



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 33 2020 00058 01.
DEMANDANTE: BLANCA MARGARITA UYAZAN LARROTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «nulidad» del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. adelantado el 1 de septiembre de 1998 y válidamente afiliada a prima media. En consecuencia, ordenar a la AFP devolver a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos causados. A la última a recibir la afiliación y actualizar la historia laboral. Subsidiariamente, pretende se declare la ineficacia del traslado. Así mismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de junio de 1981. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena, hoy Protección, desde el 1 de septiembre de 1998 y hasta la fecha. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de traslado (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 28).

La AFP Protección S.A. se opuso al éxito de las aspiraciones. Aceptó el traslado de régimen, la solicitud de traslado y la respuesta negativa y la petición de estudio pensional y la actual afiliación a ese fondo. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»*, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»* y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses expuso que todas las actuaciones de la AFP están precedidas de buena fe y la legalidad, así que la demandante se vinculó de forma libre y voluntaria y materializó su intención con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 03 fls. 3 a 20).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de causal de nulidad, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, saneamiento de la nulidad alegada, caducidad,

inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad y las semanas cotizadas y su retorno a RPM no es posible como quiera que está incurso en una prohibición legal (expediente digital, archivo 05 fls. 4 a 42).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de abril de 2022 (expediente digital, archivo 16), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Protección y con esto la afiliación realizada a Blanca Margarita Uyazan Larrota, identificada con la cédula de ciudadanía 51.671.423, realizada el 9 de julio de 1998, por Colmena AIG Pensiones y Cesantías hoy Protección.

SEGUNDO: DECLARAR que Blanca Margarita Uyazan Larrota actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Protección S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de Blanca Margarita Uyazan Larrota a Colpensiones, junto con intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de Blanca Margarita Uyazan Larrota, al régimen de prima media e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a Protección, a trasladar al régimen de prima media, a cargo de su propio patrimonio, las cifras recibidas por concepto de cuotas de administración, para esto se conmina a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARAR no probadas, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta sentencia.

SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de Protección, agencias en derecho tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sin costas para Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que Protección no demostró que cumplió con el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia. Consideró que si bien se allega el formulario de afiliación este no demuestra que se brindó la asesoría necesaria al momento del

traslado poniendo de presente las características, condiciones, ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A. imploró revocar la sentencia en tanto le ordenó trasladar a Colpensiones los gastos de administración y seguros previsionales. Además, que la consecuencia lógica de la ineficacia es que la afiliación nunca existió; no obstante, se ordena trasladar rendimientos y también los cobros adicionales por cuotas de administración y seguros previsionales sumas estas últimas que fueron descontadas por mandato legal, estuvieron destinadas a retribuir la buena gestión de la AFP, que generó rendimientos al demandante y que mantuvieron cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte. Señaló que la orden atenta contra la estabilidad financiera del fondo y puede generar un detrimento patrimonial.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que la carga de la prueba está en cabeza de la demandante, y es ella quien debe demostrar el supuesto de hecho que persigue, es decir el vicio del consentimiento alegado. Aseguró que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar un registro documental de la asesoría, por lo cual es aplicable el principio de nadie está obligado a lo imposible. Refirió que la condena en costas en segunda instancia generaría un detrimento patrimonial del fondo.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o

exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de

asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la promotora del juicio se afilió al ISS el 3 de junio de 1981 (expediente digital archivo 08 fl. 8 a 17), migró al RAIS, administrado por Colmena el 1 de septiembre de 1998, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital archivo 03 fl. 29), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTICULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCION DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a la AFP Protección S.A. conforme a certificado emitido por Asofondos (expediente digital archivo 03 fl. 30).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado, asesores de los fondos privados llegaron a su lugar de trabajo e informaron que el ISS se iba a terminar que en dos o tres años no existiría, ofrecieron trasladarla de régimen. Señaló que el asesor le informó que al trasladarse al RAIS podía pensionarse antes y que no quedaría desprotegida porque tendría una cuenta individual; el asesor diligenció el formulario y ella lo firmó. Señaló que permaneció tanto tiempo afiliada al RAIS pues en Duitama el ISS cambió de sede y ella creyó que se había acabado, tiempo después se enteró que se convirtió en Colpensiones e intento retornar, pero la respuesta fue negativa con el argumento que estaba inmersa en prohibición legal en razón de la edad. Dijo que Protección le informó que pensión allí, sería la misma que en el régimen de prima media. Admitió que solicitó la pensión anticipada, pero fue negada por no contar con el capital suficiente, así mismo que recibe extractos

Refirió que desea trasladarse dado que en Colpensiones recibiría una pensión vitalicia superior al salario mínimo.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colmena, hoy Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento del traslado, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa reiterar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la Protección S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), tal como dispuso el Juzgado.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales tercero y quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de abril de 2022, que quedarán unificados en el siguiente tenor: Condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2020 00389 01
DEMANDANTE: JORGE HUMBERTO SIERRA ORTIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende de manera principal que se declare la *nulidad* del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección y válidamente afiliado a Colpensiones; que es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento de pensión de vejez. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones las semanas cotizadas, aportes realizados, rendimientos, costos, cuotas, comisiones administrativas, sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus frutos e intereses. A la última a activar su afiliación y reconocer y pagar debidamente indexada la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

De manera subsidiaria pretende se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con lo normado en la Ley 797 de 2003 y el reconocimiento y pago de los perjuicios derivados de la pensión reconocida por Protección S.A., así como la indexación de estos, así como el pago de intereses moratorios.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 13 de junio de 1956. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de agosto de 1978 y allí cotizó 759 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A. el 28 de junio de 1995, data para la cual contaba 38 años de edad. Refirió que Protección no le brindó información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio en relación con su situación particular pues perdería el régimen de transición, tampoco fue informada sobre la posibilidad de retornar a prima media, no fue informado de que su mesada pensional disminuiría a la mitad al trasladarse de régimen.

Adujo que ha cotizado un total de 1915 semanas al sistema general de pensiones y que en septiembre del 2019, contrató asesoría particular y se percató de las consecuencias del cambio, por tanto, solicitó a la AFP el traslado de régimen, pero en respuesta se le explicó que el fondo no era la autoridad competente para determinar un vicio del traslado. Informó que la AFP el 30 de octubre del 2017, le recoció pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado en cuantía de \$2'868.193. Arguyó que según proyección pensional su mesada pensional en prima media con una tasa de reemplazo del 90% sería de \$7'269.815. (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 25, subsanación expediente digital, archivo 09, fls. 1 a 20).

Colpensiones rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió, la data de nacimiento del actor, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen, las semanas cotizadas y el reconocimiento de pensión de parte de Protección. Manifestó que no le constan los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición en razón de las semanas cotizadas, por tanto no puede regresar a Colpensiones, pues está incurso en una prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 14 fls. 1 a 46).

La AFP Protección S.A rechazó la prosperidad de las peticiones. Aceptó el natalicio del demandante, el traslado de régimen, la afiliación a esa AFP, el reconocimiento de pensión y la negativa a la petición e traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. En su defensa, expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad, en consecuencia, las personas se afilian libre y voluntariamente y materializan su decisión con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 23, fls. 1 a 27).

A petición de Protección S.A. fue convocado en calidad de litis consorcio necesario el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las súplicas. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, reintegro del valor del bono, buena fe y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, indicó que responde únicamente por la emisión, liquidación, expedición, rendición pago o anulación de bonos pensionales a cargo de la Nación (expediente digital, archivo 28 fls. 1 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de mayo de 2022 (expediente digital, archivo 40), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones reclamadas en su contra por Jorge Humberto Sierra Ortiz.

SEGUNDO: No se estudió la demanda de reconvención, en atención a que se supeditaba a la prosperidad de la demanda principal.

TERCERO: Se CONDENA EN COSTAS a Jorge Humberto Sierra Ortiz, señalamos como agencias en derecho \$500.000 para cada una de las demandadas, que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

Sin Costas para la demanda de reconvención.

CUARTO: En caso no ser apelada la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá, para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante está pensionado desde el 30 de octubre del 2019, en modalidad de retiro programado sin negociación del bono pensional, por lo que no puede declararse la ineficacia deprecada, pues los actos desplegados por el demandante posteriores al traslado de régimen confirmaron su deseo de permanecer en el RAIS. De otro lado concluyó que el actor *puede acudir sin perjuicio de lo que hemos decidido al aparato jurisdiccional a fin de procurar la indemnización por los perjuicios causados por el traslado de régimen desinformado.*

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

El actor pretende la revocatoria de la sentencia al argumentar que pese al ser el demandante una persona profesional, también tenía el derecho de recibir información completa y comprensible al momento del traslado. Arguyó que la AFP no cumplió con su deber de ilustrarle al momento del traslado y este no surte efecto por haberse constituido un vicio del consentimiento y no puede entenderse acatado con la simple suscripción del formulario de vinculación. Señaló que se abocó a elegir una modalidad de pensión en el RAIS.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma*

eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor

o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados; empero, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la

prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.

En esta oportunidad la Alta Corporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

V. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que el accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Protección S.A. el 30 de octubre del 2017, con la modalidad de “*retiro programado*” (archivo 03, fl. 24).

Resulta pertinente señalar que dentro de los beneficios que prevé la pensión de retiro programado sin negociación del bono pensional, se encuentra **i)** el pago de la pensión de vejez; **ii)** el pago de la pensión de

sobrevivientes en caso de fallecimiento del afiliado; **iii)** excedente de libre disponibilidad, para eventualmente retirar el capital usado para financiar la pensión y **iv)** auxilio funerario.

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021, que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque la calidad de pensionado beneficiario de la pensión de retiro programado no puede obviarse, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre la demandante y la AFP Protección S.A., por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia del Órgano de cierre.

De otro lado, frente al pago de perjuicios que fueron solicitados en el libelo introductorio, el Juzgado determinó que debía adelantarse otro proceso y la parte demandante no manifestó inconformidad al respecto. En consecuencia, tal asunto escapa a la materia de apelación y no podrá entenderse configurada la cosa juzgada, pues el asunto no fue atendido o definido de fondo, en ninguna de las instancias.

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

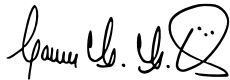
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de mayo de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

SEGUNDO: Sin costas en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



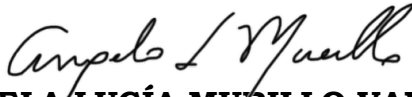
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2021 00536 01
DEMANDANTE: OFELMA AVELLANEDA CORANTI
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración. Asimismo, se disponga a las demandadas pagar los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de marzo de 1962 y cumplió 57 años el 17 de marzo del 2019. Refirió que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 31 de agosto de 1981. Para la entrada en

vigencia de la ley 100 se encontraba afiliada al régimen de prima media. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 20 de agosto de 1999. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional. Señaló que la AFP hizo una simulación pensional según la cual la mesada allí sería de \$1'279.000 entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$1'638.568. En la actualidad cuenta con 1.980 semanas cotizada. Indicó que solicitó a Colpensiones el retorno al régimen, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 10).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y su edad, la afiliación al ISS, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, señaló que la demandante no tenía ningún derecho consolidado o expectativa legítima y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 09 fls. 1 a 37).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época. Señaló que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre la reclamación presentada (expediente digital, documento 06 fls. 1 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de julio de 2022 (expediente digital, documento 13), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Ofelma Avellaneda Coranti, al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia, se ordena a dicho fondo, a. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que permaneció atada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a volver a afiliar a Ofelma Avellaneda Coranti al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Porvenir S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la Administradora de Pensiones Porvenir S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho \$1.000.000, que se incluye en la liquidación de costas, sin costas para Colpensiones.

QUINTO: En caso de no apelarse la decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que no hay elemento probatorio que permita inferir que la AFP brindó a la demandante información referente a las características, condiciones, situaciones o efectos de trasladarse de régimen pensional, por eso, es procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia por cuanto la ignorancia de las leyes no sirve de excusa y una vez se promulga una, se presume que es conocida por todos los habitantes. Advirtió que la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 del 2013, respecto de la ley 100 de 1993, estableció que el sistema de seguridad social integral comprende dos

regímenes solidarios excluyentes que coexisten y por tratarse de un sistema obligatorio y norma de orden público, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones están definidas por la norma, sin que las partes puedan pactar condiciones ajenas al precepto normativo. Alegó que el demandante debía conocer la ley y las características de cada régimen antes de trasladarse, además la falta de educación no es una excusa válida para no conocer la normatividad vigente y las implicaciones del traslado pensional.

Arguyó que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues estos fueron descontados por mandato legal como consecuencia de la buena administración que ha ejercido el fondo de la cuenta de ahorro individual que ha generado rendimientos. Señaló que estas sumas se causan en los dos regímenes, su traslado desconocería la labor del fondo y con ello se generaría un enriquecimiento injusto en cabeza de Colpensiones. Aunado a esto son susceptibles de prescribir porque no financian la prestación de vejez.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que no se dio aplicación al artículo y 271 de la ley 100 de 1993 y permaneció vinculada por más de 24 años al RAIS. La declaratoria de ineficacia del traslado contribuye a la descapitalización del sistema pensional según lo indicado en las sentencias C-1024 del 2004, SU-062 del 2010 y SU-130 del 2013, señaló que el traslado ordenado atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, dado que la entidad tendría que reconocer prestaciones a quien no ha contribuido al fondo común. Solicitó autorización para obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios causados, además pidió ordenar a la AFP Porvenir no descontar del traslado los seguros previsionales. Finalmente, rechazó la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió Instituto de Seguros Sociales el 1 de febrero de 1992 (expediente administrativo, archivo 07 fls. 21 a 22), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 1 de octubre de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 06, fl. 92).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado, año 1999, trabajaba en el área de cartera y gestionaba cobros de EPS por los servicios prestados a la Cruz Roja. Allí asesores de Porvenir se acercaron, hicieron una reunión y le informaron que el Seguro Social se iba a acabar, que los aportes en prima media se iban a perder, que en el fondo privado se pensionaría antes y con una mesada pensional más alta. Admitió que le informaron que la pensión se financiaría con los aportes realizados por ella, pero no le ilustraron sobre otras características del RAIS. También reconoció que la motivación de retornar a prima media es porque se siente engañada por el fondo privado al no cumplirse las expectativas prometidas al momento del traslado.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A. incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios,

diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos,

IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir e imputar a la historia laboral de la demandante los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó Colpensiones a pagar las costas del proceso.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

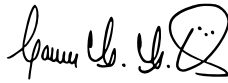
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como acertadamente concluyo el *a quo*.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



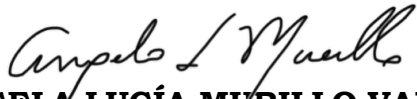
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto

035 2021 00536 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2020 00497 01
DEMANDANTE: CLEMENCIA SALAMANCA MARÍÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 8 de septiembre de 1999. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los valores que hubiese recibido, con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioro por la merma en el capital, incluso los gastos de administración en que hubiere incurrido a Colpensiones. A esta última a aceptar dichas sumas y aceptar la afiliación. Declarar que es beneficiaria del régimen de transición por contar con más de 35 años de edad al 1 de abril de 1994 y más de 750 semanas al 22 de julio de 2005. Así mismo ordenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de mayo de 2017,

incluidas las mesadas adicionales, incrementos legales e intereses moratorios desde la misma fecha, o en subsidio de los intereses, la indexación desde la exigibilidad de la obligación a la fecha efectiva de pago. Por último, condenar a las demandadas al pago de las costas. Subsidiariamente, solicitó dar aplicación a la sentencia C1024 de 2004, declarar que es beneficiaria del régimen de transición y reconocer la pensión de vejez.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de diciembre de 1956. Cotizó al ISS más de 750 semanas desde 1985 hasta junio de 2005. En 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que los promotores del fondo privado indicaron que el ISS se iba terminar, por lo que la mejor opción era trasladarse, pero no le explicaron las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco le realizaron proyecciones comparativas que le permitiera evidenciarlas.

Informó que regresó a prima media en el periodo de gracia previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y realizó cotizaciones a partir de noviembre de esta anualidad al ISS; sin embargo, en el año 2014, de manera arbitrara e inconsulta como si se trata de un conflicto de múltiple vinculación Colpensiones y Porvenir ordenaron el envío de sus cotizaciones a la AFP, aun cuando no suscribió formulario de regreso al fondo, por tanto este movimiento resulta ineficaz.

Indicó que el 26 de diciembre de 2011, alcanzó la edad para acceder a la pensión de vejez, la que solicitó a Colpensiones el 18 de diciembre de 2014, pero la entidad no contestó, por el contrario envió sus aportes a la AFP. Manifestó que su mesada pensional en el RAIS correspondería a la suma de \$781.242, entre tanto, en el RPM ascendería a \$2.789.079, conforme su IBL de los últimos 10 años. Indicó haberle solicitado a Colpensiones copia del formulario de afiliación sin obtener respuesta (expediente digital, archivo 01 fls. 7 a 14).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento, que para el momento del traslado de régimen le

faltaban 12 años 3 meses para alcanzar los 55 años de edad y pensionarse como beneficiaria del régimen de transición, la solicitud del reconocimiento y pago de la pensión de vejez y la reclamación de retorno a RPM y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado tiene plena validez pues se efectuó conforme mandato legal. Señaló que la demandante está incurso en una prohibición de retornar a prima media en razón a la edad, además que no se demostró que se encontrara frente a una expectativa legítima. Señaló que al trasladarse de régimen, perdió la calidad de beneficiaria del régimen de transición (expediente digital, documento 08, fls. 2 a 19).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos. Además de haber ratificado su intención de permanencia en el RAIS con el pago de aportes mensuales por más de 25 años (expediente digital, documento 17 fls. 2 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de junio de 2022 (expediente digital, documento 25), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR válida la afiliación de la demandante señora Clemencia Salamanca Mariño al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A., a transferir con destino a la Administradora

Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros que se hubieren causado, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante señora Clemencia Salamanca Mariño, pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir con los requisitos de causación de la aludida norma; para tal efecto, deberá calcularse por la demandada el ingreso base de liquidación del valor de la mesada pensional conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, actualizado al 18 de diciembre de 2014, y en adelante deberá aplicar los incrementos legales en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993. Al ingreso base de liquidación que se obtenga se deberá aplicar como tasa de reemplazo el 90%, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante señora Clemencia Salamanca Mariño el valor del retroactivo pensional que se cause del 29 de octubre de 2017, en adelante, hasta que se realice el pago de la obligación con la inclusión a nómina de pensionados. Valor que deberá ser reconocido con los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, calculado desde su fecha de causación hasta que se realice el pago efectivo de la obligación. Se autoriza a la entidad para que le realice del retroactivo el descuento que corresponda a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS a cargo de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones a favor de la demandante, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV.

SÉPTIMO: Se ordena surtir el grado jurisdiccional de consulta, para tal efecto se ordena remitir el presente proceso ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este distrito judicial.

Como sustento de su decisión, señaló que lo procedente en este asunto es resolver a la luz de la múltivinculación y no de la ineficacia de la afiliación, pues la demandante estando dentro del término de gracia retornó a prima media y no puede desconocerse tal manifestación de voluntad en aplicación del principio de seguridad jurídica, en adición la actora realizó cotizaciones hasta 2014, por tanto ha de tenerse como válidamente vinculada a prima media, en aplicación de las normas propias que sirven de base para resolver los conflictos de múltiple vinculación. De otra parte, encontró que la actora es beneficiaria del régimen de transición el cual mantuvo en razón al número de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 y acredita los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la prestación de vejez con las consecuencias que la ley señaló, esto es, conservando la calidad de beneficiaria del régimen de transición.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La demandante manifestó que, si bien fue favorable la sentencia, lo procedente es declarar la ineficacia del traslado inicial, pues de lo contrario por haberse trasladado la actora al régimen de ahorro individual, perdería la calidad de beneficiaria del régimen de transición y ante las alegaciones de las demandadas eventualmente se modificaría el reconocimiento de la pensión para ser otorgada, pero al amparo de la Ley 797 de 2003, la actora es beneficiaria del régimen de transición.

Por su parte Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que el despacho se circunscribió a resolver una presunta multi vinculación que no fue demostrada, pues en la historia laboral de Colpensiones no aparecen los aportes efectuados durante el año 2003, época en la que se alega que se trasladó al RPM conforme el periodo de gracia establecido en la Ley 797 de 2003. Indicó que la actora reafirmó su intención de permanencia en RAIS al no manifestar algún tipo de inconformidad y continuar con sus aportes y cotizaciones. Adujo que no está llamada a responder por la prestación pensional, pues quien debe pagarla es Porvenir S.A. Argumentó que, no procede el pago de intereses moratorios pues la pensión no fue reconocida en atención a que la demandante no estaba vinculada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la demandante, esto bajo el entendido que si bien

regresó al régimen de prima media con prestación definida en virtud del periodo de gracia concedido por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ello no implicó que recuperara automáticamente el régimen de transición, pues la disposición solo se refiere claramente a una garantía frente al traslado entre regímenes para quienes les faltaba menos de 10 años para consolidar el derecho pensional y no hace siquiera alusión a la transición.

Así pues, a juicio de esta Sala, como quiera que la demandante persigue de manera principal el reconocimiento de la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, como beneficiaria del régimen de transición, no es dable analizar la eficacia del acto que dirimió el conflicto de múltiple vinculación o de aquel mediante al cual aduce retornó a RPM en 2003, sino del acto inicial de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pues tan solo en este evento podría la Sala entrar a verificar su calidad de beneficiaria del régimen de transición. Importa destacar aquí que si bien el grado de consulta se surte en favor de la entidad, es dable abordar el análisis anunciado como quiera que así lo solicitó la parte demandante al apelar.

Pues bien, para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

La actora se afilió Instituto de Seguros Sociales el 25 de febrero de 1985 (expediente digital, documento 01, fls. 18 a 21), de conformidad con copia de la cédula de ciudadanía nació el 26 de diciembre de 1956, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y acreditaba 279.5 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Documento 01 fls. 21 a 27), por lo cual la actora era beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad. Migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 8 de septiembre de 1999, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, documento 17, fl. 91), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO DE FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES LA ESCOGENCIA AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. HABIENDO SIDO ASESORADO SOBRE TODOS LOS ASPECTOS DE ÉSTE PARTICULARMENTE DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN BONOS PENSIONALES Y LAS IMPLICACIONES DE MI DECISIÓN. ASÍ MISMO HE SELECCIONADO A PORVENIR PARA QUE SEA LA ÚNICA QUE ADMINISTRE MIS APORTES

PENSIONALES. TAMBIÉN DECLARÓ QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS IGUALMENTE DECLARÓ QUE HE SIDO INFORMADO DEL DERECHO QUE ME ASISTE DE RETRACTARME DENTRO DE LOS 5 DÍAS HÁBILES SIGUIENTES A LA FECHA DE LA PRESENTE SOLICITUD.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado laboraba como docente y rectora de un Colegio. Indicó que en una reunión, asesores del fondo le dijeron que el ISS se iba acabar, como quebraron los bancos, por ello, debía aprovechar la oportunidad para cambiarse ya que había más seguridad de obtener una pensión. Refirió que recursos humanos fue quien diligenció el formulario de afiliación y ella solo lo firmó. Afirmó que cuando se acercó a indagar sobre su pensión encontró lamentable la diferencia en el monto de mesada, pues en el RAIS apenas sería de un salario mínimo y esto la motivó a solicitar el retorno a prima media. Adujo haberse trasladado a Colpensiones en el 2003 porque no estaba conforme en el RAIS y continuar cotizando a partir de esa data a prima media y ver reflejadas las semanas cotizadas. Admitió haber intentado obtener el reconocimiento pensional en los dos regímenes.

A solicitud de la accionante fue decretado y escuchado el testimonio de María Teresa Salamanca Mariño, quien manifestó ser hermana de la actora y compañera de trabajo para la época del traslado. Señaló que asesores del fondo llegaron al lugar de su trabajo diciendo que el ISS se iba acabar por lo que era importante que se cambiaran, por recomendación de su hermana se trasladó. Refirió que para el año 2003 retornaron al RPM porque consideraron que era la mejor opción y que ya no se acabaría.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Pensión de vejez

De otro lado, como quiera que el demandante nació el 26 de diciembre de 1956 (expediente digital, carpeta 08), alcanzó los 57 años de edad el 26 de diciembre de 2013, y cuenta con más de 1.203 semanas cotizadas, según se colige del contenido de folios 96 a 121, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tal como acertadamente concluyó el *a quo*. En cuanto a la fecha de disfrute será al día siguiente a su última cotización al sistema general de pensiones.

