo, ya que la empresa de correos hizo constar que la pasiva se trasladó. Igualmente, estimó que no podía perderse de vista que la llamada a juicio cambió de domicilio el 15 de junio de 2016, es decir, un día después de haber sido presentada la demanda, por lo que no podía atribuirse a la activa un actuar omisivo en la evacuación del trámite. Finalmente, sobre ese aspecto, señaló que las demás actuaciones tendientes a que se llevará a cabo la notificación en otra dirección correspondían al despacho, pues aunque el apoderado de la parte actora se demoró en radicar el memorial manifestando bajo juramento que desconocía una dirección diferente, el requerimiento realizado por el juzgado sobre ello, escapaba de la órbita de la gestión de la activa, por tratarse de actos de ratificación del trámite.

Finalmente, sobre la condena por concepto de indemnización moratoria dijo el fallador de primera instancia, que a pesar de la declaratoria de la existencia de la relación laboral y que se había ordenado el pago de salarios y

prestaciones sociales, no se observaba que el comportamiento de la demandada pudiera ser calificado como de mala fe, ya que se había probado que la sociedad había requerido a la promotora del proceso al observar una adulteración en la planilla de pagos a seguridad social del mes de mayo de 2014, lo que evidenciaba que la sociedad demandada estaba actuando bajo el convencimiento de que el vínculo estaba regido por una relación independiente y de naturaleza civil, por tratarse dicho acto de una obligación propia de ese tipo de contratos. Expuso que sumado a lo anterior, se verificaba que la vinculación se había extendido por un período muy corto, por lo que no se podía adjudicar un uso indebido de la modalidad contractual empleada o un actuar desprovisto de buena fe.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **demandante**, expresó su inconformidad respecto de la absolución de la indemnización moratoria prevista en el art. 65 del CST, arguyendo para tal fin, que la única forma de demostrar que existió buena fe del empleador es cuando aparecen hechos objetivos, claros, jurídicos y de recibo, a partir de los cuales se puede considerar que existía duda acerca del tipo de contrato que se estaba ejecutando, que había algún nivel de autonomía administrativa, de autonomía financiera, de autonomía técnica, frente al cumplimiento de las actividades, y que el tipo de actividades podían prestarse para confundir la naturaleza del vínculo; situación, que asegura no ocurre en el caso de autos, ya que no se adujo una razón explicativa de porqué se consideraba que existía duda acerca del tipo de contrato, máxime cuando entre las partes no se suscribió contrato de prestación de servicios.

En ese sentido, agregó que contrario a lo anterior, en el proceso se probó que la convocante cumplía una jornada de trabajo, que no tenía autonomía técnica, que ella era simplemente una auxiliar de enfermería; que estaba vigilada por un jefe de enfermería y su labor estaba atada a los dictámenes de un médico tratante; que además de acuerdo con las notas aportadas, debía llegar a bañar al paciente, tenderle la cama, hacerle aseo en todo el cuerpo, suministrarle alimentos, estar pendiente de los signos vitales y del suministro de los medicamentos, labores que debían ser cumplidas necesariamente por un trabajador subordinado, en la medida en que demandaban de la totalidad del tiempo, no existía autonomía para administrar los recursos y debía seguir

órdenes e instrucciones sujetas a auditorias en las que se verificaba que se hubieran realizado todas las actividades encargadas.

Expuso que además se acreditó que la empresa ponía a los trabajadores a escoger si querían vincularse por medio de un contrato por prestación de servicios o contrato laboral, pues la testigo citada por la accionada señaló que le indicaban a las personas que contrataban que no debían preocuparse pues en ambos casos tenían que hacer lo mismo y que no había ninguna diferencia, pero que bajo una modalidad ganaba una suma y en la otra un valor distinto, por lo que es claro que la pasiva era consciente de que se trataba de una situación enmarcada dentro de la relación laboral.

Finalmente, refirió que el hecho de que el vínculo no se hubiera extendido por un largo período no puede ser tenido en cuenta para establecer la procedencia de la indemnización reclamada.