La mesada se liquidará conforme lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y al ingreso base de liquidación que se obtenga se deberá aplicar la tasa de reemplazo que corresponda al número de semanas cotizadas.]en

este punto se modificará la sentencia de primera instancia, pues no es viable determinar el IBL al amparo del artículo 21 de la ley de seguridad social, pues a la entrada en vigencia de la misma a la accionante le hacían falta más de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Colpensiones solo estará obligada a reconocer y pagar la prestación una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades, así como los gastos de administración y las comisiones. Además, se declarará que esta entidad bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De otra parte, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994, del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago. De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios valor que deberá ser reconocido conforme el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, calculado desde su fecha de causación hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

Ahora, ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que es factible exonerar de tal condena por intereses moratorios cuando existe «*controversia legítima entre potenciales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes*» (CSJ SL14528-2014); o cuando la pensión se niega con fundamento «*en el ordenamiento legal vigente al momento en que se surtió la reclamación y, posteriormente, se reconoce la pensión en sede judicial con base en criterios de origen jurisprudencial*» (CJS SL508-2020).

En la última hipótesis se enmarca el caso bajo estudio, dado que la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen deviene del criterio jurisprudencial sentado por el Órgano de cierre ampliamente expuesto en la parte general de las consideraciones. En consecuencia, Colpensiones debe ser absuelta de pagar los deprecados intereses, por lo que la sentencia será modificada en este punto.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de junio de 2022, que quedará del siguiente tenor: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad del 8 de septiembre de 1999 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros

previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la decisión analizada en el sentido de CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante señora Clemencia Salamanca Mariño, pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y cumplir con los requisitos de causación de la aludida norma; para tal efecto, deberá calcularse el ingreso base de conforme lo dispone el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y aplicar la tasa de reemplazo prevista en el Decreto 758 de 1990 que corresponda conforme al número de semanas cotizadas. El disfrute de la pensión iniciará al día siguiente en que se haya efectuado la última cotización al sistema general de pensiones y Colpensiones solo estará obligada a pagar la prestación una vez reciba el traslado de recursos en los términos definidos en el numeral segundo de esta sentencia.

CUARTO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia analizada en el sentido de CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la demandante señora Clemencia Salamanca Mariño el valor del retroactivo pensional que se cause a partir del día siguiente a la última cotización y, en adelante, hasta que se verifique la inclusión a nómina de pensionados. Se autoriza a la entidad para que le realice del retroactivo el descuento que corresponda a los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud.

QUINTO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia del *a quo* en cuanto condenó a Colpensiones a pagar intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

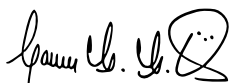
SEXTO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación

pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

SÉPTIMO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

OCTAVO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2017 00674 01
DEMANDANTE: MARÍA ERLINDA ESCOBAR ÁLVAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2021. También, el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle pensión de vejez, junto con los intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de noviembre de 1952, es beneficiaria del régimen de transición pues para el 1 de abril de 1994 contaba con 41 años de edad. Refirió que el 11 de marzo de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. En respuesta, mediante Resolución GNR 213018 del 26 de julio de 2015, Colpensiones negó la prestación y argumentó que no acreditaba el mínimo de semanas. La decisión fue confirmada por los actos Administrativos GNR 388728 del 1 de diciembre de 2015 y VPB 28272 del 7 de julio de 2016.

Señaló que actualmente su historia laboral refleja 1.131 semanas, pero ello obedece a las varias inconsistencias que presenta que no han sido corregidas por la entidad, pese a que se elevó la primera de varias

solicitudes el 14 de septiembre de 2016, en las que fueron especificadas cada una de ellas (fls 7 a 22).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la petición de reconocimiento pensional y los actos administrativos emitidos con los cuales se dio respuesta, las peticiones de corrección de historia laboral, la revocatoria directa solicitada. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y buena fe. En defensa de sus intereses expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues al 25 de julio de 2005 no contaba con 750 semanas cotizadas. En consecuencia, no es posible reconocerle la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990 (fls 74 a 80).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora María Erlinda Escobar Álvarez, tiene derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante María Erlinda Escobar Álvarez, a partir del 1 de febrero de 2018, en cuantía de un salario mínimo legal mensual y por 13 mesadas al año.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a pagar a la demandante María Erlinda Escobar Álvarez, la suma de \$38.820.059, por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1 de febrero de 2018 al 31 de agosto de 2021; no obstante lo anterior, se autoriza a Colpensiones para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a pagar únicamente intereses moratorios sobre las sumas adeudas, a partir del 1 de marzo de 2018 y hasta cuando se realice su pago efectivo.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el inciso 3 del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

SÉPTIMO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva de la sentencia.

En lo fundamental señaló que en razón de la edad la actora es beneficiaria del régimen de transición, que como quiera que cuenta 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, el beneficio se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, data para la cual acreditaba los requisitos para acceder a la pensión, la cual puede disfrutar a partir del día siguiente a aquel en que realizó la última cotización. En el conteo de semana tomó en consideración los periodos en mora con el empleador Maderas Dismacor

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada imploró revocar la decisión al argumentar que la accionante no acredita los requisitos mínimos para el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del decreto 758 de 1990, pues no es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, ya que no acreditaba 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Señaló que la demandante cotizó hasta enero de 2018, luego la pensión no puede ser reconocida en la fecha ordenada, pues para ese momento no estaba desvinculada del sistema. Alegó que la entidad ha actuado con apego a la ley lo que puede corroborarse con el contenido de los distintos actos administrativos

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la promotora del juicio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley

100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Se observa que la demandante a 1 de abril de 1994 contaba 41 años, dado que nació el 25 de noviembre de 1952 (fl. 23). De conformidad con el reporte de Colpensiones (fl. 24 a 28), para el 1º de abril de 1994, María Erlinda Escobar Álvarez contaba 551.29 semanas cotizadas; de suerte que en razón a la edad es beneficiaria de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, la accionante cumplió 55 años el 25 de noviembre de 2007, sin embargo alcanzó a cotizar 1.000 semanas, con posterioridad al 31 de julio de 2010, (Plazo fijado por el Acto Legislativo). De conformidad con lo anterior, el requisito de cotizaciones a la entrada en

vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por la demandante para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición.

Pues bien, realizadas las validaciones correspondientes se determinó, que para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la accionante acredita apenas 747.43 semanas cotizadas, por lo que en manera alguna puede declararse que es beneficiaria del régimen de transición y concederle la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Conviene recordar que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el asunto de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y de manera concreta se enlistan los periodos entre los cuales la actora prestó servicios a los diferentes empleadores, los que al ser analizados resultan iguales a los contenidos en el reporte allegado por Colpensiones, con excepción de la relación con el empleador Luis Eduardo Vargas Cobos, respecto de la cual indica inició el 19 de diciembre de 1994 y finalizó el 31 de octubre de 1998.

Pues bien, de conformidad con el certificado emitido por Luis Eduardo Vargas Cobos – Maderas Dismacolor el 20 de agosto de 2016, la demandante le prestó servicios desde el 19 de diciembre de 1994 hasta el 11 de noviembre de 1998 (fl. 45); no obstante, el empleador reportó la novedad de ingreso de la trabajadora hasta enero de 1995 (fl.63), efectuó el primer pago para este mismo mes a razón de 13 días, es decir que el empleador comunicó mediante la planilla que el vínculo inició el 17 de enero de 1995 (fl. 59) y esta fue la fecha que tomó la Sala como extremo inicial del vínculo. En cuanto al extremo final, la fecha certificada, 11 de noviembre de 1998, corresponde a la indicada en la planilla de pago del

periodo noviembre de 2011, en la cual se anunció el retiro de la trabajadora.

Así las cosas, no es posible a efectos de computar el número de semanas cotizadas tomar el periodo comprendido entre el 19 de diciembre de 1994 y el 16 de enero de 1995, pues el empleador no reportó el inicio de la relación laboral y en consecuencia Colpensiones no estaba llamada a desplegar acción de cobro alguna.

Importa destacar, que estas cotizaciones podrían cubrirse con el cálculo actuarial a cargo del empleador que omitió informar oportunamente el inicio de la relación y hacer la cotización correspondiente; empero tal asunto no es materia de este proceso y en todo caso el empleador no fue vinculado, lo que impide impartir condena alguna en su contra aun tratándose de un derecho mínimo e irrenunciable de la trabajadora. A más porque Colpensiones en tratándose de pensiones financiadas con cálculo actuarial solamente esta obligada a reconocer y pagar la pensión cuando recibe a satisfacción el pago correspondiente.

Así las cosas, resulta evidente que la parte demandante no cumplió con el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, pues no demostró los hechos en que fundó sus pretensiones, dado que pese a solicitar una pensión de vejez como beneficiaria del régimen de transición, no acreditó el requisito de semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, para que el beneficio se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

Ahora, como quiera que la accionante no cuenta con 1.300 semanas cotizadas, tampoco es posible otorgar la pensión al amparo de la Ley 797 de 2003. En consecuencia la sentencia de primera instancia debe ser revocada para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la instancia. Las de primera estarán a cargo de la demandante.

VI. DECISIÓN

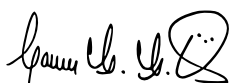
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación. Las de primera estarán a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MYRILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2018 00660 02
DEMANDANTE: JAMES BEJARANO VILLAMIZAR
DEMANDADO: AGUAS DE BOGOTÁ E.S.P.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que ordene el reintegro definitivo al puesto de trabajo que venía desempeñando o a otro de igual o mejor categoría. En consecuencia, se condene a la demandada o quien haga sus veces a pagarle indemnización de 180 días prevista en la ley, con ocasión del despido sin previa autorización del Ministerio de Trabajo, junto con los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 19 de diciembre de 2012, suscribió contrato a término fijo con la demandada, para desempeñarse como operario de barrido, luego la modalidad pasó a obra o labor. Adujo que la empresa no se presentó a licitar para la adjudicación de una de las zonas de aseo en la ciudad de Bogotá, lo que provocó que fuera despedido el 11 de febrero de 2018, junto con otros casi 3.200 trabajadores, muchos de los cuales son madres cabeza de familia, desplazados o personas con problemas de salud.

Refirió que el 19 de noviembre de 2013, sufrió accidente laboral en una rodilla, el 6 de mayo de 2015, en el hombro izquierdo del cual fue operado el 31 de marzo de 2017 en la Clínica Palermo. Luego el 23 de febrero de 2016, sufrió otro accidente, esta vez en el hombro derecho, en virtud del cual fue intervenido quirúrgicamente el 16 de julio de 2016 en la misma clínica. Debido a sus problemas de salud ha sido incapacitado en diferentes oportunidades, le **has** sido practicadas terapias. Indicó que radicó queja ante el Ministerio del Trabajo y en la demandada para poner en conocimiento su estado de salud debido a los múltiples accidentes.

Señaló que interpuso acción de tutela, mediante la cual se ampararon sus derechos a la estabilidad laboral por discapacidad por el Juzgado Séptimo Municipal de Pequeñas causas Laborales el 24 de julio de 2018, decisión que en segunda instancia fue confirmado por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de octubre de 2018. Informó que fue reintegrado al cargo el 24 de agosto de 2018. A la fecha continua en terapias para su recuperación y sus accidentes aun no han sido calificados para determinar la pérdida de capacidad laboral (fls 2 a 5 y 123 y 124 subsanación).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que el actor presto servicios primero mediante contrato a término fijo y luego mediante contrato por obra o labor determinada, que el demandante interpuso acción de tutela y las decisiones emitidas, también que el trabajador fue reintegrado. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa y las de mérito que denominó: improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que el demandante desde la suscripción del contrato conocía cual sería la duración de la obra, esta que finalizó el 11 de febrero de 2018 y así se constituyó la causa legal de terminación del vínculo, en esos orden de ideas no puede considerarse que la desvinculación fue discriminatoria. (fls.131 a 143).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la demandada, existió un contrato de trabajo de trabajo a término fijo inferior a un año del 19 de diciembre de 2012 hasta el 18 de junio de 2013, y del 19 de junio de 2013 hasta 11 de febrero de 2018, en un contrato de trabajo por modalidad de duración de obra o labor.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito denominadas "improcedencia del reintegro laboral e inexistencia del derecho reclamado", propuestas por la parte demandada y, relevarse de las demás excepciones. Respecto de la excepción de cobro de lo no debido, se ordena al demandante devolver el valor que la demandada acreditó en el presente proceso, haber cancelado al accionante por concepto de salarios y acreencias laborales, dadas las resultas de este proceso.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada Aguas de Bogotá S.A. ESP, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda impetradas por el demandante, de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de la sentencia.

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con el inciso tercero, artículo 69 del Código Procedimiento del Trabajo y Seguridad Social, en caso de no ser apelada esta decisión y por haber sido totalmente desfavorable al actor.

En lo fundamental indicó que para la época del despido el actor no era sujeto de estabilidad laboral reforzada en razón a alguna condición especial de salud que le impidiera ejecutar sus funciones, tampoco estaba calificada pérdida de capacidad laboral alguna, por el contrario la ARL informó que para la época podía ejecutar sus funciones sin restricción alguna, por ello la empleadora no estaba obligada a solicitar autorización al ministerio de Trabajo para terminar el contrato de trabajo, por tanto no procede el reintegro deprecado. En adición y dando alcance a las excepciones condenó al demandante a devolver las sumas de dinero que la demandada le canceló

III. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante imploró revocar la decisión al argumentar que el actor es beneficiario de estabilidad laboral reforzada en atención a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Informó que aún se encuentra en terapias y padece fuertes dolores. Señaló que el Juzgado extrañó la calificación de la pérdida de capacidad laboral, no obstante, se negó la práctica del dictamen pericial, lo que se constituye en grave violación a los derechos del trabajador. Alegó que probada la enfermedad que padece el actor el despido debe presumirse discriminatorio. Señaló que el Juzgado atendiendo al estado de debilidad del actor debió decretar de oficio la práctica de pruebas, para atender las pretensiones de la demanda.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda el estudio del recurso para definir para el momento en que terminó el contrato de trabajo el actor era sujeto de estabilidad laboral reforzada y si en consecuencia debe ordenarse su reintegro de forma definitiva.

Es verdad probada que las partes estuvieron vinculadas mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 19 de diciembre de 2012 hasta el 18 de junio de 2013, y por uno por duración de la obra o labor desde el 19 de junio de 2013 hasta 11 de febrero de 2018, pues así fue declarado por el Juzgado y no controvertido en esta instancia. Igualmente, está demostrado que mediante fallo de tutela del 24 de julio de 2018 el Juzgado Séptimo Laboral de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá amparó los derechos fundamentales del actor a la estabilidad laboral reforzada, trabajo, mínimo vital, seguridad social, y a la vida, en consecuencia, dejó sin efectos la terminación de la relación laboral del 11 de julio de 2018 y ordenó su reintegro de forma transitoria al puesto de trabajo que desempeñaba, el pago de salarios, aportes a seguridad social e indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (fls. 98 108), Decisión esta confirmada por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en decisión del 3 de octubre de 2018 (fls 111 a 115)

Estabilidad laboral reforzada

Se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la “*Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*”, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.

3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se verifica que el demandante aportó comunicación emitida por Salud Coop dirigida a Mapfre Colombia Vida Seguros en la que le informa que se determinó como de origen laboral el diagnóstico contusión en rodilla derecha acaecido con acción de accidente ocurrido el 13 de noviembre de 2013 (fl 13). Igualmente aportó historia clínica así

Fecha	Diagnóstico	Incapacidad	Folio
06/05/2015	Consulta por accidente de trabajo consistente en caída de su propia altura. Lesión del nervio axial y dolor en el hombro contracción del deltoides y abducción y flexión anterior del hombro débil. Paciente no se beneficia de manejo quirúrgico	3 días	34 a 36 y 41, 42, 64
23/02/2016	Incapacidad del 23/02/2016 al 13/03/2016	20 días	68
15/03/2016	Incapacidad del 15/03/2016 al 29/03/2016	15 días	69
08/04/2016	Refiere que estaba recogiendo basura y levantando una bolsa con grasa se resbaló y haló a los compañeros que se deslizaron porque el piso estaba grasoso y ello le cayeron encima golpeándolo en el hombro derecho. Diagnóstico luxación de hombro derecho		
04/05/2016	Documento incompleto. No muestra diagnóstico, solamente motivo de consulta		47
05/06/2016	Exámenes clínicos		27
15/06/2016	Consulta prequirúrgica pre anestésica. Luxación de la articulación del hombro		46, 48 y 49
16/07/2016	Control consulta externa de ortopedia cirugía de hombro para el 25 de julio		51, 52, 55 y 56
25/07/2016	Cita de control se remite terapia física	15 días	54
07/12/2016	Paciente intervenido el 16 de julio de 2016, consulta control por fisioterapia		63
13/01/2017	Control. Se ordena electromiografía en 3 meses		17 y 18
21/03/2017	Luxación de la articulación del hombro		26
24/03/2017	artroscopia de hombro izquierdo.	30 días	22 y 28 a

	Programado para cirugía incapacidad del 24/03/2017 al 22/04/2017		31, 66
07/04/2017	Cita ortopedia incapacidad del 23/04/2017 al 22/05/2017	30 días	65
19/05/2017	Incapacidad del 23/05/2017 al 21/06/2017	30 días	25, 67
21/11/2017	Se ordena control por fisioterapia, medicina especializada ortopedia		28
12/01/2018	Documento incompleto. No muestra diagnóstico, solamente motivo de consulta		19
23/02/2018	Documento incompleto. No muestra diagnóstico, solamente motivo de consulta		20

También aportó historia clínica correspondiente a fisioterapia que le fueron practicadas en 2016 y 2017 (fls 70 a 88), recomendaciones laborales emitidas por Mapfre Colombia el 21 de noviembre de 2017 (fl. 90), por el término de tres meses consistentes en:

Durante sus labores se debe procurar mantener los hombros dentro de los ángulos de confort (elevación entre 0 y 42 grados).
Realizar labores con manos con requerimientos leves de fuerza
Evitar realizar labores con exposición frecuente a vibración en manos
Manipulación de cargas si adecuadas ayudas mecánicas de manera bimanual hasta 06 kg
Asistir a controles médico programados
Puede realizar actividades manuales
Se recomienda la realización de pausas cada hora por 5 minutos para la realización de los ejercicios recomendados.
Asistir a controles médicos en ARL

Vista a folio 92, obra comunicación adiada del 3 de enero de 2018 mediante la cual Mapfre Colombia informa a la demandada: *después de realizar seguimiento al accidente de trabajo sufrido el día **2/23/2016**, por el área de Medicina Laboral nos permitimos informar que la lesión se encuentra resuelta, sin consecuencias derivadas del accidente de trabajo reportado; y analizados los requerimientos del cargo desempeñado por usted, puede realizar sus labores habituales sin restricciones.* Informa además que dar por cerrado el caso sin secuelas.

La demandada por su parte, allegó formulario de dictamen para determinación de origen de accidente sufrido por el actor el 13 de noviembre de 2013, consistente en que se resbaló y se golpeó la rodilla derecha (fls. 161 y 162). Informe de accidente de trabajo ocurrido el 9 de

mayo de 2014, en el que se describe que el actor en ejecución de sus funciones al levantar una bolsa de residuos se pincha con una jeringa contenida en la misma, que fue remitido a la Clínica de Occidente para valoración y allí le prescribieron 3 días de incapacidad (fls. 157), aportó igualmente incapacidad generada del 9 al 11 de junio de 2014, por enfermedad general (fl 158),

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido el actor sufrió una serie de accidentes de trabajo que le merecieron intervenciones quirúrgicas, tratamiento por fisioterapia y la prescripción de incapacidades médicas, la última de ellas, para junio de 2017, es decir 6 meses antes de la terminación del contrato para esta data 11 de febrero de 2018, no presentaba alguna condición de salud que le impidiera ejecutar las labores a su cargo, pues nada distinto se demostró enjuicio.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido el accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo. Es más, la ARL un mes antes de la terminación del vínculo informó a la empleadora que la lesión que padecía el actor estaba resuelta y sin consecuencia derivadas del accidente. En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda, por lo que se confirma el fallo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

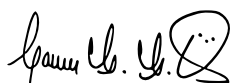
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de septiembre de 2021.

SEGUNDO No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 02 2019 00781 01
DEMANDANTE: PATRICIA PARDO PARDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene al fondo a devolver al RPM todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir dichos aportes. De manera subsidiaria solicitó condenar a Colfondos a registrar en su sistema de información como *nula* la afiliación y ordenar las demás pretensiones principales. Así mismo, se disponga a las demandadas pagar las demás acciones, o valores de carácter ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de enero de 1955. Se afilió al régimen de prima media a través de Cajanal realizó aportes desde el 21 de septiembre de 1989 hasta 1992, posteriormente cotizó desde el 12 de enero de 1994 a la Caja de Previsión Social de Bogotá y desde el 1 de enero de 1996 cotizó al ISS hasta el 2012 y finalmente a Colpensiones hasta el 2014. Arguyó que ha cotizado 1.241 semanas a prima media. Señaló que, mediante comunicación de la Contraloría de Bogotá, entidad en la que labora actualmente le informaron que todos sus aportes a pensión serían trasladados a Colfondos a partir del 1 de agosto de 2014, para esa fecha la accionante tenía 60 años. Refirió que el 16 de junio de 2015 su empleador emitió certificación de aportes a pensión. Señaló que el 3 de agosto de 2015, solicitó a la AFP copia del formulario de afiliación y puso de presente que no había firmado, ni consentido su traslado de régimen. En respuesta la AFP, entregó copia del formulario de afiliación firmado. Dijo que informó al Director de Talento Humano la situación, y este respondió procedió a requerir al fondo, que al responder le puso de presente que el traslado de régimen se había efectuado en 1994.

Refirió que no recibió asesoría privado sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, así mismo que no le fue entregada comunicación alguna que informara la vinculación. Señaló que según proyección que contrató de manera particular, el valor de la mesada pensional en Colpensiones sería de \$3'765.736. Adujó que solicitó a la AFP revisar la autenticidad de la firma del formulario, pero no obtuvo respuesta. Señaló que perito grafólogo contratado particularmente, estudió de la firma del formulario en virtud del cual no se encontró *uniprocedencia manuscrita* entre su rúbrica y la del instrumento de vinculación. Refirió que puso en conocimiento del fondo el peritaje y esta la invitó a poner el caso en consideración de la Fiscalía General de la Nación. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media, el cual fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 17).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la data de nacimiento de la demandante, las solicitudes elevadas y sus respuestas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de

legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley para el momento en que se concretó el traslado (expediente digital, archivo 06, fls. 4 a 21).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió el natalicio de la actora y su edad al 1 de abril de 1994, los aportes realizados al régimen de prima media, las semanas cotizadas y la respuesta a la reclamación administrativa. Manifestó que los hechos restantes no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 de Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que la accionante no puede retornar a prima media pues está incurso en una prohibición legal en razón de la edad, no ejerció el derecho de retracto, no es beneficiaria del régimen de transición, ni cumple los requisitos para regresar en cualquier tiempo si condicionamiento (expediente digital, archivo 08 fls. 25 a 72).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 23), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora Patricia Pardo Pardo identificada con cédula de ciudadanía 28.478.816 a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 30 de septiembre de 1994 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como

cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, esto es los rendimientos financieros causados, gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora sin lugar a descuento alguno o a deterioro sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante el 21 de septiembre de 1989, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a Colfondos S.A., dentro de las que deberá incluir por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la demandante al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclama revocar la sentencia bajo el argumento que no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la ineficacia del traslado de régimen, a pesar de que la demandante señaló no haber suscrito, ni firmado el formulario y que hasta el 2015 que se enteró que había sido trasladada. Dijo que a pesar de haber solicitado prueba de grafología, lo cierto es que no instauró denuncia, por lo cual dicho acto es legal, pues no se probó que la rúbrica haya sido falsificada. Señaló que la demandante está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad, no es beneficiaria del régimen de transición. Solicitó autorización para obtener por vías judiciales el valor de los perjuicios causados.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen

de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 12 de febrero de 1996 (expediente administrativo, carpeta 01). Migró al RAIS, administrado por Colfondos S.A. el 30 de septiembre de 1994, según consta en formulario de vinculación (expediente digital, archivo 02 fl. 111), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA REALIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver el interrogatorio de parte, la demandante señaló de forma reiterativa que no firmó el formulario de afiliación a Colfondos, que solamente se enteró del cambio en el 2015, a través de su empleador. Aseguró que no recibió asesoría sobre las características del RAIS. Refirió que en el 2019 presentó la demanda y contrató a un grafólogo para el estudio de la firma del formulario y este estudio arrojó como resultado que no había concordancia. Así mismo indicó que no realizó denuncia penal por la supuesta falsificación de su firma, porque no estaba segura de que esa fuese o no su firma. Señaló que desde 2016, recibió extractos por parte de Colfondos. Admitió que el motivo por el cual quiere retornar al régimen de prima media es porque cumple con los requisitos exigidos por el régimen de transición para acceder a la pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021) y en el caso de marras, ni siquiera se satisface esta condición, pues el formulario aportado no está completo y la demandante niega su suscripción.