El apoderado judicial de la sociedad **demandada**, como fundamento de la alzada manifestó que contrario a lo concluido por el juez de primer grado, en este asunto no existió una relación laboral entre las partes y señaló que aunque los informes que eran presentados por la activa demostraban la prestación del servicio, debía tenerse en cuenta que en los testimonios rendidos por Nidia Forigua y Jorge Acuña, y en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la sociedad, se había indicado que la gestora podía prestar sus servicios de manera personal o a través de un tercero que cumpliera las mismas calidades de ella, ya que el segundo de los deponentes sostuvo que había una persona de nombre Fabián e inclusive otras personas que iban a atender al paciente de nombre Cristian David Jiménez. A lo anterior, añadió que además, la activa era profesional en la materia de auxiliar de enfermería, que si bien debía cumplir con las instrucciones de un médico tratante, desarrollaba las actividades propias de un enfermero, sin supervisión de un jefe de enfermería.

De otro lado, solicitó que en caso de confirmarse el punto anterior, se revisara la condena correspondiente a los salarios de abril y mayo de 22, teniendo en cuenta el extremo final que se tuvo por probado en la sentencia apelada.

Adicionalmente, expuso que en este caso operó el fenómeno de la prescripción en los términos dispuestos en los artículos 151 del CPTSS, 488 del CST y 94 del CGP, pues incluso desde el auto en el que se negó el incidente de nulidad propuesto en el trámite, se dejó establecido que el apoderado de la parte actora no actuó con diligencia al surtir las notificaciones de las llamadas a juicio, y dice que aunque estima que era atendible que el auto admisorio hubiera intentado notificarse en la dirección que se registraba para el momento en el que se radicó el escrito inicial, lo cierto es que en este caso la activa informó una dirección totalmente distinta y extraña tanto para la persona jurídica, como para las personas naturales citadas, y luego de cuatro meses si hizo el ejercicio de intentar llevar a cabo el trámite previsto en el art. 291 del CGP, en la dirección registrada en el certificado de existencia y representación legal, habiéndose emitido el 24 de octubre certificación por la empresa de correo en el que se hizo constar que Proyectar Salud SAS, ya no operaba en esa dirección, sin embargo, la activa remitió el aviso previsto en el art. 292 del CGP a la misma dirección, que fue devuelto por los mismos motivos.

Continuó señalando que ante la actitud pasiva de la parte actora, el juzgado la requirió el 16 de marzo de 2018, para que aportara el trámite de notificación, habiendo procedido a radicar la constancia del citatorio y del aviso el 8 de noviembre de 2018; que luego de ello, el despacho requirió nuevamente al abogado para que indicara si conocía otra dirección, sin embargo, el apoderado, en lugar de verificar el certificado de existencia y representación legal de la empresa actualizado, manifestó que no tenía conocimiento, por lo que el 24 de enero de 2019, se ordenó el emplazamiento y la designación de Curador *Ad Litem*.

Concluyó, indicando que además en el auto que resolvió la apelación sobre la negativa de declarar probado el incidente de nulidad, se determinó por esta Corporación que la notificación de la pasiva se dio solamente hasta el 19 de junio de 2019, debido a que la parte demandante no efectuó las gestiones correspondientes para corroborar la dirección en la que se podía surtir ese trámite, y que había sido gracias a la gestión del Curador Ad Litem que las llamadas a juicio se habían enterado de la existencia del proceso y habían radicado la contestación de la demanda en la oportunidad legal correspondiente.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto del 25 de octubre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; y, conforme a lo normado en el art. 15 del Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar (f.º 451).

Las partes presentaron alegaciones reiterando los argumentos expuestos en la sustentación de los recursos de apelación, en la demanda y el escrito de contradicción, respectivamente (f.º 453 y ss).

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del CPTSS, el problema jurídico en este asunto consiste en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 13 de enero y el 22 de mayo de 2014; en caso afirmativo, si operó la prescripción de las acreencias laborales reclamadas, a cuánto ascienden los salarios y si resulta procedente la condena por concepto de indemnización moratoria establecida en el art. 65 del CST.