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los

rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

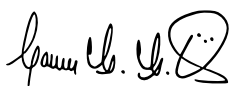
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2022 que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



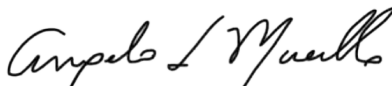
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaración de voto

002 2019 00781 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2021 00364 01
DEMANDANTE: CARMEN CECILIA CAÑÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil Cuatro (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, los aportes de la cuenta individual, junto con los rendimientos. A Colpensiones a recibir la afiliación y actualizar la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS. Así mismo, a las demandadas a reconocer lo demás derecho a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 11 de mayo de 1984. Se trasladó al RAIS a través de la

AFP Porvenir S.A. el 1 de octubre de 1995 y hasta la fecha. Adujo que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre los requisitos, características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas. Finalmente, que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 28).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa, que el traslado se realizó libre de presiones o engaños y la voluntad de la actora se ve reflejada en la suscripción del formulario (expediente digital, documento 05 fls. 2 a 31).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la afiliación al régimen de prima media, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan. Formuló las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *«inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)» «imposibilidad volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado»*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo debido, falta de casusa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el demandante no acreditó los supuestos legales para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado, además permaneció afiliada por más de 20 años en el RAIS (expediente digital, archivo 06 fls. 2 a 17).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2022 (expediente digital, documento 17), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de Carmen Cecilia Cañón a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., suscrita el 1 de octubre del 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a dicha administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Porvenir S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de ½ salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá -Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones S.A. apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que el acto jurídico del traslado es válido y eficaz, porque no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento. Sostuvo que el formulario

de afiliación era el único documento exigido para la época del traslado y no es posible exigir que se acrediten requisitos incorporados al ordenamiento jurídico con posterioridad. Refirió que la demandante faltó a sus deberes como consumidor financiero y que el desconocimiento de la ley no exime de responsabilidad. De otra parte, rechazó la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, mantuvieron cubierto al actor frente a las contingencias de invalidez y muerte, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta individual, los que adicionalmente se ordena retornar. Señaló que estos recursos no integran el capital con el que se financiará la pensión por ello son susceptibles de prescribir. De igual manera menciono que el ordenar estos traslados configura un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. En caso de confirmarse la decisión solicitó se aplique la figura de la compensación de estos dineros.

Por su parte, Colpensiones solicitó revocar la decisión al señalar que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la AFP y son estos los llamados a soportar los efectos jurídicos. Adujo que con la sentencia se afecta el equilibrio financiero pues el régimen de prima media tendrá que recibir como afiliada a la demandante quien no ha efectuado cotizaciones al fondo común.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de

seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 11 de mayo de 1984 (expediente administrativo). Migró al RAIS, administrado por Horizonte el 1 de octubre de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 05 fl. 82), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a Porvenir, a partir del 1 de enero de 2014 y en adelante (expediente digital, archivo 05 fl. 78).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1995, a su lugar de trabajo, llegó una promotora de Horizonte y le informó que era una empresa del grupo económico, muy fuerte y que la iba a trasladar a Horizonte por ser empleada del Banco Ganadero, posteriormente diligenció los datos personales del formulario y lo firmó. Refirió que no le informaron sobre las características de cada régimen al momento del traslado, tampoco le realizaron proyección de la mesada. Señaló que no conocía los requisitos exigidos para pensionarse en prima media. Señaló que se acercó a la AFP y allí le informaron que su mesada sería de un salario mínimo y esto la motivó a tramitar el retorno a Colpensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que

le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como

los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), por tanto la sentencia será confirmada.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2022.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



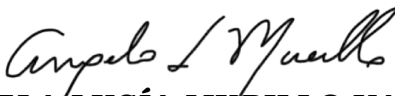
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 09 2019 00864 01
DEMANDANTE: CARMEN ZENAIDA MEDINA MORA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de julio de 2021. Igualmente, se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de octubre de 1977 hasta el 9 de noviembre de 1977 y desde el 10 de noviembre de 1977 al 27 de junio de 1999. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de jubilación convencional por cumplir los requisitos establecidos en la convención colectiva de trabajo suscrita la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y el Sindicato de Trabajadores de la empresa, vigente para los años 1998 – 1999, a partir del 3 de septiembre de 2007, a razón de 14 mesadas al año. Asimismo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de septiembre de 1957, cumplió 50 años el 3 de septiembre de 2007. Prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por 21 años y 161 días hasta el 27 de junio de 1999, data esta en que la empleadora lo dio por terminado sin que mediara justa causa. La empleadora mediante Resolución n.º 05618 del 5 de octubre de 2007, le reconoció pensión de jubilación y por Acto Administrativo 06214 del 17 de junio de 2008, la entidad indexó la mesada pensional ajustándola en \$1.842.679.30 a partir del 3 de septiembre de 2007. Expuso que no le fue reconocida la mesada 14, inconforme requirió su pago, pero la UGPP mediante Resolución RDP 035405 del 25 de noviembre de 2019 la negó (fls. 53 al 63).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió todos los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción de las mesadas. Argumentó que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, pues la pensión fue reconocida en suma superior a tres salarios mínimos (fls. 68 a 71).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a pagar y reconocer a la demandante la mesada pensional de junio, mesada 14 de la pensión de jubilación convencional reconocida bajo resolución No 05618 del 5 de octubre del 2007 y que fue reliquidada mediante resolución 06214 del 17 de junio del 2008.

SEGUNDO: CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a reconocer y pagar a Carmen Zenaida Mora la suma de \$15.003.071 por concepto de mesadas pensionales retroactivas causadas del 26 de agosto del 2016 y hasta el 30 de junio del 2021, las cuales, junto con las que se causen en lo sucesivo se hagan exigibles, mesadas que deberán ser indexadas desde el momento de su causación, hasta la fecha del pago efectivo de acuerdo al IPC certificado por el Dane.

TERCERA: AUTORIZAR a la UGPP para deducir del retroactivo pensional los aportes al sistema de seguridad social en salud de la demandante de conformidad la parte motiva del fallo.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y no probada la de inexistencia de la obligación según lo considerado.

QUINTO: Las costas serán a cargo de la parte demandada, tásense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$520.000-

SEXTO: REMÍTASE la decisión al Tribunal Superior de Bogotá a fin de que se surta el grado de jurisdiccional del grado de consulta a la entidad demandada de conformidad con el Art 69 del Código Procesal del trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la pensión de jubilación que disfruta la demandante se causó una vez se produjo el retiro de la entidad, por lo que no le son aplicables las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005 y tiene derecho al pago de la mesada adicional deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que la demandante no tiene derecho al pago de la mesada adicional, pues el Acto Legislativo 01 de 2005, expresamente prohíbe su reconocimiento a quienes adquirieron el derecho con posterioridad al 29 de julio de 2005 y devenguen más de tres salarios mínimos y a la actora la prestación le fue reconocida el 5 de octubre de 2007. Señaló que cuando la demandante se retiró de la empresa apenas tenía una expectativa de derecho

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a la UGPP, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la actora tiene de derecho a que la pensión de jubilación convencional que disfruta le sea otorgada a razón de 14 mesadas al año.

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 12 de enero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999, **ii)** la empleadora le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 3 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$1.113.997,56 (fls. 12 a 15) **iii)** que la primera mesada fue indexada mediante Acto Administrativo n.º 06214 del 17 de junio de 2008, en cuantía inicial de \$1.842.779,30 (fls. 16 a 18).

Frente al mesada adicional reclamada, se advierte que de conformidad con el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 *“Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.*

El Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en el inciso 8º de su artículo 1º que *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”*. Asimismo, la referida enmienda constitucional regula en el párrafo transitorio 6º que se exceptúan de lo establecido en el inciso 8º, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto si la prestación se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año.

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo n.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia

contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

Lo anterior implica que, a partir del 31 de julio de 2010, perdieron vigencia todas las normas convencionales, de laudos arbitrales o acuerdos, que contenían condiciones pensionales más favorables que las previstas en la ley. Ahora bien, la referida enmienda constitucional no modifica, ni desconoce los derechos adquiridos con anterioridad a su entrada en vigor (CSJ SL 2540 de 2020).

En el presente caso, la norma convencional al amparo de la cual fue reconocida la prestación a la actora señala:

ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios

Por su parte, el parágrafo 1º del mismo precepto extralegal, dispone que:

PARAGRAFO 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de (20) años de servicios a la Institución.

Frente a dicha cláusula convencional, en reiterada jurisprudencia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que la causación del derecho a la pensión se da únicamente con el tiempo de servicios prestados, dado que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad, así lo refirió en sentencias CSJ SL289-2018, SL 526 de 2018, SL3197-2018.

En esa línea de pensamiento, se advierte que la accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 12 de enero de 1978 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años (fl. 12). Ahora, como quiera que nació el 3 de septiembre de 1957, alcanzó la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2007 (fl. 11 copia cédula de ciudadanía). En consecuencia, la promotora del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada como acertadamente concluyó la Juez.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 3 de septiembre de 2007 y la demandante reclamó ante la entidad el reconocimiento de la mesada el 26 de agosto de 2019 (fls. 19 y 20), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 9 de diciembre de 2019 (fl. 64). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 26 de agosto de 2016 se encuentran prescritas, como acertadamente concluyó la primera instancia.

Indexación

Bajo el entendido que la promotora del juicio no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la depreciación del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá cancelar debidamente indexadas las mesadas pensionales, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta que concurra con el pago de la obligación, como dispuso el juzgado.

Descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la

suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia (CSJ SL2376-2018).

Retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
03/09/07	31/12/07		\$ 1.842.779,30
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.947.633,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 2.097.016,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 2.138.956,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 2.206.761,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 2.289.073,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 2.344.926,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 2.390.418,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 2.477.907,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.645.661,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.797.787,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.912.216,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 3.004.824,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 3.119.007,00
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 3.169.223,00
01/01/22	31/10/22	5,62%	\$ 3.347.333,00

De conformidad con las anteriores consideraciones, surtido el grado de jurisdicción de consulta en favor de la entidad y atendido los argumentos de apelación, la Sala modificará la decisión en la forma anunciada.

Sin costas en el grado de jurisdicción y en la apelación ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2021, únicamente en el sentido de indicar que la unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP deberá cancelar a la demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 26 de agosto de 2016, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación, para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores

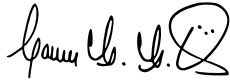
2017	5,75%	\$ 2.797.787,00
2018	4,09%	\$ 2.912.216,00
2019	3,18%	\$ 3.004.824,00
2020	3,80%	\$ 3.119.007,00
2021	1,61%	\$ 3.169.223,00
2022	5,62%	\$ 3.347.333,00

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin costas en la apelación, ni en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

009 2019 00864 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2018 00625 01.
DEMANDANTE: BLANCA AURORA BENITES CASTELLANOS
DEMANDADO: MARÍA PURIFICACIÓN MALAVER DE NUÑEZ

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 25 de octubre de 1983 hasta el 31 de agosto de 1993. Que el contrato iniciado el 23 de febrero de 2007 se encuentra vigente por cuanto es ineficaz la terminación del 15 de mayo de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a pagar los aportes al sistema de pensiones, mientras estuvo vigente la primera relación. A reintegrarla a iguales o mejores condiciones, con el consecuente pago de salarios dejados de percibir desde el 15 de mayo de 2018, hasta que se haga efectivo el reintegro. A pagarle cesantías y vacaciones causadas desde el 23 de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2017 y las que se continúen causando. A cancelar el mayor valor correspondiente por primas de servicios generadas desde 23 de febrero de 2007. A pagarle aportes a seguridad social, sanción moratoria, la indexación correspondiente. Asimismo, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicita se declare la existencia del contrato de trabajo desde el 23 de febrero de 2007 hasta el 15 de mayo de 2018. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle mayor valor de prestaciones sociales y vacaciones, a cancelar aportes a seguridad social en pensiones, indexación de las condenas que se impongan, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, sanción moratoria.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de abril de 1955. Que el 25 de octubre de 1983, celebró contrato de trabajo verbal a término indefinido con la demandada, para desempeñarse como empleada de servicio doméstico, funciones que ejecutó hasta el 31 de agosto de 1993, cuando fue despedida sin que mediara justa causa. Adujo que en vigencia de la relación no le fueron realizados aportes a seguridad social en pensiones.

Expuso que el 23 de febrero de 2007, se vinculó nuevamente a la demandada con la misma modalidad contractual, para desempeñar idéntico cargo, la remuneración era cancelada quincenalmente en efectivo. Desde el inicio de este vínculo y hasta el 8 de julio de 2010, prestó servicios de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 4:30 p.m. y desde el día siguiente hasta la finalización del contrato, conforme a las indicaciones de la empleadora, empezó a desarrollar sus labores medio tiempo *con el respectivo factor salarial*. Devengó como ultimo salario \$546.300 y de esta suma de manera particular cubría el pago de la seguridad social.

El 15 de mayo de 2018, cuando contaba con 63 años de edad, le fue comunicada la terminación del contrato sin justa causa, pero no se le informó el estado de pagos de la seguridad social y los parafiscales. Adujo que no le fueron depositadas las cesantías a un fondo, ni canceladas las demás prestaciones sociales y vacaciones, tampoco le fueron realizados pagos al sistema de seguridad social. Refirió que en la liquidación efectuada el 15 de mayo de 2018, no fueron canceladas la totalidad de acreencias laborales, ni el mayor valor de la indemnización por despido, apenas recibió una mínima cantidad que no corresponde a las cesantías, vacaciones. Indicó que después de la desvinculación no pudo reingresar laboralmente y la falta de cotización por parte de la empleadora ha

impedido sus aspiraciones de pensión al amparo del Acuerdo 049 de 1990. Finalmente, señaló que la terminación del contrato es nula de pleno derecho por cuanto ostentaba la calidad de prepensionada (fls 11 a 18 y 21 a 23 subsanación. Reforma 375 y 376).

María Purificación Malaver de Núñez rechazó el éxito de las peticiones. Admitió que la demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de empleada del servicio doméstico, que se vinculó nuevamente el 23 de febrero de 2007, la modalidad contractual y el cargo desempeñado, que la contraprestación se pagaba en efectivo quincenalmente, el horario de trabajo desde el 23 de febrero de 2007 y el 8 de julio de 2010 de lunes a sábado de 8:00 a.m. a 4:30 p.m., que el último salario ascendió a \$546.300 y que de esta suma la actora como independiente cotizaba a seguridad social. Formuló las excepciones de prescripción, cumplimiento total de las obligaciones a cargo de la empleadora con ocasión de la relación 2007 – 2018, inexistencia de la relación laboral en los extremos temporales propuestos en la demanda (1983 a 1993), compensación, irretroactividad de la Ley 1788 de 2016 que reconoció la prima de servicio de los empleados domésticos, imposibilidad de reclamar la sanción moratoria ante la ausencia de mala fe de la demandada y el pago total de las prestaciones laborales.

En su defensa señaló que los contratos de trabajo de la demandante fueron liquidados anualmente y se pagaron las acreencias correspondientes, se realizaron los aportes a pensión en favor de la trabajadora excepto la prima de servicio que solamente fue incluida en el ordenamiento jurídico en el 2016. Señaló que la terminación del contrato obedeció a su avanzada edad de la demandada que le impide vivir sola y por tanto tuvo que cambiar su residencia al hogar de su hija mayor. Señaló que actuó de buena fe a lo largo de la relación laboral (fls 349 a 363).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora Blanca Aurora Benites Castellanos y la demandada Señora María Purificación Malaver de Núñez existió un primer contrato de trabajo a término indefinido que se verificó entre el 31 de diciembre de 1985 hasta el 31 de marzo de 1992

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada María Purificación Malaver de Núñez a trasladar a través de cálculo actuarial a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en la cual se encuentra afiliada la demandante los aportes correspondientes a pensión generados en este contrato, es decir en el periodo comprendido desde el 31 de diciembre de 1985 al 31 de marzo de 1992.

TERCERO: DECLARAR la existencia de un segundo contrato de trabajo verificado entre el 23 de febrero de 2007 a el 15 de mayo del año 2018.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones de carácter principal incoadas a propósito de la existencia de este segundo contrato de trabajo.

QUINTO: CONDENAR a la demandada María Purificación Malaver de Núñez a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los aportes pensionales generados en este segundo contrato, es decir, en el periodo comprendido del 23 de febrero de 2007 y 19 de noviembre de 2013, con base en el salario mínimo legal mensual vigente y los generados entre 20 de noviembre de 2013 al 15 de mayo de 2018, de conformidad con lo regulado en el artículo 6º del Decreto 2616 de 2013.

SEXTO: CONDENAR a la demandada María Purificación Malaver de Núñez a pagar la suma de \$18.612 diarios a partir del 15 de mayo de 2018 a título de sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo 65 del Código Sustantivo Laboral y hasta cuando la demandada sufrague el valor de los aportes a pensión ordenados en esta sentencia

SEXTO (sic): CONDENAR a la demandada María Purificación Malaver de Núñez a pagar a la demandante la suma de \$14.282.244 a título de sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada María Purificación Malaver de Núñez de las demás pretensiones formuladas subsidiariamente en su contra.

OCTAVO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a los derechos causados con antelación al 1 de octubre de 2015, salvo lo referente a auxilio de cesantías y aportes a la seguridad social y vacaciones que opera a partir del año 2014

NOVENO: CONDENAR a la demandada a pagar las costas generadas en esta instancia.

En lo fundamental señaló que la demandante logró probar la prestación personal del servicio, por tanto la demandada está llamada a responder por las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión

sobre los cuales no opera el fenómeno extintivo de la prescripción. Destacó que el incumplimiento en la cotización no trae como consecuencia el reintegro de la trabajadora, sino el pago de sanción moratoria.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recurso de apelación.

La demandante argumentó que deben analizarse las pretensiones principales y ordenarse el reintegro al cargo que desempeñaba, pues el no pago de los aportes en pensiones hace ineficaz la terminación del contrato, conforme a la jurisprudencia constitucional y la demandada no formuló excepción alguna frente asunto. De otra parte, señaló procede el reintegro también por la condición de prepensionada para que pueda consolidar el derecho a la pensión, pues no se demostró una justa causa para dar por terminado el contrato.

A su turno la demandada arguyó que no es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo en los términos señalados en el numeral primero de la sentencia, pues la demandante no probó que la relación inició en 1983, ni a través de documentos, ni con los testimonios que si bien señalaron la existencia del nexo solo dieron cuenta del mismo después de 1991. De otro lado sostuvo que la demandante no tenía la calidad de prepensionada. Señaló que no está obligada a trasladar cálculo actuarial, porque para esta época no existió la relación de trabajo. Señaló que no debe pagar aportes a seguridad social porque en esta época le entregó el dinero a la actora para cancelarlos y estos aparecen reflejados en la historia laboral. De manera subsidiaria, solicita hacer efectivas las sanciones a la administradora de pensiones que no realizó la gestión de cobro y por tanto está llamada a reconocer las prestaciones a que haya lugar. Señaló que no existe omisión en la afiliación, sino mora en el pago de aportes, por tanto no es dable el cálculo actuarial.

Sostuvo que a la demandante se le cancelaron las acreencias laborales a la terminación de cada contrato, por tanto no hay lugar a ordenar el pago de sanción moratoria, ni sanción por no consignación de

cesantías a un fondo, pues estas se entregaron directamente a la actora, además porque estas no proceden de manera automática, sino cuando se demuestra que el empleador no actuó con apego a la buena fe., pues cumplió siempre con el pago de las acreencias laborales y terminó el contrato únicamente porque debido a su estado de salud debió mudarse a vivir con una hija, empero le canceló la indemnización por despido injustificado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 31 de diciembre de 1985 hasta el 31 de marzo de 1992 y si la demandada está llamada a pagar cálculo actuarial por los aportes correspondientes a pensiones. De otro lado verificar el despido del 15 de mayo del año 2018, es ineficaz primero porque no la accionada no demostró haber realizado el pago de aportes a seguridad social o en su defecto porque la actora ostentaba la calidad de prepensionada. Así mismo, ha de validarse la procedencia de ordenar en este segundo periodo el pago de aportes, de indemnización por no consignación de cesantías a un fondo y de sanción moratoria.

Existencia del contrato de trabajo desde el 31 de diciembre de 1985 hasta el 31 de marzo de 1992

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En horizonte, no es suficiente demostrar la prestación del servicio, sino que deberán corroborar además aquellas situaciones fácticas

necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la prestación continua, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega tales hechos, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

Para demostrar la prestación personal del servicio en el periodo que interesa, la demandante aportó comunicación adiada del 16 de agosto de 2017 con reconocimiento de firma y contenido del documento suscrita por la demandada en la que reconoce la prestación del servicio desde el 1 de mayo de 1991 hasta el 31 de marzo de 1992 y que no realizó los aportes correspondientes a pensiones (fls. 13 y 14). Allegó reporte de semanas emitido por Colpensiones en el que se verifica que en el periodo comprendido entre el 20 de febrero de 1991 y el 8 de abril de 1991 con el empleador Guarín Molano Luis F. (fls 15 a 18).

A solicitud de la parte demandante se decretaron y escucharon los testimonios de Carlos Julio Prieto y Luis Jairo Pineda. El primero manifestó convivir en unión libre con la demandante desde hace 40 años, razón por la que le consta que trabajó con la demandante en un primer periodo *como en 1983 y hasta 1993* y el segundo periodo no lo recuerda bien pero cree que fue desde el 2007 hasta el 2018. Dijo que le consta el primer vínculo porque él mismo trabajo con el hijo de la demandada de 1990 a 1993 y con anterioridad iba a llevar y a recoger a su compañera.

Luis Jairo Pineda indicó que tiene 48 años de edad, se dedica a la construcción, conoce a la demandante hace aproximadamente 27 años, son vecinos de barrio, en los 1990 -1991, él trabajó con el esposo de la actora en la construcción de la funeraria Gaviria y cuando terminaba la jornada iban en bicicleta a recogerla. Mencionó que en una oportunidad en el año 1992 o 1993, entró a la casa de la demandada *Doña Purita* a arreglar unos baños que tenían unas fugas, labor que ejecutó en 2 días, después hizo el arreglo de unos jardines. Aseguró que en el 2014 regresó para sacar una biblioteca que la demandante le regaló a la actora. Dijo que no sabe si la prestación del servicio fue ininterrumpida.

A solicitud de la demandada fueron decretados y practicados los testimonios de Luz Marina Núñez de Prieto y Liliana Núñez Malaver. La primera, cuenta 66 años de edad, es hija de la demandada dijo no recordar con exactitud la fecha en que conoció a la demandante, pero sabe que le prestó servicio doméstico a su señora madre, cuando sus hijos ya habían nacido en los años 1981 y 1984 y tenían dos o tres años y se fue cuando ellos tenían como 5 o 7 años. Al ser interrogada por el Juzgado aceptó que para 1985 ya la demandada laboraba al servicio de su progenitora, pero aclaró que lo hacía de forma intermitente *tuvo periodos en que suspendía y volvía* y además laboraba con otras personas, dijo que posiblemente se retiró en los 80 y volvió en los 90, pero desconoce.

La testigo Liliana Núñez Malaver también hija de la demandada manifestó que la actora trabajó en la casa de sus padres, no recuerda la fecha exacta, sabe que lo hacía por espacios de tiempo y *de forma intermitente* en algún tiempo iba dos o tres veces a la semana, se retiró incluso por años. Señaló que dejó de vivir con sus progenitores desde el año 1994, cuando se fue a estudiar fuera de Bogotá y luego se casó iba con frecuencia a visitarlo, pero no permanentemente.

Analizados conjuntamente los medios de convicción estima la Sala que si bien está probada la prestación del servicio, no es posible determinar que la misma se dio de manera continua desde el 31 de diciembre de 1985 hasta el 31 de marzo de 1992, pues si bien la testigo Luz Marina Núñez de Prieto hija de la demandada, manifestó que la actora

llegó a trabajar cuando sus hijos tenían dos y tres años y reconoció que para 1985, la actora ya le prestaba servicios a su señora madre, no puede dejarse de lado que la prueba debe ser analizada de forma integral y al ser escuchada la declaración advierte la Sala que de manera espontánea y reiterativa la deponente manifestó no tener certeza sobre las fechas en que estuvo vigente el vínculo y además indica que la demandante trabajaba de forma interrumpida, situación esta que fue corroborada por la también testigo e hija de la demandada señora Liliana Núñez.

Adicionalmente, el compañero de la actora dijo que la dejaba y recogía en el lugar de trabajo y que había laborado con un hijo de la demandada para los años 90 a 93, por eso le constaba la prestación del servicio, el otro testigo convocado por la demandante apenas atinó a señalar que en 1990 o 1991 trabajó con el anterior testigo y pasaban a recoger a la promotora del juicio en bicicleta y que en 1992 o 1993, fue a la casa de la señora *Purita* a hacer unos arreglos y allí vio a la demandante.