Para determinar la naturaleza jurídica del vínculo, debe verificarse si concurren los elementos esenciales del contrato de trabajo, previstos en el artículo 23 del CST, modificado por el art. 1º de la Ley 50 de 1990, que son la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, teniendo en cuenta la presunción legal prevista en el artículo 24 *ibídem*, modificado por el 2º de la Ley 50 de 1990, respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole simplemente a quien alega su existencia, acreditar la prestación del servicio personal y, a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta (CSJ SL10546-2014, CSJ SL10118-2015, CSJ SL1420-2018, CSJ SL1081-2021, y CSJ SL781-2022).

En ese orden, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 6258. jul. 1994, reiterada en la decisión CSJ SL3345-2021, definió la subordinación como *«la aptitud o*

facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente», lo que conlleva a que son la independencia y autonomía en la ejecución del servicio, los aspectos medulares a los que debe dirigirse el esfuerzo probatorio para desvirtuar la existencia del elemento subordinación, y establecer si la naturaleza jurídica del vínculo es distinta a la laboral.

Partiendo de los anteriores presupuestos, encuentra la Sala como lo hizo el *a quo* que en el presente caso se encuentra acreditaba la prestación personal de los servicios de la demandante como auxiliar de enfermería en favor de la sociedad llamada a juicio, pues se tiene que al plenario se arrimaron documentos denominados administración de medicamentos que dan cuenta de que la demandante desarrolló dicha actividad en el mes de enero de 2014, durante los días 13, 14, 15, 16, 18, 19, 23 (Horas: 07:00, 08:00, 12:00, 13:00, 16:00, 19:00, 20:00, 24:00, 01:00 y 06:00); 17 (Horas: 07:30, 09:00, 12:00, 13:00, 16:00, 19:30, 20:30, 24:00, 01:00 y 06:00); 20 (Horas: 07:00, 08:40, 12:00, 13:00, 16:00, 19:00 y 20:00); 21 (Horas: 12:00, 13:00 y 16:00); 24 (Horas: 07:00, 12:00, 13:00, 19:00, 20:00, 01:00 y 04:00); 25 (Horas: 07:00, 12:00, 13:00 y 19:00) (f.º 51 a 60).

Así mismo, se arriman instrumentales denominadas ejecución del plan de atención de enfermería que permiten establecer que la demandante llevó a cabo actividades de higiene, cuidado de la piel, de movilidad, cuidado de dispositivos médicos, control de líquidos, administración de medicamentos y actividades de educación al paciente Cristian David Jiménez, durante 2 turnos en el mes de enero de 2014 (días: 26 y 27), 20 turnos en el mes de febrero de 2014 (días: 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 14, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 24, 25, 26 y 27), 32 turnos en el mes de marzo de 2014 (días: 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27, 29 y 31 – 2 turnos al día); 30 turnos en el mes de abril de 2014 (días: 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 22, 24, 26, 28 y 30 – 2 turnos al día); y, 22 turnos en el mes de mayo de 2014 (días: 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20 y 22 – 2 turnos al día) (f.º 83 a 189).

Adicionalmente, se advierte que los turnos de trabajo que se llevaron a cabo desde el 13 de enero hasta el 22 de mayo de 2014, se ratifican con lo afirmado sobre el particular por la demandada en los hechos de la defensa contenidos en el escrito de contradicción, y por su parte, los de atención de

enfermería que se ejecutaron hasta el 22 de mayo de 2014, se prueban igualmente con la documental que tiene como encabezado “*Registro de actividades programa de atención domiciliaria – enfermería*” (f.º 45 a 50).