Así las cosas, estima la Sala que la demandante no logró demostrar que **restó** servicios de manera ininterrumpida a la demandada desde el 31 de diciembre de 1985 hasta el 12 de marzo de 1992 y tal circunstancia no puede suponerse con la comprobación simple de los extremos, máxime cuando se discute la falta de continuidad del vínculo, la ejecución de funciones por días y el vínculo con otros empleadores esta última situación probada con el reporte de semanas en el que se verifica que el empleador Guarín Molano Luis F, cotizó en favor de la actora del 20 de febrero al 8 de abril de 1991.. Así las cosas, al tomar en consideración el dicho de los testigos y la comunicación suscrita por la demandada y el historial de Colpensiones, la Sala declarará la existencia de un primer vínculo desde el 1 de mayo de 1991 y hasta el 31 de marzo de 1992 y en consecuencia, se ordenará a la demanda pagar el cálculo actuarial correspondiente a este periodo y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia, con el consecuente pago

Vale indicar que aunque se solicita declarar la existencia de un contrato entre el 25 de octubre de 1985 y el 31 de agosto de 1993, la Sala

no está impedida para proferir decisión de fondo respecto del periodo en que se demostró la prestación personal del servicio, aunque sea en un periodo inferior al solicitado en el escrito genitor. Sobre el particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4816 de 25 de marzo de 2015, indicó que *“Por manera que, le asiste la razón al recurrente al considerar que si el juez encontró demostrado que la relación laboral de las partes no fue lineal en el tiempo, sino fraccionada, de modo que no podía predicarse la existencia de un contrato de trabajo, sino de varios, debió dictar una sentencia minus petita que acogiera parcialmente las pretensiones incoadas, en el sentido de declarar la existencia de aquella o aquellas relaciones de trabajo que estuvieran probadas”*

Pago de aportes en el periodo 23 de febrero de 2007 a 19 de noviembre de 2013

La demandada aduce que no debe pagar aportes a seguridad social en el periodo referido porque en esta época le entregó el dinero a la actora para cancelarlos y estos aparecen reflejados en la historia laboral. En adición que era obligación de administradora adelantar las acciones de cobro.

Sobre este tópico, vale aclarar que al pago del cálculo actuarial concurren aquellos patronos que omitieron notificar a la administradora de pensiones de la existencia del vínculo laboral en un periodo determinado.

En relación con el asunto, H. la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL14388-2015, precisó:

Es cierto que esta Corporación se ha preocupado por diferenciar los efectos de una «mora» en el pago de los aportes, de los de una «falta de afiliación» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores. Frente a la primera situación, de «mora» en el pago de aportes, esta Sala de la Corte ha expresado en su jurisprudencia que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro

(...)

Con fundamento en dichas normas y, se repite, en los principios que definen y orientan el sistema integral de seguridad social, la Corte ha precisado su jurisprudencia, para adocctrinar que las variadas problemáticas generadas a raíz de la falta de afiliación al sistema de pensiones, en perspectiva de la consolidación del respectivo derecho, deben encontrar una solución común, que no es otra que el reconocimiento del tiempo servido por el trabajador, por parte de la entidad de seguridad social respectiva, con el consecuente traslado de un cálculo actuarial a cargo de la entidad empleadora.

En este horizonte, se encuentra probado y no fue objeto de reparo en esta instancia que la segunda relación laboral entre las partes inició el 23 de febrero de 2007 y se extendió hasta el 19 de noviembre de 2013. Ahora, según el reporte de semanas de folios 15 a 18, la demandada no reportó la novedad de ingreso de la trabajadora, tampoco realizó algún aporte que pudiera ser demostrativa de la misma. En consecuencia, está llamada a pagar el cálculo actuarial correspondiente a este periodo.

Importa destacar que en el periodo comprendido entre 1 de junio de 2009 y el 31 de mayo de 2017, se verifican cotizaciones realizadas por la demandante como independiente y aunque las testigos manifestaron que fue la empleadora quien proporcionó el dinero para cubrirlas, tal circunstancia no fue aceptada por la actora, quien refirió que el pago lo hizo ella. Así las cosas, aunque esto hubiere acontecido en la realidad, no se probó y en todo caso no eximía a la empleadora de cumplir con las obligaciones de afiliar a la trabajadora al sistema de seguridad social y realizar las cotizaciones correspondientes, asuntos que no son discrecionales, sino que constituyen un derecho mínimo e irrenunciable

La ausencia de reporte de la relación laboral, además impidió que la administradora a la cual se encuentra afiliada Blanca Aurora Benítez Castellanos ejerciera las acciones de cobro que le impone el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 y no puede como se pretende en el recurso achacarle una omisión que no existió. por tanto tal como acertadamente concluyó la Jueza la demandada está llamada a responder por el cálculo actuarial y no por aportes en mora por lo que la sentencia será confirmada en este punto.

De otro lado, encuentra la Sala que desde el 1 de febrero de 2007 y hasta el 28 de febrero de 2009, se reflejan cotizaciones en favor de la demandada a través del empleador María del Carmen Rincón de Rojas, sin

embargo esta situación no fue considerada en primera instancia, ni cuestionada en el recurso, por tanto la Sala se releva de su análisis.

Estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionable

Ahora, la Corte Constitucional en la sentencia SU-003 de 2018, estableció que *“Acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas - o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión”*. Subreglas reiteradas en T-055 de 2020.

La Corporación destacó que la finalidad de ese mecanismo es proteger la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, que podría verse frustrada por la *«pérdida intempestiva del empleo»*, por ello, ampara la estabilidad laboral, en función de hacer viable la continuidad en la cotización efectiva al sistema pensional para *«consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez»*.

Ahora, es bien sabido que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; empero en el asunto bajo examen la actora para el 15 de mayo de 2018, cuando la demandada puso fin al vínculo, la demandante contaba con 63 años , empero apenas contaba con 874 semanas cotizadas resultado de sumar las 832 que aparecen en el reporte de Colpensiones y las 42 que serán canceladas en el cálculo actuarial del periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1991 y el 31 de marzo de 1992, pues la segunda relación corresponde a cotizaciones simultaneas.

Es importante destacar que la demandante nació el 6 de abril de 1955 (fl. 11), por tanto al 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años y en principio era beneficiaria del régimen de transición en razón de la edad, no obstante, para el 25 de julio de 2005 no contaba con las 750 semanas

que exige el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, la transición es su caso no se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, época en la cual en todo caso tampoco contaba con 1.000 semanas cotizadas y por tanto su derecho pensional debe ser analizado al amparo de la Ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003, que exige 1.300 semanas cotizadas para acceder a la prestación.

Puestas las cosas de esta manera, si bien a la terminación del contrato la trabajadora contaba 63 años, le hacía falta cotizar más de 3 años, siendo así que no ostentaba la calidad de prepensionada y por ello no hay lugar a modificar la sentencia en este punto.

Reintegro por falta de aportes a pensión

Dispone el parágrafo 1º del artículo 29 de la 789 de 2002 que:

PARÁGRAFO 1º. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.

De vieja data, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el presunto incumplimiento de lo preceptuado en la norma pretranscrita por parte del empleador, no genera la ineficacia del despido y el restablecimiento del contrato, como se pretende desde el libelo introductorio y ahora en el recurso. Así en sentencia 35303 de 14 de julio de 2009, reiterada en sentencias CSJ SL 12041-2016 y CSJ SL sobre el asunto señaló:

Ahora, el Parágrafo 1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del C.S.T., no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, tan es así, que la norma consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales. En efecto, revisado el trámite que en el Congreso de la República tuvo el proyecto de la que sería la Ley 789 de 2002, se percibe que en la exposición de motivos se denominó el plan como aquel 'POR EL CUAL SE DICTAN NORMAS PARA PROMOVER EMPLEABILIDAD Y DESARROLLAR LA PROTECCIÓN SOCIAL', mientras que en el capítulo llamado 'justificación y desarrollo de los articulados' se precisa que como lo 'postulan los artículo 23 al 30,

tales condiciones especiales se han diseñado con el especial cuidado de no debilitar a las entidades administradoras de los recursos de SENA, ICBF y Cajas de Compensación, en la medida en que éste beneficio sólo se concederá a quienes mantengan en términos reales sus aportes a tales entidades. Igualmente, estamos solicitando facultades para cerrar la brecha de la evasión frente a todos los aportes parafiscales, en armonía con el proceso de simplificación en el recaudo que queremos construir...’.

En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1º del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por parafiscalidad, por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como ‘sanción al moroso’.

Por ello, carecería de lógica que aun cesando la causa de la sanción, ejemplo pago posterior, continuase el correctivo como lo sería la orden de reintegro del trabajador al cargo y los efectos que conllevaría el mismo, situación superada por la jurisprudencia. Precisamente en sentencia de 30 de enero de 2007, radicación 29443, se reflexionó así:

Sea lo primero indicar que la condición de eficacia para la terminación de los contratos de trabajo prevista en el artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, es un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; ciertamente si se le exige al empleador que, para que el despido que se propone realizar sea apto para terminar el contrato de trabajo, cumpla con sus obligaciones para con las entidades del sistema de seguridad social y administradores de recursos parafiscales, se evita que las prestaciones o servicios que estas instituciones ofrecen se nieguen por falta de pago completo de las respectivas cotizaciones o aportes.

El artículo 48 de la Constitución Política establece como principio de la seguridad social la sostenibilidad financiera del sistema, puesto que la eficacia de los derechos consagrados está irremisiblemente unida a la existencia de recursos suficientes, estimados más allá de los demandados por la urgencia del día, para la viabilidad de las instituciones durante esta y las siguientes generaciones.

El Constituyente y el legislador de las últimas décadas, han tenido como finalidad central de sus proyectos y disposiciones el garantizar el equilibrio financiero del sistema, que se obtiene no sólo incrementando los aportes del empleador y del trabajador, y del Estado, sino garantizando los medios para asegurar su efectivo recaudo’.

Por tanto, al armonizar la preceptiva en cuestión, al igual que lo hizo la jurisprudencia con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, desde el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, se condenará a la parte demandada a pagar al actor, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato con BERNAL BEJERANO, desde el 1º de abril de 2004 y hasta cuando [...la empresa] acredite el pago de tales aportes con posterioridad a esta decisión...”

Por la misma línea, en sentencia SL516-2013, dijo la Sala:

Del texto pre transcrito, en especial del aparte destacado por la Sala, no cabe duda que la norma consagra una consecuencia adversa para el empleador incumplido en el pago de las respectivas cotizaciones y a favor del trabajador, en virtud de la relación laboral que los liga y de la cual se derivan las obligaciones de cotizar que, justamente, constituyen el objeto de protección de la norma.

Si bien la redacción de la norma en comento es distinta al texto original del artículo 65 del CST y a la modificación introducida a este por el primer inciso del citado artículo 29 de la Ley 789, en la medida que allí sí se fija, claramente, la

consecuencia consistente en que el empleador le deberá pagar al trabajador un día de salario por cada día de mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato, no puede ser motivo de extrañeza para la comunidad jurídica laboral el que, cuando el legislador se refiera a la ineficacia del retiro del servicio derivada del incumplimiento del pago de obligaciones laborales, en este caso del sistema de la protección social, a cargo del empleador, se equipare al pago de la indemnización moratoria a favor del trabajador, por cuanto la jurisprudencia tiene precisado, desde antaño, conforme al propósito de la norma en estos casos, que el objeto de tutela jurídica no es la estabilidad laboral, sino el pago de ciertas obligaciones laborales que, dada su naturaleza, merecen una protección especial y que esta protección debe estar armonizada con el principio general de la resolución contenido en todos los contratos de trabajo.

Así se ha interpretado por esta Sala el artículo 1º del D.L.797 de 1949 que, para el caso de los trabajadores oficiales, consagra que no se considera terminado el contrato de trabajo hasta tanto el empleador cancele al trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude.

Al amparo de la jurisprudencia del Órgano de cierre es claro que el incumplimiento en el pago de aportes a seguridad social verificado en el asunto bajo examen no trae como consecuencia, el reintegro al cargo desempeñado, por tanto no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia, tampoco en este punto.

Importa destacar aquí que la sanción moratoria ordenada no tiene su fuente en la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo como argumenta la demandada en la apelación, por tanto la Sala se releva de **eses** análisis.

Indemnización prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1999

La sanción moratoria es un castigo o penalidad impuesta por el legislador para el empleador por no consignar oportunamente las cesantías en el fondo, la cual consiste en un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías. El plazo vence el 14 de febrero de cada año, así que la sanción corre desde el 15 de febrero y hasta que se realice el pago. Empero, no es una respuesta judicial automática frente al incumplimiento, de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los

argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

Estima la Sala que en el asunto bajo examen la demandada aceptó que el vínculo se dio bajo la modalidad de contrato a término indefinido, lo que la obligaba a consignar la prestación a más tardar el 14 de febrero de cada anualidad. Ahora, de conformidad con las liquidaciones obrantes a folios 33 a 42, cada contrato se liquidaba teniendo en cuenta como extremo inicial el 23 de febrero y como extremo final el 22 de febrero de la siguiente anualidad, en consecuencia era su deber depositar las cesantías en la forma prevista en la ley como no lo hizo y no expuso circunstancias demostrativas de buena fe está llamada a cancelar la sanción correspondiente, tal como concluyó el *a quo*, esto que conduce a la Sala a confirmar la sentencia en este punto.

De conformidad con las consideraciones precedentes la Colegiatura modificará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

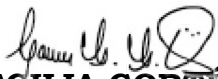
PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de DECLARAR que entre la demandante señora Blanca Aurora Benites Castellanos y la demandada Señora María Purificación Malaver de Núñez existió un primer contrato de trabajo a término indefinido que se verificó entre el 1 de mayo de 1991 y hasta el 31 de marzo de 1992

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a la demandada María Purificación Malaver de Núñez a trasladar a través de cálculo actuarial a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en la cual se encuentra afiliada la demandante los aportes correspondientes a pensión generados en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1991 y hasta el 31 de marzo de 1992

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia consultada.

CUARTO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



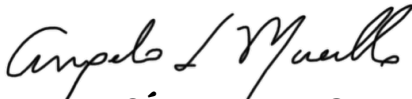
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2019 00314 01
DEMANDANTE: ALFONSO ACOSTA GARAY
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que la *«nulidad de la vinculación»* al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., y válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. En consecuencia, condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a *«enviar»* a Colpensiones el valor de los saldos o aportes pensionales, así mismo reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración en el tiempo de vinculación. A la última a aceptar la vinculación. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo vinculado al régimen de prima media, se trasladó al RAIS el 7 de febrero de 1995 a través de la AFP Protección. Adujo que los promotores del fondo le informaron que el ISS se acabaría y al trasladarse no perdería los beneficios que traía, pero no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitiera evidenciarlas. Refirió que Colpensiones no adelantó gestiones para desvirtuar que el ISS se acabaría. Arguyó que nunca informo a su empleador de forma escrita el traslado de régimen, Efectuó traslado horizontal y en adelante se encuentra vinculado a Porvenir S.A. Indicó que su permanencia en el RAIS lesiona el derecho a la libre escogencia, empobrece su poder adquisitivo y lesiona el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales. Finalmente, que las demandadas AFP Protección y Porvenir negaron la petición de traslado y Colpensiones guardó silencio (fls. 58 a 73).

La AFP Porvenir S.A., se opuso al éxito de las peticiones. Admitió el la afiliación actual a esa AFP, la solicitud de traslado de régimen y su respuesta negativa. Manifestó no son ciertos o no le constan los hechos restantes. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que el actor suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época del traslado. Señaló que cumplió cabalmente con el deber de información (fls. 148 a 172).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las aspiraciones. Admitió el traslado de régimen a través de Protección, así como el cambio horizontal a la AFP Porvenir, que al momento del traslado estaba vigente el Estatuto del Consumidor Financiero norma aplicable a la AFP, la solicitud de traslado y su respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no le constan o no son ciertos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del

sistema general de pensiones, «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses refirió que sus actuaciones han estado enmarcadas en los principios de buena fe y legalidad. Que el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS con la suscripción del formulario, el que suscribió de manera libre. Refirió que brindó una asesoría completa conforme lo exigía el ordenamiento jurídico para la época (fl, 174 CD, fls 1 a 28).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó que para el momento del traslado de régimen estaba vigente el Estatuto del Consumidor Financiero y la solicitud de traslado. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Planteó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, *inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política)*, buena fe de Colpensiones, cobro de lo debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Alegó que el demandante no acreditó probatoriamente los supuestos facticos para la declaratoria de ineficacia del traslado. Así mismo que el actor se trasladó de forma libre y voluntaria (fl. 182 CD, fls. 1 a 26).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de noviembre de 2021 (fl. 237), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto del traslado que hizo el demandante señor Alfonso Acosta Garay, del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. Señalando que ningún efecto

jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Porvenir S.A., donde se encuentra vinculado actualmente el demandante a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluido los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Debiendo igualmente Protección S.A. reintegrar a Colpensiones los valores que cobro a título de cuotas de administración, comisiones y demás.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a las convocadas a este juicio. En oportunidad se tasaran.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró que brindó información completa y suficiente, que le permitiera al actor tomar la decisión consiente de trasladarse, requisito que no se acredita con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que procede declara la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Protección S.A., aspira se revoque la orden de devolver gastos de administración, pues son sumas que fueron descontadas por mandato legal, están destinadas a retribuir a la AFP por su gestión, no financian la pensión, adicionalmente son susceptibles de prescribir. Sostuvo que oportunamente, trasladó todos los recursos a Porvenir. Arguyó que la sentencia, desconoce los efectos de las restituciones mutuas propias de la figura de la ineficacia. Aseguró que para cubrir el seguro previsional los recursos fueron girados a un tercero de buena fe que mantuvo cubierto al actor frente a las contingencias de muerte e invalidez.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, puesto que no es posible aplicar de manera homogénea la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación a los procesos de declaración de ineficacia por incumplimiento del deber de información de las AFP. Señaló que en asunto bajo examen el demandante se trasladó de manera libre, sin presiones, el fondo cumplió con los parámetros previstos en la ley para la época, y no es dable exigir acreditar requisitos incluidos en el

ordenamiento jurídico con posterioridad. Indicó que el demandante tuvo varias oportunidades para retornar a RPM, empero no lo hizo y así ratificó su voluntad de permanecer vinculado al RAIS, además con los múltiples traslados horizontales. Sostuvo que el monto de la pensión no es un argumento válido para retornar a Colpensiones. Señaló que en virtud de las restituciones mutuas, no tendría la obligación de trasladar rendimientos.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al exponer que no tuvo injerencia en el acto de traslado de régimen del demandante. Adujo que el cambio se efectuó de forma libre y voluntaria. Preciso que la sentencia atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque se afectaría la reserva pensional. Señalo que la AFP debe ser quien reconozca y pague la pensión de vejez en las mismas condiciones que en prima media, ya que era su responsabilidad brindar información clara, veraz y oportuna. Solicitó tener en cuenta el principio de relatividad jurídica por y al ser un tercero de buena fe, la ineficacia no puede imponerle acarrear efectos negativos que están llamados a sufrir únicamente las partes.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una

cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 28 de diciembre de 1981 (fl. 182 Cd, segunda

carpeta). Migró al RAIS, administrado por la AFP Colmena el 1 de marzo de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (fl. 23), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó a ING el 1 de abril de 2000 y a partir del 1 de agosto de 2003 y en adelante a Porvenir (fl. 99).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que en el año 1995, se presentaron en su lugar de trabajo asesores de Colmena, quienes le informaron que el ISS se acabaría y que al trasladarse al fondo privado, tendría unas condiciones pensionales iguales o mejores a las del ISS, esto lo llevó a suscribir el formulario de manera libre y voluntaria. Relató que previo al traslado el asesor de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco recibió proyección pensional que le permitiera tomar una decisión informada; sin embargo, no realizó preguntas. Refirió que se trasladó horizontalmente a Porvenir porque cambio de empleador y en esta oportunidad el asesor del fondo diligenció el formulario y él solamente lo firmó. Admitió recibir extractos desde el año 2014, anualidad en la que se acercó a Colpensiones para solicitar el traslado de régimen, pero fue negado por estar incurso en prohibición legal en razón de la edad. Aceptó que el interés de retornar a prima media radica en el valor de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros

previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será confirmada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y el demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas,

la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

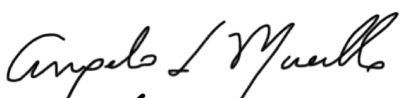
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaró voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 16 2019 00760 01
DEMANDANTE: MARCO TULIO LEGUIZAMON ROA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de noviembre de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que la «nulidad» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenar al fondo que traslade a Colpensiones los aportes cotizados, rendimientos financieros, frutos e intereses. A la última a aceptar el traslado, recibir los dineros provenientes de Porvenir y actualizar la historia laboral. Así mismo, ordenar a la AFP pagar cualquier diferencia económica que surja al momento del reconocimiento pensional. Solicitó que se declaren nulos o ineficaces los posteriores traslados horizontales. Finalmente, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las

facultades ultra y extra *petita*, y al fondo privado, a pagar los perjuicios causados más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de febrero de 1958 y cuenta con 62 años de edad. Refirió que se afilió a la Caja Nacional de Previsión Social el 24 de mayo de 1984. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir el 27 de mayo de 1998, posteriormente cambió horizontalmente el 1 de octubre de 2008 a ING hoy Protección y retorno a Porvenir desde el 1 de octubre de 2008 y hasta la fecha. Adujo que los fondos, previo a la vinculación no le informaron sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco sobre la posibilidad que tenía de retornar a prima media dentro de los términos de ley (fls. 20 a 42 y subsanación fls. 47 a 52).

La AFP Provenir S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio. En su defensa, sostuvo que el demandante suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época, así mismo que no hizo uso del derecho de retracto y no le es posible retornar en cualquier tiempo, pues no es beneficiario del régimen de transición (expediente físico, CD 69, fls. 1 a 45).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor y su edad. Manifestó que no le constan o no son ciertos los restantes hechos. Planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo debido, falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, sostuvo que carece de competencia para pronunciarse

respecto de los hechos y las pretensiones de la demanda, toda vez que Colpensiones asumió la administración del régimen de prima media según lo reglado en el decreto 2011 de 2012, y teniendo en cuenta que la declaratoria de nulidad del traslado está dirigida a Cajanal y no al ISS la administradora no tiene legitimación en la causa por pasiva (fl. 72 CD, fls 1 a 12).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Admitió el natalicio del accionante y la edad. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las demás declarables de oficio. Sostuvo que todas sus actuaciones han estado precedidas de buena fe y la legalidad. Expuso que la afiliación al fondo fue libre y voluntaria y se materializó con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (fl 79 CD, fls. 1 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de noviembre de 2021 (fls. 95 a 97), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen efectuado por el demandante el señor Marco Tulio Leguizamón Roa, identificado con cedula de ciudadanía no. 7.330.596, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y que tuvo lugar el 27 de noviembre de 1998, y en consecuencia se condena a tal fondo privado a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la parte actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

SEGUNDO: Se CONDENA a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos conforme se condenó en el numeral primero que antecede, y a activar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida, el cual se declara es el único válido en relación con el demandante y a recibir el saldo de la cuenta de ahorro individual como se determinó en precedencia.

TERCERO: Se DECLARA sin efectos los traslados horizontales que efectuó el demandante con posterioridad a noviembre de 1998 a las AFP Protección y Horizonte por las razones expuestas con anterioridad.

CUARTO: se DECLARAN no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: Se CONDENA en costas de la instancia a las demandadas AFP Porvenir y la AFP Protección, incluyendo como valor de agencias en derecho un (1) salario legal mensual vigente y de medio medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de ellas y respectivamente y sin condena en costas a cargo de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, concluyó que la AFP no demostró que al momento de traslado brindó asesoría o suministró ninguna información sobre características de cada régimen, las condiciones para acceder a la pensión, los efectos, riesgos, implicaciones y consecuencias de la migración; por manera que resulta imperativo declarar la ineficacia deprecada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Porvenir y Colpensiones apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que la fijación del litigio verso sobre la nulidad del traslado; sin embargo la sentencia se fundó en la ineficacia, con lo cual se excedieron las facultades ultra y extra *petita* ya que no estaba llamado a adecuar la demanda y se rompió con el principio de congruencia. Argumentó que el actor suscribió el formulario de forma libre y voluntaria y tomo la decisión de trasladarse libre de apremios. Señaló que tampoco se pretendió en la demanda la devolución de gastos de administración, tampoco se indicó en la fijación del litigio y no es procedente decretar su traslado, además porque el actor obtuvo rendimientos que multiplicaron el saldo en la cuenta individual.

En todo caso señaló que no es procedente declarar la ineficacia del traslado toda vez que no se acreditó dolo por parte de la AFP, además el demandante suscribió cuatro formularios de afiliación de manera libre y voluntaria y estos traslados horizontales dan cuenta de la ratificación de permanecer afiliado al RAIS y solo después de 23 años pretende retornar a

prima media, luego de haber efectuado múltiples actos de relacionamiento. A más, admitió en el interrogatorio de parte que el traslado de régimen en el año 1998, estuvo precedida de una información clara, completa y comprensible, que recibió extractos que dan cuenta de los rendimientos financieros y la buena gestión del fondo.

Señaló que conforme la sentencia n.º 4806 de 2020 se debe acreditar además de la falta de información, los perjuicios causados. Refirió que el demandante ha tenido cargos importantes en el gobierno como congresista y gobernador de Boyacá, no es beneficiario del régimen de transición. Finalmente, rechazó la cuantificación de la condena en costas y solicitó también condenar a Colpensiones como parte vencida en juicio.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que la declaratoria de ineficacia vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Señaló que el traslado de régimen del accionante fue de manera libre y voluntaria, así como su permanencia en el RAIS durante tantos años. Señaló que el actor se encuentra incurso en prohibición legal para retornar a prima media.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte,

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

VI. CASO CONCRETO

El demandante no demostró la fecha e afiliación la régimen de prima media, no obstante, conforme a extracto de Porvenir se advierte que cotizó 17.1 semanas (CD 69, fl. 136). Según consta en reporte de Asofondos, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de enero de 1999. Posteriormente, se trasladó a Horizonte el 1 de mayo de 2006, a Porvenir el 1 de junio de 2007, a ING el 1 de enero de 2008 y a partir del 1 de octubre del 2008 y en adelante a Porvenir (CD fl. 69, fl. 80).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado lo nombraron como Director Regional del Instituto de Adecuación de Tierras, al momento de posesionarse indicó que quería seguir cotizando a Cajanal, en la entidad le informaron que la entidad estaba en proceso de liquidación y no era posible cotizar allí. Refirió que asesores de Porvenir le informaron que podía efectuar sus aportes al fondo privado, que este era lo mismo que Cajanal y que se podía pensionar anticipadamente, esto lo motivó a diligenciar el formulario de afiliación. Dijo que diligenció un formulario para realizar aportes voluntarios pero no recuerda si los efectuó. Adujo que previo al traslado el asesor de la AFP no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Arguyó que en los extractos de aportes pensionales de Porvenir solo aparecían los aportes realizados al RAIS, pero no los de Cajanal. Informó que se trasladó a Protección, pues sus asesores le informaron que eran lo mismo que Porvenir y que le ayudarían a encontrar los aportes efectuados al régimen de prima media, pero esto no se concretó, lo que lo llevó a retornar a Porvenir.

Señaló que solicitó simulación pensional a Porvenir porque un compañero congresista se había pensionado con un fondo privado y esta situación no había sido beneficios. Solicitó proyección pensional que arrojó como resultado que obtendría una mesada de \$5.000.000. Arguyó que no conocía la prohibición legal para retornar a prima media. Finalmente, admitió que su interés en regresar a prima media es el monto de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Como quiera que el Juzgado declaró la nulidad del traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los

rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de inejecación es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la inejecación del traslado, se le ordenó, recibir e imputar a la historia laboral de la demandante los aportes provenientes de la AFP. En consecuencia, la sentencia será adicionada para ordenar a Colpensiones pagar las costas del proceso.

Por último, de conformidad el artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el *A quo*, por lo que la Sala se releva de dicho estudio

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia y **CONDENAR** a Porvenir a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral quinto de la decisión en el sentido de condenar también a Colpensiones a pagar costas del proceso.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



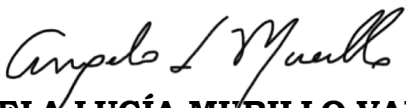
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 18 2019 00835 01
DEMANDANTE: DIEGO FERNANDO RUBIANO VELASQUEZ
DEMANDADO: CJG CONSULTORES S.A.S. HOY FLIPA S.A.S.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de agosto de 2017 hasta el 9 de febrero de 2018, data esta en que terminó sin justa causa. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, aportes a seguridad social, indexación, los demás derechos a los que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 16 de agosto de 2017, se vinculó a la demandada mediante contrato escrito, para desempeñar el cargo de diseñador en las instalaciones de la empresa, con los materiales que esta le proporcionaba, en horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. con una hora de almuerzo de lunes a viernes y sábado de 8:00 a 11:00 a.m. Como contraprestación se pactó \$1.500.000. El 9 de febrero de 2018, terminó la relación, empero no le fueron reconocidas prestaciones sociales, ni fue

afiliado al sistema de seguridad social, tampoco cancelada liquidación final (fls 46 a 48 subsanación).

Al contestar, la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de inicio de la relación y que en su vigencia no le fueron canceladas prestaciones sociales, ni fue afiliado a seguridad social. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, abuso del derecho de postulación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, falta del requisito de procedibilidad, confesión de parte – declaración de parte. En defensa de sus intereses, indicó que fue contratada por Softtek Renovación Ltda para ejecutar un proyecto de otra empresa llamada «AB INBEV» para atender la obligación vinculó al demandante. Indicó que «AB INBEV» requirió que el horario de ingreso fuera a las 7:00 a.m. a fin de evitar *desfile de elementos provisiones, equipos y herramientas*, por eso se le sugirió al demandante acatar la instrucción del contratante, pero era totalmente autónomo de manejar su horario dentro de las políticas fijadas por el cliente y así lo hizo porque asistió a citas médicas y realizó diligencias personales. Sostuvo que las instalaciones de «AB INBEV» eran adecuadas para la ejecución de las funciones debido a su amplitud, ambiente adecuado, salubridad, tranquilidad y comodidad, pero el demandante podía elegir si estar allí o no (expediente digital folio 53).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo, contrato realidad a término indefinido, entre el señor Diego Fernando Rubiano Velásquez, identificado con la cédula de ciudadanía. No. 1.022.337.732, hoy demandante y la sociedad C J G CONSULTORES S.A.S. hoy empresa FLIPA S.A.S., identificada con el Nit. No. 900.423060-2 hoy demandada, contrato de trabajo desde el día 16 de agosto de 2017 al 9 de febrero de 2018, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la sociedad FLIPA S.A.S., a pagar a favor del señor demandante señor Diego Fernando Rubiano Vásquez las siguientes sumas de dinero:

- a. \$720.833, por concepto de cesantías.
- b. \$86.500, por concepto de intereses a las cesantías.

- c. \$720.833, por concepto de prima de servicios.
- d. \$360.410, por concepto de vacaciones.
- e. \$50.000 diarios, por concepto de indemnización moratoria, desde el día 9 de febrero de 2018 y hasta el día 8 de febrero de 2020, y a partir de 09 de febrero de 2020, se cancelarán los intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera

TERCERO: CONDENAR a la empresa FLIPA S.A.S., a cancelar a favor del demandante, los aportes en el Sistema General de Seguridad Social en pensión, desde el día 16 de agosto de 2017 al 9 de febrero de 2018, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización durante todos los meses la suma \$1.500.000 y de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, valor que deberá ser cancelado por la demandada a favor del demandante.

SÉPTIMO: Contra la presente providencia solamente procede el recurso de apelación

En lo fundamental señaló que el actor cumplió con la carga de demostrar que prestó servicios a la demandada, esta que no pudo probar que las funciones fueron ejecutadas con autonomía y desprovistas de subordinación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto

El demandante argumentó que la demandada debe ser condenada a pagar indemnización por despido injustificado, porque si bien el despacho señaló que el contrato terminó por el cumplimiento del plazo, declaró que la relación entre las partes fue a término indefinido. De otro lado, sostuvo que también debe ordenarse el pago de la sanción moratoria hasta que se verifique el pago de las obligaciones, pues la demanda fue interpuesta dentro de los dos años siguientes a la terminación del vínculo.

La demandada por su parte, alegó que no fueron valoradas pruebas legalmente allegadas al proceso o se desconoció su sentido y alcance. Señaló que la testigo Giovanna Manrique informó que no impartió ordenes

al accionante, con lo cual se demuestra que no hubo subordinación y en consecuencia no se configuró un contrato de trabajo

IV. CONSIDERACIONES

Esta Colegiatura procede a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social para definir si entre el actor y la demandada Flipa S.A.S. existió un contrato de trabajo.

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En el presente asunto, no existe duda que el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la demandada a partir de agosto de 2017 hasta febrero de 2018, pues así lo aceptó la demandada al dar respuesta al hecho primero de la demanda y en todo caso lo certificó el 26 de abril de 2018 (fl. 85 cd fl 53); no obstante, precisó que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de naturaleza civil y no laboral.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Para el efecto, la Flipa aportó contrato suscrito por el demandante el 11 de agosto de 2017 (fls 7 a 16) en el que se puede leer:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO: Mediante el presente Contrato, el **CONTRATISTA** se obliga a prestar los servicios y funciones establecidas en la orden de compra la cual establecerá las funciones específicas durante el cual esta estipulado con una duración así:

- 1) Trabajo tiempo completo en los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre.
- 2) Trabajo de medio tiempo los meses de diciembre y enero
- 3) Trabajo de medio tiempo de siete días hábiles para el cierre del proyecto en el mes de febrero.

Su lugar de trabajo será en las oficinas del cliente, con un horario de trabajo de 9 horas diarias de 7 am a 5 pm con una hora de almuerzo para los meses de tiempo completo. En el caso de los meses de medio tiempo el horario será de 7 a 12pm también en las oficinas del cliente.

En casos en que el cliente solicite nuestro acompañamiento más allá de las 5 pm se acuerda que se tendrá la disposición por parte del diseñador para atender el requerimiento y así mismo cuando se deban entregar trabajos a tiempo y no se alcance en el horario normal se deberá disponer de tiempo adicional para la entrega al cliente, con la premisa que al día siguiente y los demás días se deberá cumplir con el horario normal sin opción a la toma de decisión individual del

diseñador a recuperar tiempos, a menos de que se acuerde directamente con el PM del proyecto bajo solicitud escrita o acuerdo verbal entre las partes.

Dentro de las obligaciones del contratado quedó consignado que debía

10. Asistir a las reuniones que desarrolle CJG CONSULTORES de manera interna o con el cliente para evaluar el cumplimiento del presente contrato y para recibir requerimientos del cliente.

(...)

15. Dar respuesta a más tardar al día siguiente a los correos recibidos por parte de CJG Consultores referentes a la ejecución de la actividad contratada.

Igualmente, se relacionó dentro de las causales de terminación la no prestación del servicio o su prestación tardía, defectuosa o distinta a lo estipulado por parte del contratista. A más, quedó escrito que el contratista se comprometía a contar en todo momento con un plan de contingencia y continuidad con el fin de asegurar la ejecución del objeto y garantizar la prestación *ininterrumpida* de las obligaciones y que la empresa podría verificar la existencia del mismo en cualquier momento, durante toda la vigencia del contrato.

La demandada allegó contrato suscrito el 6 de julio de 2017, entre CJG Consultores y SOFTTEK para la ejecución de proyecto de gestión de cambio de virtualización y ciberseguridad COPEC2017 con duración de 7 meses para el cliente ABINBEV (fls. 22 a 27). También, instrumento denominado *PEDIDO ABIERTO EN VALOR CONTRATO DE SERVICIO*, suscrito entre Softtek Renovation Ltda. y Bavaria (fl. 28 a 35). Vista a folio 49 obra Acta n.º 8 del 9 de febrero de 2018, en la que se relaciona dentro de los asistentes y como miembro de Softtek al demandante en calidad de líder diseñador industrial y en compañía de otras personas se señala como responsable o participante de todas actividades excepto la presentación de un video (fl. 49 a 52).

Igualmente, fueron aportados correos electrónicos del 10 de agosto de 2017, mediante el cual Natalia Usme asigna tareas al actor y le indica los parámetros bajo los cuales debe adelantarlas, luego le pone de presente que lo llamó pero no fue posible comunicarse (fls. 64 y 65). Mensaje del 19

de octubre de 2017 en el que Mensaje del 1 de enero de 2018, en el que el actor informa que fue robado de forma violenta y presenta moretones y raspaduras por lo que solicita el favor que se le permita no asistir a la oficina y trabajar desde la casa (fl 63). En respuesta, la empresa le autoriza el trabajo en casa y le solicita conectarse desde las 8:00 a.m. (fl. 64). Finalmente, fueron traídas al proceso Planillas de pago de aportes a seguridad social realizados por el actor como independiente (fls 36 a 41), cuentas de cobro por prestación de servicios de Diego Fernando Rubiano Velásquez a CJG Consultores (fl 42 a 49)

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la representante legal de la demandada señora Giovanna Manrique Vergara, manifestó que también ostenta la calidad de Gerente general de la empresa desde 2011, la cual se dedica a realizar consultorías con base en antropología de negocios, asisten y apoyan a las empresas en la realización de proyectos investigación, desarrollo e implementación estrategias. Aseguró que la compañía no tiene trabajadores, contrata todo por prestación de servicios, de acuerdo al proyecto que se deba ejecutar pues *«no hay músculo financiero para tener una planta. permanente, la empresa no tiene como pagar prestaciones»*, entonces nunca han tenido empleados.

Dijo que el demandante debía crear e idear piezas gráficas para la comunicación del proyecto de gestión del cambio con sus propias herramientas y elementos, algunas veces lo hacía desde casa, otras, *la mayoría lo hacía dentro de la oficina del cliente* por petición de este, que acondicionó una sala de juntas y solicitó que se cumpliera el horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., el cual acató el actor, si no lo hacía *debía comunicarlo, porque la comunicación en un proyecto es vital para que fluya*, entonces debía acudir a un plan B para poder desarrollar la actividad que el dejaría de realizar. Indicó que al actor no se le llamó la atención, pues siempre hubo buena comunicación, que se proporcionó un carné o sistema de huella para acceder al edificio del cliente. Refirió que para el pago de la contraprestación que ascendía a \$1.500.000, debía presentar una cuenta de cobro la que acompañaba del pago de la seguridad social, exigida por el cliente.

Aseguró que el contrato firmado fue claro en señalar que no habría vínculo laboral con el pago de prestaciones y Diego *se veía una persona con todas las capacidades, pues uno asume que la persona toma la decisión libre con responsabilidad, como lo hicieron las otras personas del equipo*. Señaló que el contrato terminó porque el proyecto iba hasta el 7 de febrero, circunstancia que conocía desde el inicio el demandante. Además con el acta de entrega de proyecto se cierra el mismo y esta esta suscrita el 8 de febrero por el actor.

Al rendir declaración de parte el actor manifestó que firmó contrato de prestación de servicios con la demandada, documento que leyó y entendió, dijo que su trabajo consistía en elaborar diferentes piezas gráficas *como pequeños diseños industriales, unos prototipos, en general un 95% era comunicación gráfica como en diferentes medios: videos, imágenes*» ejecutó sus funciones hasta la primera semana de febrero de 2018. *A mi no me suministraban mis elementos de trabajo, yo llevaba mi computador y mi tabla y pues lo que necesitara en las oficinas del cliente principal que era Bavaria*. Aseguró que cumplió el horario especificado en el contrato, que en ocasiones fue sobrepasado por solicitud del cliente principal, pero no cancelado.

Expuso que para cobrar la contraprestación debía presentar una cuenta de cobro y el comprobante de pago de seguridad social. Señaló que Giovanna y Natalia le impartieron llamados de atención porque debía ausentarse una vez al mes para obtener un medicamento para el tratamiento de la patología de VIH que padece, además le dijeron que estaba en la obligación de informar esta condición, pues podría tener problemas legales y que debía explicarles como podían recuperar el tiempo invertido en las citas médicas. Confesó que el contrato terminó porque así estaba previsto desde el inicio.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes indicados estima la Sala que la demandada no cumplió con la carga de desvirtuar la existencia de la subordinación laboral, pues no probó que el demandante ejecutó sus funciones de manera autónoma e independiente. En efecto, desde el mismo contrato de trabajo se le impuso el cumplimiento de

horario estricto, el cual debió acatar e incluso se dispuso que de no ser suficiente la jornada debía disponer de tiempo adicional para cumplir oportunamente con los requerimientos del cliente. Para ausentarse debió solicitar permiso incluso luego de haber sido víctima de un hecho violento, además se destinó un lugar de ejecución de las funciones y se requería mediante correos para su realización, correcciones y entregas.

La Sala no olvida que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, no implican necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando no desborden la independencia o autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios, no obstante, como se vio en el asunto bajo examen el horario impuesto al demandante fue estricto, sí como definido el lugar de trabajo, debía asegurar un plan de contingencia y continuidad de la ejecución del objeto y garantizar la prestación ininterrumpida de las obligaciones, por tanto no medio autonomía en la ejecución de las funciones y es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo tal como acertadamente concluyó el Juez.

Importa destacar que el actor confesó haber leído, entendido y suscrito el contrato de prestación de servicios, empero la autonomía de la voluntad de las partes no es absoluta, pues está limitada por los principios de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y cuando se declara la relación laboral mediante sentencia judicial -contrato realidad-, cualquier pacto realizado por las partes es ineficaz, aún si se ha efectuado con la anuencia expresa del trabajador, pues este es la parte débil de la relación y el hecho de que no objete la modalidad contractual y ofrezca su consentimiento para la suscripción del instrumento en razón de la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, descarta un comportamiento de buena fe por parte de la entidad (CSJ SL2858-2022).

Indemnización por despido injustificado

En reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018), empero en el asunto bajo examen el actor no probó que fue despedido, dado que apenas se demostró cual fue la fecha de finalización con el acta de entrega del proyecto VDI Y CS ABINBEV (fls. 30 a 33), tal como concluyó la primera instancia, argumento este que no fue rebatido en la apelación en la cual apenas se indicó que se había declarado la existencia de un contrato a término indefinido y que no procedía la finalización por un plazo pactado, asunto no señalado por el Juez. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia en este punto.

Liquidación sanción moratoria

La parte demandante alega que la sanción moratoria debe ser ordenada a razón de un día de salario desde la terminación del contrato hasta que se verifique el pago de la obligación.

En cuanto a la manera de determinar la sanción moratoria se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone en su numeral 1º que:

Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 proferida el 6 de mayo de 2010, reiterada en sentencia de 3 de mayo de 2011, radicado n.º 38.177, sentencia del 25 de junio de 2012, radicado 46.38 y SL918 de 2014 y SL 1005 de 2021 señaló:

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un

límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

En el caso analizado la relación laboral se extendió hasta 9 de febrero de 2018 y la demanda fue interpuesta el 13 de diciembre de 2019 (fl. 43), es decir, dentro de los 24 meses previstos en la norma, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor del demandante de un día de salario por los primeros 24 meses, esto es hasta el 9 de febrero de 2020 y en adelante y hasta que se verifique el pago de la obligación hay lugar al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera. En consecuencia, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

Sin Constas en la instancia.

V. DECISIÓN

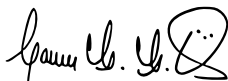
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



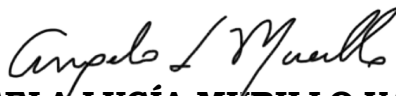
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2019 00688 01.
DEMANDANTE: ISMAEL DÍAZ GARZÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2021. También el grado de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se condene a la demandada a pagarle debidamente indexada indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 962.82 semanas al Instituto de Seguros Sociales a través de diferentes empleadores del sector privado. Refirió que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución n.º 7417 del 30 de noviembre 2012. La demandada mediante Resolución SUB 41494 del 19 de febrero de 2019, *declaró pérdida de competencia*. Inconforme, interpuso recurso de apelación; empero la entidad ratificó su negativa por Acto Administrativo DPE 2454 del 2 de mayo de 2019 (fls. 28 a 33).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió los hechos, salvo el número de semanas cotizadas en prima media. Formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó, que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte del Magisterio, por ello, no es posible otorgarle ninguna prestación en el régimen de prima media, pues de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política no puede percibir más de un ingreso proveniente del erario (fls. 72 a 79).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor Ismael Díaz Garzón quien se identifica con la cédula 19.372.354 la indemnización sustitutiva de sus tiempos cotizados al régimen de prima media con prestación definida, debidamente indexada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones, especialmente la de prescripción toda vez que derechos pensionales tales como la indemnización sustitutiva no se encuentran afectados por el mismo conforme a la sentencia de radicado 74456 del 23 de noviembre de 2019 conforme lo motivado.

TERCERO: COSTAS serán a cargo de la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y en favor de la aquí demandante que sean tasadas por la secretaría

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se ordena remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que surta el grado jurisdiccional de consulta

Básicamente, señaló que la pensión que disfruta el demandante y que le fue otorgada por el Magisterio es compatible con la indemnización sustitutiva reclamada, pues tienen su origen en tiempos de servicio diferentes además las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros

Sociales no hacen parte del erario y en consecuencia no se incurre en la prohibición prevista en el artículo 128 de la constitución Política.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada imploró revocar la decisión al argumentar que existe falta de causa y título para pedir porque la prestación otorgada es incompatible con la prestación que el Magisterio reconoció a la actora con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 4 de 1992. Sostuvo que la demandante ya disfruta de una pensión y no puede serle reconocida otra prestación cuya fuente es el erario, según lo dispone la ley 100 de 1993. Alegó que no hay lugar a actualizar la suma reconocida dado que su pago es incompatible con el pago de intereses moratorios porque estos incluyen un factor de indexación. Pidió ser absuelta de pagar costas del proceso, pues los recursos de la entidad no pueden ser destinados a asuntos diferentes a sus fines.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la accionante tiene derecho a la indemnización sustitutiva correspondiente, por tiempos cotizados en el ISS a través de empleadores privados o si es incompatible con la pensión de jubilación que actualmente percibe.

Son hechos probados e indiscutidos, que: *i)* que el demandante es beneficiario de una pensión vitalicia de jubilación reconocida por la Secretaría de Educación de Bogotá – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución n.º 7417 del 30 de noviembre

2012, a partir del 15 de noviembre de 2011, en cuantía inicial de \$1.43.703 (fls. 24 y 25), y *ii*) que solicitó a la demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión vejez, la que fue negada por Colpensiones mediante Resoluciones SUB 41494 del 19 de febrero de 2019, y DPE 2454 del 2 de mayo de la misma anualidad (fls. 21 a 23).

El inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, dispone que el sistema general de seguridad social previsto en dicho precepto no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Por tal motivo, es viable afirmar que pese al reconocimiento de la prestación concedida al actor al amparo del régimen exceptuado del Magisterio con tiempos diferentes en los que hoy se sustenta la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, es posible.

En armonía de lo anterior, el artículo 2º del Decreto 2527 de 2000 que dispone que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, debe ser entendido bajo la premisa que esos servicios o cotizaciones deben darse respecto de las entidades del sector público o administradoras que pertenezcan al sistema general de pensiones y no en relación con los regímenes exceptuados, como es el caso del Magisterio Nacional.

En el asunto de marras, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva se solicita con base en las cotizaciones realizadas directamente ante Colpensiones desde el 16 de agosto de 1978 hasta el 31 de diciembre de 2007, dado las vinculaciones con personas jurídicas privadas (Colapsibles Plástico, Frascos Técnicos Ltda, Arquidiócesis de Bogotá, Coeducar, Colegio Parroquial, Fundación de Empleados de la Caja, Fundación Educativa Agraria de Colombia, Liceo Moderno Santa Emilia Ltda) que ascienden a 525 semanas de conformidad con el contenido de las resoluciones emitidas por la entidad (fls 24 a 27), las cuales de conformidad con el contenido de la Resolución n.º 7417 de 30 de noviembre de 2012 (fls. 28 a 31), no fueron tenidas en cuenta para reconocer la pensión otorgada por el Fondo Nacional de Prestaciones

Sociales del Magisterio, en virtud del tiempo de servicios prestados como docente nacionalizado.

En esa perspectiva, al tener el demandante la calidad de docente oficial y estar excluida del sistema integral de seguridad social al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le era dable prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y obtener una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones educativas privadas y financiar una posible pensión de vejez o en su defecto la indemnización sustitutiva correspondiente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones (CSJ SL451-2013, SL 2649-2020).

Conviene precisar que, si bien el artículo 128 de la Constitución Nacional prohíbe percibir doble asignación proveniente del tesoro público, también lo es que ha sido reiterada la jurisprudencia en materia de seguridad social que consagra que tal prohibición está estrechamente relacionada con el ejercicio de empleos en el sector oficial y el pago de prestaciones provenientes de estas ocupaciones, lo cual no sucede en este caso, dado que los dineros recaudados por concepto de las cotizaciones que efectúan el empleador y el trabajador al Instituto de Seguridad Social hoy Colpensiones, o a los Fondos de Pensiones, son aportes parafiscales y no recursos del tesoro público como se colige del literal m) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 el cual establece que *"Los recursos del sistema general de pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran"*. Lo anterior, significa que estos rubros no pertenecen a Colpensiones, sino que son simplemente administrados por esta entidad, por tanto, no impide la percepción de la pensión vejez implorada (CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019).