Ahora bien, aduce la encartada que del dicho de los testigos y del interrogatorio de parte, se desprende que la demandante tenía la posibilidad de prestar sus servicios a través de terceros, siempre que reunieran las mismas calidades profesionales de ella, sin embargo, sobre las declaraciones de terceros se tiene que en la rendida por Jorge Acuña Peña, quien dijo ser el abuelo del paciente que fue atendido por la demandante de enero a mayo de 2014, señaló que a su nieto le prestaban los servicios dos auxiliares de enfermería, pero ello se debía al cambio de turno, pero no es cierto que haya indicado que la actora podía enviar a alguien a suplirla o reemplazarla en su labor.

Por su lado, en lo que refiere a lo señalado sobre ese particular por Nidia Stella Forigua Carrillo, quien era auxiliar contable de la demandada para la época de los hechos, se tiene que desconocía la forma en que se llevaban a cabo las actividades por la demandante; y finalmente, respecto de las afirmaciones efectuadas por el representante legal de la demandada se tiene que las mismas no pueden ser tenidas en cuenta para acreditar los supuestos esgrimidos en el recurso, pues a voces del art. 191 del CPG, la prueba de confesión se configura cuando los hechos admitidos producen consecuencias jurídicas adversas al confesante o favorecen a la parte contraria.

Con lo hasta aquí indicado, se tiene entonces que le correspondía a la sociedad convocada desvirtuar la presunción prevista en el art. 24 del CST, no obstante, en el caso de autos no existe elemento de convicción que permita llegar a esa conclusión, pues se advierte que por sí sola la labor para la que fue contratada la demandante no es demostrativa de que aquella desempeñara sus labores con autonomía e independencia, máxime cuando se constata el cumplimiento de turnos de trabajo, en una jornada estricta y con unas actividades específicas a desarrollar dentro de un plan de atención de enfermería que estaban establecidas en los formatos que debía diligenciar la promotora del proceso, y del interrogatorio de parte rendido por el representante legal se desprende que las herramientas de trabajo eran suministradas por la sociedad.

A lo anterior, hay que agregar que la testigo Nidia Stella Forigua Carrillo, relató que dentro de las políticas de contratación de la empresa, se le daba la opción a los prestadores de servicios, de elegir el tipo de contratación a través del cual se querían vincular, esto es, por medio de contrato de trabajo o por orden de prestación de servicios, existiendo como única diferencia entre uno y otro la remuneración que era pagada, aspecto sobre el que señaló que en el primer caso se pagaban todos los emolumentos de ley, pero con un salario mínimo legal mensual vigente y en el segundo se remuneraba con un valor superior por hora trabajada equivalente a \$40.000,00, parámetro que evidentemente no puede servir de base para distorsionar una verdadera relación de trabajo subordinada.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto a la declaratoria de la existencia de la relación laboral.

Prescripción.- Conforme a lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del CST y el 151 del CPTSS las acciones que emanan de los derechos laborales prescriben en tres (3) años contados desde que la respectiva obligación se ha hecho exigible y el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez.

Por su parte, el artículo 94 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del CPTSS, indica que *“la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*.

De esta manera, se advierte que el entendimiento de dicha preceptiva, ha sido morigerado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el entendido que la presentación de la demanda interrumpe la prescripción, aun cuando la notificación del auto admisorio de la demanda no se efectúe oportunamente, cuando sea patente, la negligencia del juzgado o la elusión de la demandada (CSJ SL8716-2014, CSJ SL21707-2017 y CSJ SL1533-2018).