Ahora, el Decreto 1730 de 2001, reglamentario del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispone en el literal a) del artículo 1:

Causación del derecho. Modificado por el Decreto Nacional 4640 de 2005. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las administradoras del régimen de prima

media con prestación definida, cuando con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones se presente una de las siguientes situaciones:

Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando.

El accionante nació el 14 de noviembre de 1956 (fl. 33), es decir que alcanzó 62 años de edad el 14 de noviembre de 2018, data en la cual podía solicitar la pensión de vejez, empero como no acreditó la densidad de semanas y no continuó cotizando, en esa fecha causó el derecho a la indemnización sustitutiva que por disposición legal debe contemplar todos los servicios prestados, incluso, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Como quiera que el acto no está llamado a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo del dinero por el paso del tiempo, la demandada deberá indexar la suma antes señalada desde el 14 de noviembre de 2018, cuando se causó la prestación hasta la data en que se verifique su pago.

No se causan costas en el grado de consulta ni en la instancia.

VI. DECISIÓN

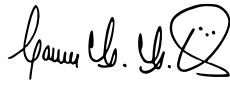
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de junio de 2021 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



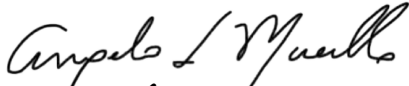
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Salvo voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 21 2021 00 534 01
DEMANDANTE: ADRIANA MARCELA ARCINIEGAS ORTÍZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare que *«existió un vicio en el consentimiento en el contrato»* de afiliación suscrito el 1 de agosto de 1995 con Porvenir S.A. Se declare la *«nulidad (ineficacia)»* del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordené a la AFP trasladarla a Colpensiones con los aportes y rendimientos debidamente indexados. A la última a aceptar el traslado. Así mismo, se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de enero de 1965, se afilió a la Caja Nacional de Previsión Cajanal el 28 de febrero de

1994. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en noviembre de 1995. Señalo que desde el 28 de febrero de 1994 y hasta la fecha su empleador ha sido la Fiscalía General de la Nación. Adujo que los asesores del fondo no le informaron las características del régimen sus ventajas, desventajas ni las implicaciones, consecuencias, que conllevaría el traslado.

Refirió que el 16 de junio de 2021 solicitó a Porvenir el traslado de régimen, copia de estudio de pensión anticipada y de vejez realizada al momento del traslado, igualmente solicitó a la AFP simulación pensional y copia de la historia laboral. Frente a la primera petición Porvenir respondió que no tenía soportes físicos de la asesoría para la época del traslado. A la segunda, que a la edad de 57 años con un capital de \$275'147.764 y 1.320 semanas cotizadas obtendría una pensión de \$924.334. A la tercera señaló que no tiene el capital suficiente para acceder a la de pensión anticipada. Así mismo la AFP anexó copia de la historia laboral consolidada. Finalmente, el fondo privado señaló que no es posible el cambio de régimen por estar inmersa en prohibición legal en razón de la edad. Señaló que el 14 de septiembre de 2021, recibió por parte de la subdirectora regional de apoyo central de la Fiscalía, certificados de aportes pensionales efectuados a Cajanal. Finalmente, que solicitó a Colpensiones el retorno a RPM pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 7 al 21).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Admitió el traslado de régimen, la solicitud elevada al fondo privado y su respuesta. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En defensa de sus intereses, planteó que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, pues la demandante es una persona capaz quien suscribió el formulario de afiliación de manera voluntaria, con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época (expediente digital, archivo 07 fls. 3 al 28).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de prima

media, el traslado de régimen, la solicitud de retorno a prima media, su respuesta y la entrega de copia de cotizaciones efectuadas a Cajanal por la demandante. De los demás hechos dijo no le constan. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, nulidad sui generis de las entidades de la seguridad social y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que la accionante no puede retornar al régimen de prima media, pues no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad (expediente digital, archivo 11 fls. 3 a 41).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 21), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora Adriana Marcela Arciniegas Ortiz al régimen de ahorro individual el 1º de agosto de 1995, con fecha de efectividad a partir de la misma data, por intermedio de Porvenir S.A.; y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora Adriana Marcela Arciniegas Ortiz. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A. y Colpensiones, conforme a lo motivado.

QUINTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a Colpensiones.

SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior, por ser adversa a los intereses de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera a la actora conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Porvenir S.A. solicitó revocar de la sentencia, bajo el argumento de que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no puede aplicarse de manera homogénea y en casos como el presente no opera por cuanto, la demandante contó con la debida asesoría sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS. Además, suscribió y firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Expuso que cumplió con el deber de brindar información al amparo de las exigencias legales vigentes para la época del traslado y que la demandante faltó a su deber de consumidor financiero. Señaló que la demandante al ser abogada de profesión estaba llamada a interpretar las leyes que regulan los regímenes pensionales. Adujo que el actuar de la AFP estuvo precedido de la buena fe objetiva y de la legalidad.

Refirió que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues son sumas que fueron descontadas por mandato legal, están destinadas a retribuir a la AFP por su buena gestión y no se encierran en su poder, así mismo rechazó la

devolución de rendimientos financieros. De otro lado, se opuso a la condena en costas.

Colpensiones imploró revocar la decisión al señalar que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, por ende, no puede acarrear las consecuencias de esta declaratoria. Rechazó la declaratoria de ineficacia pues se afectaría el equilibrio financiero de seguridad social en pensiones. En caso de confirmarse la sentencia solicitó mantener la condena del traslado de todos los aportes, rendimientos financieros, dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales y se faculte a Colpensiones para que por las vías judiciales pueda obtener el valor de los perjuicios económicos que se generen.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen

del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el certificado emitido por Asofondos la actora se afilió al RAIS el 1 de agosto de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A., posteriormente se trasladó a la AFP Horizonte el 1 de octubre de 1997 y a partir del 1 de septiembre de 1999 en adelante a Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 07 fl. 30).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que trabaja en «*la Fiscalía General de la Nación*» que es abogada, graduada en 1992.

Refirió que para la época del traslado empezó el «boom» de los fondos privados y a su lugar de trabajo llegaron asesores de diferentes AFP y le informaron que iban a acabar el Seguro Social y que en los fondos privados obtendría una mejor rentabilidad, que se pensionaría de manera anticipada y con una mesada pensional superior, razones que la llevaron a diligenciar y firmar el formulario de afiliación. Señaló que no fue informada sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Refirió que recuerda lo relacionado con la rentabilidad de las cesantías, pero no de la rentabilidad de la pensión. Admitió que le llegan extractos mensuales de pensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que

conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por

las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión tal como dispuso el juez de primera instancia.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión, por lo que la sentencia será adicionada.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, trasladar recursos a Colpensiones. En consecuencia, la sentencia será confirmada en este punto.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

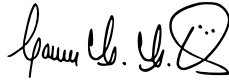
PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



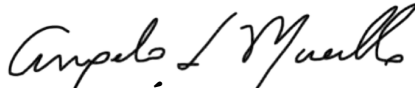
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2013 00098 01
DEMANDANTE: CARMEN ROSA ZAMORA, CARMEN YURLEY REBOLLEDO ZAMORA, IVÁN DARÍO ZAMORA RUIZ
DEMANDADO: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., EDGAR GERARDO GÓMEZ, MARÍA CAMILA AMAYA VALDERRAMA, JAIME ANDRÉS PINZÓN BELLO Y LAS LLAMADAS EN GARATÍA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y SEGUROS DEL ESTADO S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas Comcel S.A., BBC Ingenieros Ltda, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Bello Pinzón contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de marzo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral en nombre propio y en representación de sus menores hijos, Carmen Yurley Rebolledo Zamora e Iván Darío Zamora Ruiz para que se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor entre Julio Cesar Rebolledo Osorio y Edgar Gerardo Delgado Gómez que estuvo vigente entre el 14 y el 19 de junio de 2010. En consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a pagar debidamente indexados perjuicios patrimoniales: daño emergente y lucro cesante, y daño moral. Así como salarios correspondientes a 5 días.

En respaldo de sus pretensiones, narró que convivió con Julio Cesar Rebolledo Osorio desde abril de 2007, en la finca San Martín, fruto de su unión fue su hija Carmen Yurley Rebolledo Zamora quien nació el 23 de

julio de 2008. En adición indicó que su compañero crio a su hijo Iván Darío Ruiz Zamora como si fuera un hijo biológico, le brindó afecto y cariño

Adujo que Comcel S.A. contrató a Edgar Gerardo Delgado Gómez, para que adelantara la construcción de una antena telefónica en la vereda Corralito, corregimiento de Corralito, municipio de Hato Corozal – Casanare, para el efecto, el 14 de junio de 2010, este a su vez contrató verbalmente como obrero raso a Julio Cesar Rebolledo Osorio, con una remuneración equivalente al salario mínimo. Narró que el 18 de junio de 2010, su compañero, sufrió accidente de trabajo el cual describió así: *«cuando se encontraba dentro de la excavación, amarrando unas varillas que estaban en el piso con alambres, cerca de la pared mal protegida que en ese momento comenzó a ceder, Julio Cesar Rebolledo Osorio no tuvo otro medio de defensa que correr hacia la pared del otro extremo del derrumbe.»* *«la pared se derrumbó, los palos verticales cayeron fácilmente por la presión de la tierra. El derrumbe no alcanzo a Julio Cesar, pero el extremo de uno de estos palos sí, golpeándolo fuertemente en su humanidad dejándolo gravemente herido»*. Relató que fue trasladado al hospital más cercano ubicado en Cravo Norte, donde falleció a las 2:00 a.m. del 19 de junio de 2010.

Informó que la excavación no tenía ningún sistema de protección que evitara el derrumbamiento de la tierra, tan solo una de las paredes estaba trancada con 6 tablones instalados horizontalmente, sostenidos por dos palos verticales enterrados en el piso que sobresalían en la parte superior y de allí estaban amarrados con alambre a unas estacas enterradas a metro y medio de la excavación, distancia insuficiente para garantizar la estabilidad de la madera que impidiera que la pared se derrumbara. Tampoco se hicieron los apuntalamientos debidamente sustentados para evitar derrumbes, ni se aseguraron transversalmente.

Adujo que el demandado Edgar Gerardo Delgado Gómez, en calidad de maestro de obra no brindó inducción sobre seguridad industrial al comenzar los trabajos, tampoco le proporcionó casco, botas, ni dotación necesaria para la protección del trabajador, incluido el arnés, no había

botiquín, tampoco médico, ni interventoría permanente (fls. 3 a 9 y 35 a 38 subsanación).

Edgar Gerardo Delgado Gómez rechazó la prosperidad de las pretensiones. Admitió la existencia del contrato, la fecha de inicio, el salario pactado, que pidió al causante laborar en horas extras, que fue trasladado al hospital más cercano donde falleció a las 2:00 a.m. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Como excepción previa propuso el «*llamamiento en garantía de la empresa Positiva Compañía de Seguros S.A.*» y las de mérito de de buena fe y ausencia de culpa y dolo, inexistencia de la obligación extracontractual, inexistencia de obligación o responsabilidad contractual, falta de fuente de la obligación, pago y cobro de lo no debido por parte de la empresa Aseguradora Positiva Compañía de Seguros. Para enervar las peticiones argumentó que no tuvo culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo, pues no actuó de forma negligente o imprudente y el siniestro acaeció por fuerza mayor o caso fortuito (fls. 84 a 89 y 263 a 270 subsanación).

Al contestar **Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, dijo no ser ciertos o no constarle. Propuso la excepción previa de falta de integración del *Litis* consorcio necesario con BBC Ingenieros Ltda y las de mérito de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la parte demandante, pago, compensación, buena fe, prescripción, inexistencia de responsabilidad solidaria y las demás declarables oficiosamente. En su defensa argumentó que no existió vínculo laboral con el causante, tampoco vínculo comercial con el demandado Edgar Gerardo Delgado Gómez, que la empresa no desarrolla obras civiles dentro de su objeto social. Además que suscribió orden de compra de obra civil con la sociedad BBC Ingenieros Ltda, esta que se comprometió a indemnizar la totalidad de los perjuicios causados en ejecución de la misma, por tanto no hay razón jurídica para declararla solidariamente responsable de las peticiones (fls. 123 a 143).

Por auto del 4 de octubre de 2013 (fl. 261 y 262) se dispuso vincular en calidad de *litis* consorcio necesario a **BBC Ingenieros Ltda** que al

contestar se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos expuso que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de responsabilidad por fuerza mayor, inexistencia de responsabilidad por ausencia de nexo causal y culpa y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el causante nunca le prestó servicios, por tanto no le adeuda acreencias laborales. Además, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el accidente de trabajo (fls 374 a 387).

Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2016, la parte demandante solicitó integrar el contradictorio con Civilmec Suramérica Ltda, empresa con la cual el demandado Edgar Gerardo Gómez suscribió contrato de prestación de servicios de obra civil para el «*SUMINISTRO DE MATERIALES Y MANO DE OBRA PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS CORRESPONDIENTES A LA OBRA CIVIL DE LA CIMENTACIÓN DE UNA TORRE DE TELECOMUNICACIONES DE 100 METROS DE ALTURA EN EL CORREGIMIENTO DE CORRALITO*». Puso de presente que los socios de esta compañía son María Camila Amaya y Jaime Andrés Pinzón Bello y la demandada BBC Ingenieros Ltda. Además el representante legal de las dos compañías es Herlindo Barbosa Ariza (fls.401 a 407).

En audiencia celebrada el 17 de febrero de 2015 (fl. 412), se acepta vincular a los socios de Civilmec Suramerica Ltda señores María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Pinzón Bello, quienes se opusieron a las pretensiones. Manifestaron que los hechos no son ciertos. Formularon las **excepcione** de inexistencia del ente societario por encontrarse liquidado y por ende de la calidad de socios de quienes la integraban, falta de legitimación en la causa por pasiva- no existencia de solidaridad por parte del ex socio, falta de causa y título respecto de la parte demandante, inexistencia de responsabilidad solidaria, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia de la calidad de beneficiario, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y pago. En defensa de sus intereses, señalaron que la sociedad esta liquidada, que no están llamados a responder solidariamente, pues nunca sostuvieron relación laboral o comercial con el causante (fls 428 a 442. Se tuvo como notificada por conducta concluyente a María Camila Amaya. Fl. 470).

Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., además llamó en garantía a **Seguros del Estado S.A.** (fls. 235 a 238) que al contestar negó la razón causa o derecho que tenga la parte actora y Comcel. Se opuso a las pretensiones de la demanda y del llamamiento, frente a este admitió la suscripción de póliza de responsabilidad extracontractual vigente desde el 9 de marzo de 2010 y el 9 de agosto de 2010 y póliza de cumplimiento particular vigente desde el 9 de marzo de 2010 y 9 de mayo de 2013, en las que se comprometió a amparar la responsabilidad extracontractual el cumplimiento, los salarios y prestaciones sociales. También que Comcel fue notificada de la demanda. De los hechos de la demanda dijo que ninguno le consta. Propuso como excepciones al llamamiento las que denominó prescripción de las acciones que derivan del contrato de seguro, la no vigencia de las pólizas objeto del llamamiento, excepción relacionada con el incumplimiento por parte del asegurado y/o beneficiario de la garantía de dar aviso oportuno del siniestro a la aseguradora dentro del término legal. Frente a la demanda formuló las excepciones de prescripción de las acciones de carácter laboral, inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por falta del derecho alegado, buena fe y las demás declarables de oficio (fls. 291 a 301).

Edgar Gerardo Delgado Gómez llamó en garantía a **Positiva Compañía de Seguros S.A.** (fls. 271 a 273) que al contestar manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos del llamamiento aceptó que suscribió con el demandado póliza de riesgos laborales, que elaboró informe de accidente y lo reconoció como accidente de trabajo. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho e inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción sin que implique reconocimiento (fls. 310 a 314).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de marzo de 2021 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Edgar Gerardo Delgado Gómez y el señor Julio Cesar Rebolledo Osorio que en paz descanse existió una relación de trabajo vigente entre el 14 de junio de 2010 y el 19 de junio de ese mismo año, en virtud del cual desempeñó el cargo de obrero devengando como remuneración una suma igual a un (1) SMLMV de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al señor Edgar Gerardo Delgado Gómez y en forma solidaria a la Sociedad de Comunicación Celular Comcel S.A. a BBC Ingenieros, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Pinzón estos dos últimos en calidad de socios de la sociedad Civelmec LTDA y solo hasta el monto de sus aportes a reconocer y pagar las sumas que a continuación se relacionan por los siguientes conceptos;

- a. \$124.281.438 a favor de Carmen Rosa Zamora por concepto de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro.
- b. \$62.140.719 a favor de Carmen Yurley Rebolledo Zamora por concepto de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro.
- c. \$62.140.719 a favor de Iván Darío Ruiz Zamora por concepto de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro.
- d. 30 salarios mínimos legales a la fecha de deceso del señor Julio Cesar Rebolledo Osorio los que deberán ser indexados a la fecha de pago a favor cada uno de los demandantes, es decir, a favor de Carmen Rosa Zamora, Carmen Yurley Rebolledo Zamora e Iván Darío Ruiz Zamora por concepto de perjuicios morales.

TERCERA: ABSOLVER a las llamadas en garantía, Seguros del Estado S.A y Positiva Compañía de Seguros de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

CUARTO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación propuestas por las llamadas en garantía y no probados los demás de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR en costas a los demandados Edgar Gerardo Delgado Gómez, Comunicación Celular S.A. COMCEL, BBC Ingenieros LTDA, los señores María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Bello liquidense por secretaria incluyendo en ella la suma de \$6.000.000 valor en que se estiman las agencias en derecho.

En lo fundamental señaló que el demandado Edgar Gerardo Delgado Gómez incumplió las medidas de seguridad mínimas para la excavación que encomendó al trabajador, es decir que no obró con diligencia y cuidado, por tanto se configura culpa patronal en la ocurrencia del accidente. Revisados los objetos sociales de las demandadas y la cadena de contratación de los servicios del trabajador determinó que los demandados son solidariamente responsables del pago de la indemnización reclamada. Concluyó que las pólizas contratadas con Seguros del Estado, no contienen la cobertura de la indemnización otorgada. Finalmente, señaló que la ARL se ocupa del pago de las prestaciones sociales previstas en el sistema de seguridad social.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Comcel S.A. BBC Ingenieros Ltda, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Bello Pinzón apelaron lo resuelto.

Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., solicitó revocar la sentencia y, en su lugar, absolverla de todas las condenas, pues no está llamada a responder solidariamente, porque el causante no le prestó servicios laborales, civiles o comerciales, tampoco tuvo relaciones de esta naturaleza con el empleador Gerardo Delgado Gómez, ni con alguna de las otras personas **natrales** o jurídicas demandadas. Alegó que la responsabilidad por culpa patronal no puede ser extendida a terceros por vía de solidaridad, dado que *«claramente es una sanción que debería ser impuesta únicamente al empleador omisivo»*.

Sostuvo que suscribió una orden de obra civil, dentro de la cual estaba la contratación de una torre con BBC Ingenieros que era un contratista independiente, que actuó como verdadero empresario con capacidad directiva, técnica, estructura y medios de producción propios, aparato productivo especializado y personal subordinado respecto del cual asumió riesgos.

Arguyó que no se configuran los elementos de la tercerización globalizada que resumió en tres: - actividades de apoyo que no produzcan lucro empresarial, - que se trate de un tercero especializado en actividades ajenas al objeto principal y - que se configure la demanda flexible. Sobre el particular sostuvo que Comcel es una empresa de telecomunicaciones que explota el espectro electromagnético con autorización legal para prestar servicios de telefonía móvil y servicios fijos, de hogar, como telefonía e internet y adelantar su comercialización y en ningún momento cedió o trasladó esta función. Explicó que lo que hizo fue contratar a BBC Ingenieros una obra civil en una actividad que no hace parte del objeto principal, ni le representa lucro, pero para la cual la empresa de ingeniería está especializada y tiene plena autonomía técnica.

Señaló que el Juzgado no analizó los objetos sociales de las diferentes compañías, sino que limitó su estudio al contrato suscrito entre los demandados Edgar Delgado y Civelmec y consideró que las demandas se beneficiaban de manera indirecta, pero para el caso de Comcel no aplica esa conclusión porque en manera alguna se beneficia con *«la construcción de un hueco»* con la excavación de un terreno que era la actividad que el causante estaba adelantando cuando se produjo el siniestro *«esas actividades específicas no le generan ningún tipo de lucro, no se puede considerar que son del giro ordinario»*. Puso de presente que debe tomarse en consideración que en la contestación de la demanda el empleador expuso que sí se hizo entrega de los elementos de protección personal y las condiciones de locación del lugar donde ocurrieron los hechos.

De otra parte, solicitó estudiar en el expediente físico las pólizas contratadas con Seguros del Estado, pues contrario a lo considerado por el Juzgado si se cumplen los presupuestos legales para imponer condena en contra de la aseguradora. Solicitó revisar todo el acervo probatorio para verificar los argumentado. Finalmente, expuso que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso.

BBC Ingenieros Ltda. al apelar **centro** sus argumentos en tres puntos 1. Ausencia de responsabilidad solidaria. 2. Ausencia de nexo causal y 3. Oposición a la exclusión y absolución de las aseguradoras.

Sostuvo que la sentencia adolece de yerro de interpretación, pues el artículo 167 del Código General del Proceso impone la obligación a las partes de probar los hechos en que fundan sus pretensiones también dispone la distribución de la carga de la prueba de oficio o a petición de parte, para que quien tenga la mejor o mayor posibilidad de aportarlas lo haga.

Señaló que la parte demandante debió probar el daño, el nexo causal y la responsabilidad o actuar defectuoso; no obstante, no demostró que el demandado no actuó con diligencia o prudencia, tampoco si se habían o no entregado los elementos de seguridad y se había capacitado al trabajador. Con todo el Juzgado acudió a las declaraciones de los

trabajadores unos que estaban laborando el día del accidente y otros que no, pero no acudió a un estudio técnico a fin de establecer si contaban con elementos de seguridad y con ello vulneró el régimen de culpa o de responsabilidad civil extracontractual. Refirió que en asuntos como este rige la culpa probada y no la presunta.

De otra parte, sostuvo que aunque la parte actora no allegó prueba de vínculo contractual entre BBC y Edgar Delgado y entre BBC y Civelmec, el Juzgado con base en indicios, y suposiciones dio por probado tal hecho, por tanto se rompe la cadena de responsabilidad civil extracontractual y la responsabilidad solidaria. Expuso que tampoco se demostró relación alguna con el causante.

Arguyó de manera subsidiaria que no es procedente excluir a la ARL Positiva, pues está calificó el hecho como un accidente de trabajo y debe asumir la responsabilidad jurídica frente a terceros. Además, señaló que Seguros del Estado está llamada a pagar las condenas, pues obra póliza de responsabilidad civil extracontractual que ampara todos los riesgos acaecidos entre BBC y Comcel, por tanto es tercero garante. Finalmente señaló que las excepciones deben ser estudiadas.

María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Pinzón Bello suplicó revocar la decisión al argumentar que la sentencia carece de observancia plena de las situaciones y pruebas, pues no se indicó a fondo cual era la intención de cada una de estas, con ello se omitió lo dispuesto en el artículo 167 del Código General Del Proceso en cuanto a la valoración de las mismas.

Centro su recurso en tres puntos 1. Inexistencia de culpa patronal. 2. Tasación de la indemnización y 3. Solidaridad de los patronos.

Señaló que debe establecerse la culpa suficientemente probada del empleador para establecerse si el daño fue causado en concordancia con que haya existido accidente de trabajo o enfermedad profesional, además para el nexo causal es requisito que el empleador haya obrado de forma negligente o haya incumplido sus deberes y obligaciones, pero tales

circunstancias no fueron probadas por la parte demandante,; **sin embargo** el Juzgado para tener por probados hechos tomó en consideración los testimonios. Aquí puso de presente que **la** solamente la parte actora tuvo la oportunidad de cuestionar a los testigos, pues no se accedió a la nulidad presentada.

Aseguró que para ejecutar los trabajos se requería de varias ordenes de compra y contratos suscritos por Comcel. Así Comcel contrato con BBC y además con otra empresa llamada Teka que se dedicaba también al tema de trabajos civiles y para ejecutar los contratos estas empresas se valían de los mismos trabajadores que estaban en la zona, se *utilizaban tanto para lo uno como para lo otro* y eso no pudo ser descartado por la Juez. Insistió en que tal hecho no pudo ser determinado, pues no tuvo la oportunidad de formular a los testigos.