Descendiendo al caso bajo análisis, se advierte que no es materia de controversia en la alzada que la relación de trabajo que unió a las partes feneció el 22 de mayo de 2014, así mismo, está probado que: *i*). el escrito inicial fue presentado el 6 de mayo de 2016 (f.º 62) y admitido mediante proveído del 13 de junio de 2016, notificado en estados del 14 de junio de ese año (f.º 199); *ii*). El 10 de octubre de 2016, se remitió vía correo certificado citatorio a la demandada a la dirección Cra. 78 n.º 5b-05 (f.º 216 a 218) el cual fue devuelto por “*TRASLADO DE DESTINATARIO*”, circunstancia que se puso en conocimiento del Juzgado mediante memorial del 6 de diciembre de 2016 (f.º 200); *iii*). El día 24 de febrero de 2017, la activa remitió el aviso de notificación a la misma dirección a la que fue remitido el citatorio, el cual fue igualmente devuelto por “*TRASLADO DE DESTINATARIO*”, trámite que se radicó ante el juzgado el 7 de marzo de 2017 (f.º 219 a 224); *iv*). En auto del 16 de marzo de 2018, notificado en estado del 20 de marzo siguiente, el juzgado requirió al demandante para que manifestara si conocía otra dirección de notificación de los demandados a efectos de diligenciar los respectivos citatorios (f.º 287); *v*). El expediente ingresó nuevamente al despacho el 29 de octubre de 2018, y en proveído del 8 de noviembre de ese año, notificado en estado del día 9 de noviembre, se requirió por segunda vez a la activa para que hiciera las manifestaciones del caso (f.º 288); *vi*). El 15 de noviembre de 2018, el apoderado judicial de la parte actora radicó memorial manifestando que desconocía el lugar donde podían ser citadas las demandadas (f.º 289); *vii*). El 16 de noviembre de 2018, las diligencias ingresaron al Despacho y el 24 de enero de 2019, notificado por estado del 25 de enero de 2019, el *a quo* ordenó el emplazamiento de los demandados (f.º 290); el 12 de febrero de 2019, la parte demandante radicó la constancia de emplazamiento (f.º 292); *viii*). el 21 de mayo de 2019, y auto del 24 de mayo de 2019 el juzgado designó Curador Ad Litem, notificado en estado del 27 de mayo siguiente (f.º 297); *ix*). el 18 de junio de 2019, se notificó el abogado designado (f.º 298); el 4 de julio de 2019, la sociedad llamada a juicio compareció al proceso a través de apoderado judicial, presentó escrito de contradicción e incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda (f.º 328 a 332).

Adicionalmente se advierte que en el plenario reposa histórico de las direcciones registradas en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad demandada del que se desprende que por documentos del 13 de julio de 2016, inscritos en esa misma fecha bajo los números 04264414 y 04264415 del Libro XV, se registró el cambio de las direcciones del domicilio

principal y de notificaciones a la Calle 25 G n.º 84^a – 61 de la ciudad de Bogotá DC (f.º 319 a 320).

Así mismo, por auto del 30 de noviembre de 2020, esta Corporación resolvió el recurso de apelación formulado por la demandada contra el auto que negó el incidente de nulidad, bajo las siguientes consideraciones, en torno al trámite de notificación:

“(…) cuál sería la finalidad de la obligación impuesta a los comerciantes, contribuyentes o declarantes, en los artículos 33 del Código de Comercio y 563 del Estatuto Tributario, de informar cualquier cambio de domicilio a las entidades respectivas, e incluso la señalada en el numeral 2.º del artículo 291 del Código General del Proceso, si se avala el comportamiento de quien demanda, como lo hizo el a quo, de notificar una demanda en direcciones de domicilio en las que ya no funcionan las empresas, siendo advertido el interesado de tal situación, por la empresa de correo certificado. Distinto sería, si la demandada no hubiera cumplido con esta obligación, caso en el que sería inadmisibles hacerle más gravosa la situación al trabajador, pretendiendo que investigue los cambios en las nomenclaturas antes de impetrar una demanda, si el interesado en dar a conocer su dirección de notificaciones no advierte ni actualiza los cambios respectivos, en los registros correspondientes.

Como si lo anterior fuera poco, mediante auto del 24 de enero de 2019, sin designar curador, el a quo procedió a ordenar el emplazamiento conforme los artículos 108 incisos 6.º y 7.º, y 293 del Código General del Proceso, lo cual se surtió conforme dan cuenta las instrumentales visibles a f.º 291, 293 a 296, evidentemente sin la advertencia de habersele designado el curador ad litem, como lo establece la normativa aplicable en materia laboral (artículo 29 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social), pues ello, ocurrió con posterioridad en la providencia del 24 de mayo de 2019, (f.º 297), con quien se surtió la notificación personal el 18 de junio siguiente (f.º 298).

Con base en lo hasta aquí narrado, se configuraría en efecto, la causal 8.ª del artículo 133 del Código General del Proceso, lo que daría lugar a revocar la providencia apelada, de no ser porque dentro del término de traslado establecido en el artículo 74 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, gracias a la gestión del Curador ad litem al haber puesto en conocimiento de la sociedad la existencia del presente proceso, esta, a través de apoderada general contestó la demanda el 4 de julio de 2019, en los términos del escrito allegado de f.º 328 a 332, con el que se pronunció expresamente respecto de los hechos y pretensiones, argumentó los hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa, fundamentó las excepciones que pretende hacer valer, solicitó medios de prueba y aportó como tal las documentales obrantes de f.º 333 a 357.

De manera que, convalidó la nulidad en forma expresa antes de haber sido renovada la actuación a anular, por lo que, a pesar de los vicios observados en la actuación procesal, se cumplió su finalidad que era enterar a Proyectar Salud S.A.S., de la existencia de este proceso, sin haberse vulnerado su derecho a la defensa (...).”

Partiendo de los anteriores derroteros, encuentra la Sala que aún si obviarán los defectos procedimentales atribuibles a la parte demandante en el trámite de notificación y se tuvieran en cuenta los trámites llevados a cabo conforme a los art. 291 y 292 del CGP, podría concluirse no solo que la notificación del auto admisorio de la demanda, se surtió por fuera del término previsto en el artículo 94 del CGP, sino además, que tal situación obedeció únicamente a la inactividad de la parte demandante, pues se denota que desde la admisión de la demanda, hasta el momento en que se arrió el trámite del

aviso transcurrieron 8 meses y 24 días, y luego, al ser requerida por el juzgado en auto del 16 de marzo de 2018, notificado en estado del 20 de marzo siguiente, para que manifestara si conocía otra dirección de notificación de los demandados a efectos de diligenciar los respectivos citatorios para que informara (f.º 287) y la calenda del 28 de octubre de 2018 que corresponde al día anterior de la siguiente entrada al despacho que se efectuó para hacer el segundo requerimiento en el mismo sentido a la activa, pasaron otros 7 meses y 9 días, por lo que solo hasta ese momento había transcurrido más de un año desde la notificación por estado del auto admisorio de la demanda.

En ese orden, al ser palmario que la terminación del vínculo laboral tuvo lugar el 22 de mayo de 2014, de entenderse por esta Corporación que la notificación a la demandada se verificó el 3 de julio de 2019 cuando intervino en el proceso (f.º 317 a 318) o incluso el 18 de junio de 2019 (f.º 298) cuando se notificó al Curador Ad Litem, serían tales actuaciones las que tendrían la virtud de interrumpir el fenómeno jurídico analizado, por lo que operó el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, respecto de las acreencias laborales reclamadas, por lo que la Sala se relevará del estudio de la procedencia de la indemnización moratoria establecida en el art. 65 del CST, así como de establecer el valor de los salarios adeudados, al encontrarse tales derechos prescritos.

A pesar de lo anterior, se mantendrá la condena dispuesta por el *a quo* respecto del pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, pues en los términos explicados por el tribunal de cierre de esta jurisdicción, los mismos constituyen el capital indispensable para la consolidación y financiación de las prestaciones derivadas de dicho subsistema, por lo que no opera la prescripción.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ DC**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** propuesta por la demandada, respecto a las acreencias laborales reclamadas,

salvo los aportes al sistema pensional, conforme a lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

SEGUNDO: En consecuencia, **REVOCAR** parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia proferida 4 de agosto de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá DC, para en su lugar, **ABSOLVER** a PROYECTAR SALUD SAS del pago de salarios adeudados, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del CPTSS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada ponente



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO
Magistrada



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **19d0f2d46b8c50df1fc03dac7d04a89074139cb8df1319f9dc0cc23bc5e15f29**

Documento generado en 06/09/2022 04:52:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>