Aseguró que el dicho de los testigos fue muy similar y el Juzgado tomó en consideración en especial el dicho de José Rubén Pérez Castro por su experiencia en construcción, empero en sus generales de ley esta persona manifestó que era coordinador de deporte, lo que supone experiencia pero en esta actividad para poder ejercer este cargo, en adición este no estaba presente al momento del siniestro. En cuanto a Víctor Abraham Vaca Brito, expuso que informó que prestaba servicios para Edgar Villamizar y hay una clara confusión entre ese nombre y Edgar Gerardo Delgado, es decir que no se sabe si este testigo trabajaba para Teka o BBC, por tanto solamente puede tenerse como testigo de oídas.

Sostuvo que el testigo Jesús María Nieves no supo indicar el nombre del maestro para el cual prestaban servicios. Ferney Nieves Garcés, Víctor Ubaldo Hurtado Vargas y David Gadiel Nieves Catimay, no estuvieron presentes al momento del siniestro, pero refieren casi coincidentemente como si *«las declaraciones fueron armadas como una obra de teatro»* que nunca les dieron cascos, elementos de trabajo, protecciones, ni inducción, pero no puede concluirse con su dicho que el causante no portaba estos elementos cuando sucedió el accidente, pues no lo presenciaron. Señaló que están llamadas a prosperar las excepciones propuestas pues no hay soporte probatorio de la configuración de culpa patronal y en consecuencia

la condena carece de sustento, pues los testimonios obedecen a un *formato previamente montado*. Señaló no se configura culpa patronal, pues no se probó el nexo causal, en consecuencia, no hay lugar a imponer condenas solidarias.

De otro lado, sostuvo que no es posible determinar el dolor que sufrió la demandante, con las declaraciones recepcionadas, por tanto solicita revisar la tasación de los daños morales y el lucro cesante.

Finalmente, **legó** que las pólizas de seguro deben ser afectadas y se debe imponer condenas a Seguros del Estado y Positiva Compañía de Seguros. Finalmente, solicitó ser absuelta de pagar las costas del proceso.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo a efectos de determinar la existencia de la culpa patronal en el accidente de trabajo sufrido por Julio Cesar Rebolledo Osorio. Igualmente, se analizará la de la indemnización ordenada en primera instancia, así como la responsabilidad solidaria de las demandadas y la obligación de responder de las llamadas en garantía.

Para dilucidar cada uno de los planteamientos esbozados en las apelaciones, se advierte que no existe controversia y se encuentra demostrado: **i)** la existencia de la relación laboral entre Julio Cesar Rebolledo Osorio y Edgar Gerardo Delgado Gómez, la cual inició el 14 de junio de 2010; **ii)** la ocurrencia del accidente de trabajo sufrido por el actor el 18 de junio de 2010, tal como se extrae de comunicación emitida por Positiva Compañía de Seguros vista a folio 31, así como, **iii)** el deceso del trabajador el 19 de junio de 2010 con ocasión del siniestro de trabajo (fl. 25).

Por cuestiones de método, se abordará primero las apelaciones que argumentan de forma principal **1.** la falta de responsabilidad del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, por consiguiente, la absolución de la condena por culpa patronal. **2.** posteriormente, en caso de configurarse culpa, se dilucidará la existencia de responsabilidad solidaria y **3.** finalmente, se verificará lo referente a la determinación de los perjuicios y su cobertura en virtud de las pólizas suscritas con las llamadas en garantía.

De los recursos de apelación interpuestos Comunicación Celular Comcel S.A., BBC Ingenieros Ltda, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Bello Pinzón, en relación con la configuración de culpa patronal.

Para el efecto, se precisa que la indemnización total y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, exige la demostración de la culpa patronal, que se constituye cuando los hechos muestran que faltó *«aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios»*. Es decir, que es presupuesto de esta indemnización, la existencia de la culpa suficientemente comprobada del empleador, la cual debe ser demostrada por quien la reclama, salvo, que se impute al empleador una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, evento en el que le corresponde al empleador demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, mediante la aportación de las pruebas que acrediten que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.

El anterior entendimiento tiene sustento en decisiones proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sentencia CSJ SL 7181-2015, reiterada en la CSJ SL 5546 de 2019, en la que adoctrinó:

Aunque la Sala tiene definido que, según la preceptiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, al demandante le incumbe demostrar la culpa del empleador, no es menos cierto que también ha considerado que **cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la**

enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores. Así por ejemplo, en sentencia 26126 de 3 de mayo de 2006, expuso la Corte:

(...)

No puede olvidarse, además que *«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»*, tal como lo pregonan el artículo 1604 del Código Civil, por tanto, amén de los demás supuestos, probada en concreto la omisión del empleador en el cumplimiento de sus deberes de protección y seguridad, en otras palabras, de diligencia y cuidado, se prueba la obligación de indemnizar al trabajador los perjuicios causados y, por consiguiente, si el empleador pretende cesar en su responsabilidad debe asumir la carga de probar la causa de la extinción de aquella, tal y como de manera genérica lo dice el artículo 1757 del Código Civil.

(...)

No hay dos pasos, sino uno solo, la prueba de la culpa es el incumplimiento de la obligación, en este caso de índole legal, que le impone al empleador ofrecerle a su trabajador medidas de seguridad. Nada más. **Probado el incumplimiento, el empleador, como todo deudor, solo se libera de responsabilidad si acredita que obró con mediana diligencia en la adopción de las medidas de seguridad.**

Recientemente al explicar cómo opera la carga de la prueba de la culpa de un empleador a quien se le reprocha su negligencia y memorar el criterio de antaño expuesto sobre ese asunto por el Tribunal Supremo del Trabajo, precisó esta Sala de la Corte en la sentencia del 10 de marzo de 2005, radicación 23656:

«Ciertamente, una vez se demuestra que la causa eficiente del infortunio fue la falta de previsión por parte de la persona encargada de prevenir cualquier accidente, como medida de seguridad adoptada al efecto por la empresa, la carga dinámica de la prueba se traslada a ésta, dada su calidad de obligada que no cumple satisfactoriamente con la prestación debida, de conformidad con el artículo 216 del CST en concordancia con las normas que regulan la responsabilidad contractual». (Negrilla fuera el texto original).

Ahora bien, es oportuno poner de relieve, que el empleador para evitar cualquier accidente o daño en los que se vea afectado el trabajador, debe implementar una política de seguridad y salud en el trabajo, en lo pertinente regulada, por la Ley 9º de 1979, Resolución 2400 del mismo año, el Decreto 614 de 1984, la Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios del Trabajo y Seguridad Social y de Salud, el Decreto 1295 de 1994, la Ley 776 de 2002 (CSJ SL 2388 de 2020).

De ahí, que cuando acaece un accidente de trabajo y, se ha endilgado una conducta omisiva al empleador, éste debe demostrar que identificó los riesgos ocupacionales de manera oportuna y tomó las medidas de

prevención correspondientes en atención a las condiciones generales y especiales de la labor desempeñada, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos del trabajo. Estas obligaciones se encuentran previstas además, en los numerales 1º y 2º del artículo 57 del Código Sustantivo de Trabajo, según las cuales los empleadores deben «(...) *Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores*», y procurarles «*locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud*».

De igual manera, el artículo 348 *ibídem* preceptúa que toda empresa está obligada a «*suministrar y acondicionar locales y equipos de trabajo que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores*», y a adoptar las medidas de seguridad indispensables para la protección de la vida y la salud de los trabajadores.

Lo visto en precedencia, muestra cómo las disposiciones sustantivas laborales, son unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar la seguridad y salud de los trabajadores, así como a adoptar todas las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales, en el entendido que tal como lo establece el artículo 81 de la Ley 9º de 1979, «*la salud de los trabajadores es una condición indispensable para el desarrollo socio-económico del país, su preservación y conservación son actividades de interés social y sanitario*».

A más, cuando quien tiene el deber de seguridad no lo acata y no despliega una acción protectora, que se concreta en la adopción de todas las medidas necesarias para que el empleado no sufra lesión alguna durante el ejercicio de la tarea, o en su defecto no disminuye los riesgos asociados a ella, debe asumir las consecuencias de los riesgos inherentes a él, entre otras razones, porque es quien obtiene su principal rédito en el proceso productivo (CSJ SL 7459-2017).

Claro lo anterior, discuten las accionadas la existencia de la culpa patronal al considerar que la parte actora no probó que el empleador no le hubiere proporcionado al causante elementos de seguridad necesarios y que con esto incumplió con su deber de prevención. Es evidente conforme a lo expuesto en precedencia que las demandadas olvidan que cuando acaece un accidente de trabajo y, se achaca una conducta omisiva al empleador, éste está llamado a probar no solamente que entregó los medios de protección, sino que oportunamente identificó los riesgos laborales y tomó las medidas de prevención correspondientes para evitar daños en la salud e integridad de los trabajadores.

El accidente de trabajo objeto de análisis, según se plantea en los hechos de la demanda sucedió el 18 de junio de 2010, cuando Julio Cesar Rebolledo Osorio trabajaba dentro de una excavación, una de las paredes se derrumbó por la presión de la tierra y uno de los palos que sostenía las tablas que la aseguraban lo golpeó fuertemente. Se indica además que la excavación no tenía ningún sistema de protección que evitara el derrumbamiento de la tierra, pues tan solo una de las paredes estaba trancada con tabloncillos instalados horizontalmente, que eran sostenidos por dos palos verticales enterrados en el piso, amarrados con alambre a unas estacas enterradas a poca distancia de la excavación, insuficiente para garantizar la estabilidad y evitar el derrumbe.

Para demostrar el incumplimiento del deber de protección, la parte demandante solicitó decretar los testimonios de Juan Carlos Moreno Sanabria, Luis Hernando Rivero Hurtado, Víctor Abraham Vaca Brito, Jesús María Nieves Gualdrón, José Rubén Pérez Castro, Víctor Ubaldo Hurtado Vargas, Ferney Nieves Garzón, David Gadiel Nieves Catimay y José Ramón Piñeros Franco. el último no fue escuchado como quiera que la parte desistió de la prueba, los restantes fueron practicados mediante despacho comisorio.

Juan Carlos Moreno Sanabria manifestó ser campesino, trabajar en el campo. Informó que conoció al demandante Edgar Gerardo Delgado Gómez, porque fue el maestro de obra que lo contrató para trabajar en la construcción de la antena para Comcel. Informó que el causante Julio

Cesar Rebolledo Osorio era primo de su esposa. Dijo que el día del accidente hubo mucho movimiento porque un tractor hizo cuatro viajes para llevar la piedra al hueco, ya que no se podía en carretilla, porque era un pantano. Expresó *«de tanta vibración se aflojó la tierra más»* luego el maestro les preguntó quién se iba a quedar a trabajar horas extras y ellos por ayudarlo, porque estaba cogido del tiempo de entregar la obra, decidieron hacerlo, se fueron a comer a las 5:00 p.m. para regresar a las 6:00p.m., llegaron a trabajar 4 personas: *el maestro, el hijo del maestro, el finado* y él, a la intemperie, *«parecíamos unos de África, no teníamos tablas, no teníamos un caucho, no teníamos casco»*. *«la otra cuadrilla si tenía todos los implementos menos nosotros»* y al requerir al maestro él les dijo que el que quisiera trabajar así lo hiciera sino que le pagaba y se fuera. Además narró

cuando fue el accidente del muchacho había una planta con 2 bombillos, pero de esos amarillos que vota luz amarilla, lloviendo, con agua a la rodilla, barro a la rodilla. Cuando el muchacho, el que estaba arriba, dice: cuidado que ya el barranco ya se va. Tiempo de donde, si el barro no lo dejaba a uno ni siquiera ni correr y el muchacho pues yo sinceramente yo salí de barro hasta los ojos, yo me limpié y cuando vi al finado Cheo votado ahí y el maestro que estaba con nosotros, el hijo del maestro, no digo que el maestro, parecía la bandera, quieto una estatua no hacía nada.

Relató que se lanzó, levantó el tablón y sacó a su compañero con la ayuda de otro muchacho, porque se estaba ahogando, vieron que se sentó y habló con los hermanos. Aseguró que el maestro fue *imprudente o negligente* al no dejarlo llevar y prefirió esperar una lancha rápida que llegó como a las 9:00 p.m. y por eso lo atendieron hasta las 12:00 p.m. Manifestó que en el sitio donde ocurrió el hecho la tierra no era firme, salía por debajo un chorro de agua como de una pulgada, *eso parecía un mar*, los trabajadores le dijeron al maestro que tumbaran el barranco así se demoraran un día, pero él no quiso, les ordenó amarrar el tablón y les dijo *«eso no pasa nada eso no se cae, hagámosle»*, pese a que cada vez que sacaban tierra volvía y se llenaba porque se iba corriendo el barranco.

Aseguró que el día del siniestro en el lugar también estaba el vigilante Victor Abraham Vaca Brito *«Vatoca»* quien cuidaba los materiales y presencié los hechos. Luis Hernando Rivero Hurtado *«Luisao»* que se encontraba afuera en la plataforma del pozo fue quien dio aviso que se

estaba produciendo el derrumbe. Allí también estaba *Vladimir* pasando las varillas, quien le ayudó a sacar al causante después de recibir el impacto del tablón.

Moreno Sanabria además informó que por las condiciones del terreno no se pudo hacer la obra como la querían cuadrada, sino que se volvió redonda, se unieron tres pozos en uno, *el agua no dejaba trabajar*. Aseguró que no conoció a un arquitecto, ingeniero residente o interventor que hiciera presencia en el lugar, tampoco médico, enfermero o si quiera la existencia de un botiquín. Las herramientas con las que trabajaron fue la pica, pala, carreta y baldes, no había maquinaria.

El testigo **Luis Hernando Rivero Hurtado** dijo que conoce a la demandante desde hace 20 años, ella vivía en el mismo barrio con su papá, luego se casó. Manifestó que conoció a Edgar Gerardo Delgado Gómez, porque un vecino le dijo que con él iba a haber trabajo en Corralito, por los lados de Comcel. Aseguró que en esta obra también fue contratado el causante, que solo les pidieron la copia de la cédula y el maestro les dijo que iban a trabajar para Comcel. Preciso que la labor consistía en hacer tres huecos de una profundidad de *4 con 10*, para la zapata donde iría la torre de la empresa de telecomunicaciones que debía hacer conexión con otra que habían instalado cerca a la cancha de fútbol en el municipio de Cravo Norte. La obra se ejecutó en invierno, al iniciar vieron que el terreno no era muy bueno y pidieron la dotación de casco, botas, overoles y guantes, pero no se las dieron, él trabajó con lo que sus familiares le dieron. Aseguró que a quienes trabajaban fuera del hueco con otro maestro, si les dieron dotación.

Aseguró que tampoco recibieron herramientas, trabajaban con palas viejas, informó que la escalera que utilizaban para salir de la excavación la fabrico él y que cuando ya la profundidad era de 4,10 mts era insuficiente. Nunca vieron un interventor o personal de más rango de Comcel, para pedirselo. No fueron capacitados para ejecutar sus funciones, ni en trabajos en alturas, solo eran presionados, para avanzar, sin tener en cuenta las condiciones del terreno que se derrumbaba a cada rato, por

ello, tenían que *estar con cuatro ojos* pendientes que no se desbarrancara la tierra. Expuso que las condiciones de trabajo no fueron buenas *estaban peor que en la cárcel*, pero no renunció porque su mamá estaba sin trabajo y debía unos mercados, pero los demás *fuieron renunciando*.

Dijo que el accidente que le ocasionó la muerte al causante sucedió un viernes en el que llovió todo el día, llegó cementó que fue cargado por un tractor que pasaba como a dos metros del hueco donde estaban. El maestro les dijo que tenía que entregar obra porque estaba muy demorado, *le decíamos que no era culpa de nosotros porque cada ratico se desbarrancaba tierra, todo el tiempo*. Explicó que en el hueco se quedaron cuatro personas Juan Carlos Moreno Sanabria, el maestro, su hijo y el causante. También estaba en el lugar, pero afuera, Vatoa quien cuidaba el cemento. Aseguró que le dijo al hijo del maestro *colóquele el soporte, colóquele algo porque es peligroso que se desbarranque*, pero apenas le puso un tablón y lo amarraron con un alambre liso, porque Comcel no había mandado nada diferente. E informó «*Cuando cuando yo miré esa vaina así yo le dije eso es peligroso le dije yo al maestro, maestro eso es peligroso porque no le mete... no no no eso no va a pasar nada hombre, tenemos que fundir eso hoy*». Relató que la motobomba que tenían para sacar el agua de la excavación estaba dañada, era insuficiente, por eso se llenaba de agua y había mucho barro, por los derrumbes, todo esto que dificultada la movilidad

Expuso que cuando iniciaron el trabajo ya estaba oscuro y apenas tenían para iluminar una planta con dos bombillos, él testigo estaba afuera y le pasaba a los cuatro que estaban en el hueco las varillas para que las amarraran y relató:

pase al compañero Cheo le pase yo la varilla, se la pase a los otros, yo me quedé quieto los miré cuando la estaban amarrando, ellos estaban de espaldas al barranco que se cayó de espaldas, yo de una les dije: cuando yo me fijé del barranco para allá se agrietó allá se agrietó como casi dos metros se agrietó, así cuando se agrietó yo de una vez me asusté y metí el grito ¡corran se está derrumbando! les grité corran corra corran y les gritaba cada ratico corran. Como uno tiene que mirar primero para arrancar a correr, ellos miraron para arriba y arrancaron para donde salió Cheo, era donde estaba uno de los tabloncitos que se habían puesto; el maestro y el muchacho corrieron para todo el centro, el otro compañero el tablón le paso por el lado y el maestro le quedo del tablón no sé si se fue con el alambre o con una puntilla lo rasgo apenitas, aquí que lo rozó no lo agarró del todo en la cabeza si no lo fuera matado.

Y ya Cheo, él corrió para esta esquina y ahí era la escalera para donde uno subir hacia afuera cuando el corrió para ahí el no corrió bien porque yo miré todo tan en cámara lenta que yo miré que el cómo que se enredó con algo que lo detuvo en las varillas esas que él se enredó y trastabilló y cuando fue levantar a correr para llegar a la escalera el peso de la tierra cayó con la fuerza de la tierra y la del tablón le cayó y eso sonó, pero un tramacaso durísimo, aquí en esta parte de él, él quedo así tirado yo una vez me quede así, no puede ser y metí el brinco salté de arriba de donde estaba, caí a un lado de donde estaba él y así como pude le hice fuerza a la punta de la tabla y me le quedé haciéndole fuerza porque pesaba, ese montón de arena encima, de tierra, de esa greda, cuando la alcé le dije al compañero de Bucaramanga ¡sáquelo sáquelo sáquelo! y entonces él lo agarró y lo jaló.

Cuando lo sacamos afuera que lo dimos la vuelta a la planta, la planta que teníamos quedó sirviendo para nada le quedó tierra encima el agua comenzó a subir ya el agua, cuando yo le tenía a él en las piernas y yo le dije Cheo Cheo le dije yo así: ¿Cheo qué tiene? dígame Cheo, él no respondía... como a los dos minutos que como que él como que abrió tantico el ojo así me dijo ahmmmmm hizo así como una fuerza y me agarro la mano, yo de una vez Cheo ¿qué tiene? dígame ¿qué tiene? no podía hablar, solo pujaba se retorció, si se retorció eso lo hacia él.

De inmediato comenzó a subir el agua cuando el agua comenzó a subir busque yo al hijo del maestro estaba arriba subido asustado y el maestro estaba en el hueco, pero a un lado asustado ayúdenme les gritaba ayúdenme ayúdenos a sacarlo aquí rápido que el agua nos va ahogar acá venga muévase no se movían el muchacho de arriba yo le dije vaya y búsqume el tablón que esta allá cuando el fue a buscar el tablón era un tablón larguito el no pesaba el tablón casi, pero si semejaba a una persona para poderla amarrar yo todo eso gracias a dios eso lo tengo que cuando sucede algo yo reacciono muy rápido y le dije yo para amarrarlo y subirlo por la escalera para sacarlo de aquí porque si no nos ahogamos acá con él.

Señaló que quedaron a oscuras, *Vatoca* (Victor Abraham Vaca Brito) se acercó y les alumbraba con una linterna, el agua que llenaba el hueco, les llegó arriba de las rodillas, un maestro de la otra obra, apareció con un chinchorro en el que sacaron al herido. Él se fue corriendo en medio de la noche, la lluvia y el barro a avisar a la otra finca donde estaba el hermano del accidentado y estaba el motor de *Don Chenchó* para poderlo llevar al hospital. Cuando volvieron al lugar, se acercó a su compañero y luego se ocupó de buscar la canoa en la que había que adaptar el motor, además fue cerca donde estaba una unidad móvil contraguerrilla del ejercito y allí pidió asistencia de un enfermero, que lo revisó y luego le manifestó «*ese chino no sobrevive*». Aseguró que aunque quiso subirlo al motor, el maestro le dijo que no porque ya venía una *voladora* a llevarlo, insistió en llevarlo y hacer el trasbordo a mitad de camino, Refirió que el transporte se dio como a las 9:00 p.m.

El testigo **Víctor Abraham Vaca Brito** dijo que prestó servicios en el mismo lugar en el que ocurrieron los hechos que importan al proceso, pero con otro maestro llamado Eduar Villamizar, en el día en la obra de *encierro* y por la noche como vigilante. Dijo que él y al menos dos personas más le

recomendaron al otro maestro, jefe del causante, cuyo nombre no recordó, que pusiera mayor seguridad en la excavación *porque se estaba comiendo para abajo* o que no trabajara de noche, que dejara para fundir al otro día. Relató que esa noche les ayudó un rato y luego se fue a su puesto de vigilancia ubicado a 7 metros aproximadamente, después escuchó gritos de auxilio, se asomó y vio al trabajador tirado con una *vareta* sobre el pecho, corrió a llamar a su jefe a quien le manifestó: «*maestro lo que le dijimos y no hicieron caso*».

Explicó que en el lugar se adelantaban dos obras una en la que él trabajaba con el maestro Villamizar que se ocupaba de *pegar ladrillos a la vista para encerrar la antena* y la otra del maestro Edgar era la que tenía a cargo fundir las zapatas para la torre. Ilustró que la obra se adelantó en época de invierno, el agua les llegaba a media pierna, hubo deslizamientos y él vio como los muchachos tenían que sacar la tierra en baldes. Además que la noche del siniestro la iluminación era deficiente, pues estaba dada por dos bombillos amarillos.

Los testigos **Jesús María Nieves Gualdrón, Ferneys Nieves Garzón, Víctor Ubaldo Hurtado Vargas, José Rubén Pérez Castro, David Gadiel Nieves Catimay**, no presenciaron el fatal accidente que ocasionó la muerte a Julio Cesar Rebolledo Osorio, el último porque aunque laboró ese día, no se quedó para trabajar horas extras, los restantes porque si bien prestaron servicios al Edgar Gerardo renunciaron días antes, debido a las condiciones de trabajo; no obstante, en lo que es materia de análisis fueron coincidentes en señalar que para trabajar únicamente les fue entregada una pica o pala, debían laborar con las botas que ellos llevaban que se les llenaban de agua por las condiciones de humedad del lugar, no les suministraron dotaciones incluso refirieron que exclusivamente para efectos de unas fotos de control debieron usar unos *cascos viejos*. En adición, fueron contestes en indicar que las condiciones de inestabilidad del terreno ocasionaron varios derrumbes o deslizamientos de tierra, que el agua llenaba las excavaciones y ante el deficiente funcionamiento de la motobomba debían sacar el agua en baldes y eso generaba el riesgo que la tierra o el compañero que estaba afuera recibiendo el recipiente les cayera encima.

Ahora, como quiera que en los asuntos en que se discute la existencia de culpa patronal los medios de convicción que contextualizan la forma en cómo ocurrieron los hechos deben ser analizados en conjunto y, a partir de su análisis otorgarles el mérito persuasivo correspondiente (SL1356-2021), a continuación, pasa la Sala a enunciar y tomar en consideración los elementos probatorios allegados por las demandadas

Así las cosas, el demandado **Edgar Delgado Gómez** aportó comunicación emitida por Positiva Compañía de Seguros mediante la cual informa que del análisis conjunto de la investigación técnica y los documentos aportados pudo determinar que configuración de un accidente de trabajo y que en consecuencia cubriría las prestaciones a que hubiere lugar (fl. 92). Aportó también documento denominado *«Informe 1 entrega del sitio por la Interventoría Zuluaga Jiménez al contratista de la Torre BBC Ingenieros Ltda CAS CORRALITO HATO COROZAL, CASANARE»* del mismo se extrae que la obra en la que participó el causante se adelantó en un lote de 18 x 18 metros, donde quedaría ubicada la torre, que se hizo necesario trasladar al personal en lancha desde Cravo Norte a Corralito, pues aquí *fue difícil conseguir gente para trabajar*. Se indica con soporte fotográfico que 8 personas trabajaban en la excavación y limpieza para la zapata 1, pero se pone de presente que *«el agua que sale es bastante lo cual demora el retiro del mismo material proveniente de la excavación»* (fls. 94 a 106).

Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. aportó Programa de Salud Ocupacional de agosto de 2007, en lo que importa al proceso, en el aparte relacionado con las responsabilidades de los contratistas, relaciona entre otras, las de cumplir con el programa según las exigencias y políticas de Comcel, cumplir las normas de prevención, utilizar los elementos de protección personal y *comunicar e informar riesgos inherentes a su trabajo y en las operaciones encomendadas* (fls. 170 a 218).

Por su parte, la llamada en garantía Positiva Compañía de Seguros S.A. aportó a folio 315, copia del expediente administrativo del trabajador Julio Cesar Rebolledo Osorio que contiene 138 folios dentro de los cuales se destaca el reporte del accidente (fl. 1) en el que se describe que sucedió

cuando *«EL TRABAJADOR SE ENCONTRABA AMARRANDO HIERRO, LE CAYÓ UNA TABLA SOBRE EL CUERPO OCASIONÁNDOLE LA MUERTE HORAS DESPUÉS»*. Obra certificado según el cual el trabajador tuvo cobertura desde el 18 de junio de 2010 hasta el 1 de octubre de la misma anualidad (fl. 4), formato de investigación de accidente de trabajo (fls. 15 y 16 y 61 a 64) en el que se puede leer:

El día 18 de junio del año en curso, el trabajador se encontraba en el fondo de la excavación efectuando el amarre del acero de refuerzo de una zapata cuando se desprendió parte de la pared oriental de la excavación debido a la sobre saturación del terreno arrastrando el entablado el cual golpeó al trabajador. Este fue asistido por sus compañeros quienes lo trasladaron aun consciente a al Hospital del municipio de Cravo Norte allí recibió atención médica y aproximadamente a las 2 de la madrugada del 19 de junio de 2010 fallece

En el informe en el aparte de observaciones del especialista quedó consignado:

CON LA INVESTIGACIÓN DE ESTE MORTAL ACCIDENTE SE DEDUCE QUE EL EVENTO OCURRE DEBIDO A LA SUB VALORACIÓN DE LOS RIESGOS PREVIO AL INICIO DE LA OBRA LO CUAL NO PERMITIÓ ESTABLECER LOS COSTOS DE INTERVENCIÓN, TALES COMO SOBRE EXCAVACIONES, ENTIBAR CON MATERIALES DE ALTA RESISTENCIA O CON UN DISEÑO ESPECIAL Y ACORDE CON LAS CARGAS DE TRABAJO MECANISMOS ADECUADOS PARA ABATIR LOS NIVELES FREÁTICOS AL GUAL QUE EL CONTROL EFECTIVO DE LAS ESCORRENTÍAS SUPERFICIALES

Además se recomiendan como medidas de intervención entre otras, efectuar sobre excavaciones para disminuir las pendientes de los taludes y evitar desprendimiento por sobresaturación, realizar entibados con materiales de alta resistencia que soporten adecuadamente la presión del terreno en los taludes, abatir permanentemente y adecuadamente los niveles freáticos en las excavaciones y se identifica al empleador Edgar Gerardo Gonzáles como responsable de su implementación.

Se relacionaron en el documento como causas básicas del accidente *«EVALUACIÓN DEFICIENTE DE LA CONDICIÓN CONVENIENTE PARA OPERAR»* y como causas inmediatas: *«CARENCIA O INADECUADO APUNTALAMIENTO O ENTIBACIÓN» «RIESGO DE COLOCACIÓN INADECUADAMENTE ASEGURADO CONTRA MOVIMIENTOS INESPERADOS»*

En adición, el informe contiene el testimonio de Duver Arévalo Melo, Arquitecto Interventor de la obra quien describió que el accidente ocurrió

por el desplome de una de las paredes de una excavación por saturación de agua, la cual desestabilizó la protección. Dijo que el siniestro pudo evitarse empleando alternativas como terraceo o sobre excavación que *generan sobre costos*, entibando con materiales de mayor resistencia tipo formaleta o estructura metálica *que es imposible conseguirla en la región*. Además aclaró: «*LAS OBRAS DE TELECOMUNICACIONES SE ADELANTAN EN LUGARES APARTADOS CONSEGUIR MATERIALES PARA CONSEGUIR UN OPTIMO FUNCIONAMIENTO Y AVANCE DE OBRA MUCHAS VECES ES DIFÍCIL, SIN EMBARGO SE TRATA DE TRABAJAR LO MERJOR POSIBLE CON EL MATERIAL DISPONIBLE EN LA REGIÓN*»

En el instrumento también se puede leer que el empleador Edgar Gerardo Delgado Gómez manifestó que el siniestro acaeció por una falla geológica por las condiciones del terreno y no humana, empero también señaló que se pudo evitar o prevenir utilizando materiales mucho mas resistentes como laminas de acero, pero explicó que en el lugar no lo hay.

Vale indicar que el informe fue ampliado mediante anexo (fls. 20 y 21) en el que el Delgado Gómez informa:

En razón a que la obra tuvo retrasos por diversas circunstancias, tales como nivel freático presente que no fue contemplado en el estudio de suelos aportado por COMCEL 8(contratante), generado por la época invernal, entre otras, lo que ocasionó demoras en la obra y se optó por laborar desde el día 17 de junio por turnos...

Milita a folios 42 a 46 del cd contentivo del expediente administrativo dictamen emitido por Positiva Compañía de Seguros el 29 de abril de 2011, mediante el cual determinó que la muerte del trabajador fue causada por un accidente de trabajo consistente **n** politraumatismo severo.

De otra parte, el expediente administrativo obra comunicación interna de la ARL (fl 132) en la que se indica que el trabajador fue afiliado el 18 de junio de 2010, *el empleador reportó un presunto accidente de trabajo ocurrido el 19/06/2010 a las 24:15 hs. En la revisión de la historia clínica se identifica que el accidente ocurrió realmente el 18/06/2010 y falleció en la ESES San José de Cravo Norte en la madrugada del 19/06/2010. Existe certificación de SI cobertura de la Vice de Operaciones para la fecha*

19/06/2011 (fecha no cierta que fue reportada por el empleador como de ocurrencia del accidente).

Al absolver interrogatorio de parte el demandado Edgar Gerardo Delgado Gómez manifestó que es maestro de construcción relató que estaba adelantando una obra de perforación para Comcel cumpliendo con *todos los parámetros legales de trabajo laboral*. Aseguró que otra empresa llamada Teka tenía a cargo la obra civil. Señaló que estuvo presente el día del siniestro y aseguró que el causante tenía guantes, botas y casco, que después de lo ocurrido el hablaba y que fue en el hospital donde se complicó y murió.

Ahora bien, de las citadas probanzas, se concluye que Julio Cesar Rebolledo Osorio cuando se produjo el accidente de trabajo, prestaba servicios sin el uso de overol, guantes o casco, en un hueco de profundidad superior a 4 metros, en la noche, en horas extras, luego de una jornada de esfuerzo físico, en un lugar apartado, con poca iluminación y visibilidad, en un terreno inestable que había presentado varios deslizamientos por efecto de la fuerte humedad propia del sector, cercano a un río y por la temporada de invierno, además porque ese día circuló muy cerca de la excavación y en repetidas oportunidades, un tractor que transportaba elementos de construcción.

Además está suficientemente probado con el dicho de los testigos en especial los que estuvieron en el lugar el 18 de junio de 2010, que las condiciones de inseguridad eran evidentes y que pese a que requirieron al maestro y a su hijo para tomar medidas, su único interés era proseguir con la obra, omitiendo el peligro, es más uno de los testigos presenció como el maestro encargado de la obra civil, le sugirió dejar la fundición para el día siguiente, pero el empleador no aceptó.

Para la Sala el dicho de los testigos ofrece total credibilidad en especial lo manifestado por Juan Carlos Moreno Sanabria y Luis Hernando Rivero Hurtado, pues fueron compañeros de trabajo del causante, estuvieron en la obra el día del siniestro y presenciaron su ocurrencia, además su relato fue emotivo, fluido, espontáneo, coincidente en los

detalles y aunque hayan transcurrido más de 10 años, es claro que un suceso de la naturaleza del que vivieron difícilmente puede ser olvidado. Las demandadas reprochan estos testimonios y los demás al asegurar que recitaron que no recibieron dotación, sin embargo, ello no desvirtúa su credibilidad, pues hicieron una narración de lo que les constaba.

Pero si la valoración de los testimonios no resulta suficiente o adecuada para las demandadas como lo manifestaron al apelar, no se puede dejar de lado el expediente administrativo de la ARL que es totalmente explícito y reiterativo en señalar que el accidente se produjo por la falta de previsión de los riesgos antes de comenzar la obra, por la evaluación deficiente para operar que llevó a que se ejecutarán los trabajos sin el diseño adecuado y sin el uso de materiales de alta resistencia que permitieran para contrarrestar los niveles freáticos (humedad de la tierra) y controlar las escorrentías superficiales (lluvia).

Bajo este panorama, para la Colegiatura la parte actora cumplió con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo de demostrar las omisiones que conllevaron el incumplimiento constitutivo de la culpa del empleador, acreditó el nexo causal entre ese incumplimiento y el daño concretado en la muerte de Rebolledo Osorio. En consecuencia se le traslada al empleador la carga de demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga.

No obstante, el aquí demandado no aportó más medio probatorio que un listado de reporte de afiliación a la ARL y una comunicación del 4 de mayo de 2011, en la que la administradora de riesgos califica el siniestro como accidente de trabajo y anuncia la cobertura de prestaciones.

Vale indicar que los mencionados instrumentos a más de no demostrar que no incurrió en negligencia, y sin que el objeto de este proceso sea el análisis de la responsabilidad objetiva, ponen aún más de relieve su actuar pasivo, omisivo y negligente, pues con los demás medios de convicción del expediente administrativo de la ARL, se logró establecer que no afilió oportunamente a riesgos laborales al trabajador, pues aunque

Rebolledo Osorio empezó a prestarle servicios desde el 14 de junio de 2010, la vinculación solamente se realizó a partir del 18 de junio de 2010, lo que trajo como consecuencia que Positiva Compañía de Seguros no se hiciera responsable de ninguna prestación, por falta de cobertura y ello devino en que ni la demandante ni sus hijos obtuvieran el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Aquí es importante señalar que la sala encuentra reprochable que pese a lo anterior el demandante haya aportado una comunicación en la cual la ARL reconocía la cobertura, cuando esa decisión para la fecha en que contestó la demanda, ya había sido modificada, pues la administradora al revisar la epicrisis se percató que si bien se reportó como fecha del accidente el 19 de junio, en verdad este había acaecido el 18 de junio, es decir el mismo día de la afiliación y por tanto aún no había cobertura.

De otra parte, es necesario destacar que mediante la Resolución 2413 de 1979, se dictó el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción, en la cual se dispone que toda obra en construcción estará amparada por los correspondientes estudios técnicos que garanticen su estabilidad y todo patrono tendrá la obligación de dictar un curso específico a las personas dedicadas a la inspección y vigilancia de la seguridad en las obras, en coordinación con el SENA y deberá exigir, por medio de sus delegados encargados de la seguridad, el cumplimiento estricto de las instrucciones sobre manejo de herramientas, y otras medidas preventivas que deberán observar los trabajadores de la obra. El instrumento frente a las excavaciones dispone:

ARTÍCULO 17o. Cuando las excavaciones presenten riesgos de caídas de personas, sus bordes deberán ser suficientemente resguardados por medio de vallas. **Durante la noche el área de riesgo potencial deberá quedar señalado por medios luminosos.**

ARTÍCULO 19o. Al abrir una zanja o un hoyo cualquiera, **los lados deberán estar debidamente inclinados de acuerdo a la calidad de la tierra excavada, para garantizar la seguridad de los trabajadores**

ARTÍCULO 22o. **Las excavaciones deberán inspeccionarse con frecuencia, especialmente después de las lluvias, pues se pueden producir deslizamientos del terreno o derrumbes, en cuyo caso deberá dar protección adicional inmediata**

ARTÍCULO 24o. Las excavaciones circulares profundas, deberán ser provistas de medios de acceso y de salida para las personas que trabajan en ellas. Estas deberán estar en contacto con el personal que encuentre en la superficie. Si en el fondo de la excavación trabaja permanentemente una sola persona, ésta será provista de un cinturón y arnés de seguridad con su correspondiente cabo de vida, controlado desde la superficie por una persona que velará por la seguridad del trabajador en caso de cualquier emergencia. (negrillas fuera del texto)

Leído el anterior articulado y analizado en conjunto con los medios de convicción previamente señalados es evidente que el empleador incumplió, todo cuanto la Resolución le ordenaba hacer para ejecutar labores de excavación.

Así las cosas, para este Tribunal no cabe duda de la responsabilidad del empleador en el accidente laboral que ocasionó la muerte de Julio Cesar Rebolledo Osorio, pues omitió las obligaciones de diligencia y cuidado que recaen en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativas concordantes.

En efecto, es evidente que Edgar Gerardo Delgado Gómez, no procuró el cuidado integral de la salud de su trabajador, no adoptó ni puso en práctica las medidas especiales de prevención de riesgos, tampoco los identificó y si lo hizo los ignoró, pues aunque en reiteradas ocasiones le fueron puestos de presente, en un acto deliberado hizo caso omiso de lo evidente y permitió que sus trabajadores, su hijo e incluso él mismo, trabajaran en una excavación profunda en un terreno claramente inestable que al deslizarse lazó con fuerza una tabla que golpeó a Rebolledo Osorio causándole lesiones que horas después le produjeron la muerte.

En función de lo analizado, se concluye que el actuar del empleador no se sujeta a las disposiciones que en materia de seguridad y salud en el trabajo debe cumplir, por lo que se reitera, existe nexo causal entre la conducta desprovista de diligencia del empleador y la muerte del trabajador, pues el primero no identificó, ni previno los riesgos a los que se exponía al realizar las labores para las cuales fue contratado

circunstancias que acredita suficientemente su culpa, por lo que debe responder por la indemnización plena de perjuicios. En consecuencia, la sentencia de primera instancia no puede ser modificada ni revocada en este punto.

Recurso de apelación interpuesto por los demandados María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Pinzón Bello respecto de la determinación de los perjuicios.

Determinó el *a quo* que Carmen Rosa Zamora tiene derecho al reconocimiento de \$124.281.438, por concepto de lucro cesante consolidado y lucro cesante futuro y por estos mismos conceptos dispuso que cada uno de los hijos del causante, los menores Carmen Yurley Rebolledo Zamora e Iván Darío Ruiz Zamora reciban \$62.140.719. También condenó a las demandadas a pagar a cada uno de los demandantes 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la data de la muerte, debidamente indexados a la fecha de pago por concepto de daño moral.

En el recurso se indica que el dicho de los testigos no permite determinar qué tan dolorosa fue la situación que vivió la demandante con posterioridad a la muerte del trabajador, por tanto la cuantificación de los perjuicios morales debe ser revisada.

Pues bien, recuerda el Tribunal que conforme la jurisprudencia los perjuicios morales son equivalentes al precio del dolor físico y de las afecciones psicológicas padecidas por el trabajador o beneficiarios, los cuales se componen del daño moral y del daño de la vida en relación (Sentencia del 6 de julio de 2011, radicado 39867 reiterada en la SL1525-2017) y, ante la evidente dificultad de cuantificarlos monetariamente, el juez tiene la potestad de fijar su monto según su prudente juicio y con apoyo en el «*arbitrio iudicis*» tal como lo ha puntualizado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL9355-2017.

De otra parte, el órgano de cierre ha enseñado que cualquier persona diferente al trabajador que tenga una relación jurídica con este y acredite haber sufrido un daño cierto en sus condiciones materiales o morales, con ocasión de la muerte, discapacidad o invalidez generadas con el infortunio laboral, en el cual haya mediado culpa suficientemente comprobada del empleador, está legitimada para solicitar el reconocimiento de la indemnización plena por perjuicios (SL 440-2021). En paralelo, ha dejado sentado que no basta afirmar que el hecho dañino generó un perjuicio moral, sino que se hace necesario demostrar los lazos de parentesco o de cercanía con la víctima y la incidencia de la muerte o el accidente en los sentimientos íntimos del damnificado por la conducta del empleador.

En sentencia CSJ SL 13074 – 2014, rememorada recientemente en sentencia CSJ SL 278-2021, el órgano de cierre asentó frente a la presunción de hombre “*presunción hominis*” o presunción judicial lo siguiente:

La jurisprudencia de esta Corte la ha entendido como aquella en donde la prueba «dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge» (sentencia CSJ SC del 5 de may./1999, rad. 4978).

Lo anterior significa que se presume el dolor, la aflicción, la congoja de quien invoca y, desde luego, prueba la relación familiar con la víctima directa; condición no solamente anclada, como lo ha dicho esta Sala, en lazos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos, sino también a través de un vínculo consanguíneo, afín, por adopción o de crianza. (Relatado fuera del texto original).

Ahora bien, como presunción que es, resulta insoslayable la circunstancia de que puede ser derruida por el llamado a reparar los perjuicios, laborío que cumple en cuanto acredite, que pese a que la persona reclamante forma parte del núcleo familiar, las condiciones, por ejemplo, de fraternidad y cercanía mencionadas no existieron.

Al amparo de estas reflexiones estima la Sala que en el asunto bajo examen no hay duda que con la muerte de su compañero, la demandante **Camen** Rosa Zamora, sufrió una grave afectación emocional, dado que para esa época contaba con apenas 23 años y quedó desprovista del afecto y apoyo, moral y económico que le brindaba el causante, como pareja y en la crianza de sus pequeños hijos de 2 y 5 años. En consecuencia, acreditada la relación familiar directa, la apelante incumplió la carga que

le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no trajo al proceso medios de convicción con los cuales se desvirtuara la “*presunción hominis*”.

Ante este panorama, la Corporación considera ajustada la condena impuesta en primera instancia de reconocer a la demandante y cada uno de sus hijos 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la data del deceso, por daños morales, que deberán ser actualizados a la fecha del pago. En consecuencia, no hay lugar a revocar la sentencia tampoco en este punto.

De otra parte, aunque en el recurso se solicitó revisar la liquidación de los perjuicios materiales, no fueron expuestos los motivos de inconformidad frente a las consideraciones del juzgado, los datos que usó para la cuantificación o algún otro aspecto, por tanto la Sala se releva de realizar tal análisis, pues recuérdese que en aplicación del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social la sentencia de segunda instancia, debe guardar consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.

Bajo estos supuestos pasa la Sala a determinar de manera individual si las demandadas Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A., BBC Ingenieros Ltda, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Bello Pinzón llamadas a responder por los perjuicios causados a los demandantes.

Responsabilidad de los demandados

Para abordar el punto, se hace necesario establecer la cadena de contratación que se dio entre las demandadas veamos:

El 30 de marzo de 2010. Comcel suscribió orden de compra sin anticipo n.º 4500068646 (fl. 156), con Herlindo Barbosa Ariza, instrumento que enuncia los parámetros generales del servicio contratado pero no lo especifica. En documentos vistos a folios 159 a161, que dan alcance a la misma, se verifica que se trata de la «*CIMENTACIÓN DE LA*

TORRE CAS CORRALITO» Y DE LA «CIMENTACIÓN DE LA TORRE + AI CAS CORRALITO», aparece como proveedor BBC Ingenieros Ltda. Milita además, póliza de responsabilidad civil extracontractual con cobertura del 9 de marzo al 9 de agosto de 2010, que ampara predios, labores y operaciones, en este documento contiene la firma de Herlindo Barbosa Ariza (fl. 162).

De otra parte, según contrato de prestación de servicios n.º 10-0001 (fls 395 y 396) Herlindo Barbosa Ariza esta vez, en calidad de representante legal de Civilmec Suramérica Limitada contrató a Edgar Gerardo Delgado Gómez para que como trabajador independiente ejecutara las siguientes actividades:

SUMINISTRO DE MATERIALES Y MANO DE OBRA PARA LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS CORRESPONDIENTES A LA OBRA CIVIL DE LA CIMENTACIÓN DE UNA TORRE DE TELECOMUNICACIONES DE 100 METROS DE ALTURA EN EL CORREGIMIENTO DE CORRALITO (MUNICIPIO CRAVO NORTE ARAUCA)

MANO DE OBRA PARA EL MONTAJE DE UNA TORRE DE TELECOMUNICACIONES DE 100 METROS DE ALTURA EN EL CORREGIMIENTO DE CORRALITO (MUNICIPIO CRAVO NORTE ARAUCA).

LOS TRABAJOS SE EJECUTARÁN DE ACUERDO A LA INFORMACIÓN TÉCNICA Y PLANOS SUMINISTRADOS POR EL CONTRATANTE Y SE LIQUIDARÁN DE ACUERDO A LAS CANTIDADES FINALES DE OBRA REALMENTE EJECUTADAS SEGÚN LISTADO DE PRECIOS UNITARIOS ADJUNTOS AL PRESENTE CONTRATO

De la relación entre BBC Ingenieros, Civilmec Suramérica Ltda y Edgar Gerardo Gómez Delgado

Es verdad probada que Herlindo Barbosa Ariza como representante legal de BBC Ingenieros suscribió orden de servicios con Comcel, pero contrató su ejecución a través de una empresa distinta, esto es, Civilmec Suramerica Limitada hoy en liquidación, ello en principio, tal como alega BBC en la apelación, rompería la cadena o vínculo de responsabilidad civil extracontractual y solidaria; no obstante, según el contenido del Acta No. 001 de la Junta de Socios Ordinaria (fls 453 a 468) y el certificado de existencia y representación de Civilmec (461 a 463), BBC Ingenieros Ltda ostentaba la calidad de socia capitalista con un 32% de participación. En el mismo sentido, del certificado especial de aquella, emitido por la Cámara de Comercio se extrae que Herlindo Barboza Ariza era el Gerente de esta empresa (fl.426).

Los anteriores hechos probados, conducen a la Sala a concluir que BBC Ingenieros, delegó en cabeza de Civilmec Suramerica Ltda, la contratación de la ejecución de la obra y nada se lo impedía pues en la orden de compra suscrita por Comcel (fls 157 a 159) no se pactó que el trabajo debía ser realizado exclusivamente o de manera directa.

OBJETO EL PROVEEDOR SE OBLIGA A REALIZAR Y EJECUTAR TODOS LOS ACTOS NECESARIOS O CONVENIENTES PARA CUMPLIR LA ORDEN DE COMPRA, DENTRO DE LOS PLAZOS Y EN LAS CONDICIONES CONTENIDAS EN LA MISMA Y SUS ANEXOS

En este orden de ideas, los movimientos comerciales o contractuales que se dieron al interior de las empresas y entre socias, en manera alguna pueden servir de excusa para conculcar los derechos de los demandantes, porque aunque está demostrado que una empresa firmó la orden de compra y otra contrató el servicio con el maestro, también está suficientemente acreditado que en ambas, la misma persona, Herlindo Barbosa Ariza, tenía la capacidad de obligarlas a una desde su rol de representante legal y a la otra desde su posición de gerente. Nótese como no se está hablando de empresas extrañas o disímiles, sino estrechamente ligadas en su realidad, esta que no puede ser obviada por el operador judicial, por la mera ausencia de un documento, pues aunque es regla general que los contratos entre empresas queden consignados por escrito, nada impide que lleguen a acuerdos verbales.

Así las cosas, como quiera que el asunto que se acaba de analizar, fue expuesto por BBC Ingenieros, María Camila Amaya Valderrama y Jaime Andrés Pinzón Bellocomo único argumento para derribar la responsabilidad solidaria la Sala confirmará la decisión en este punto.

En gracia de discusión, vale indicar que Civilmec Suramérica Ltda, celebró un contrato con Edgar Gerardo Delgado Gómez y no declaró ser un simple intermediario, indicando quien era el verdadero, como no lo hizo en todo caso, está llamado a responder solidariamente.

Responsabilidad solidaria de Comunicación Celular S.A.

El artículo 34. Del Código Sustantivo de trabajo dispone:

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, **será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.** (negrillas fuera del texto)

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia que si bien el contratista independiente es el verdadero empleador, el beneficiario de la obra está llamado a responder por las prestaciones e indemnizaciones debidas al trabajador, en el caso de la indemnización plena de perjuicios, no porque se le haga extensiva la culpa, sino en virtud de la solidaridad (CSJ SL 7473-2017), y para establecer esta obligación, es menester que la actividad específica desarrollada por el contratista este directamente relacionada con el renglón económico principal del beneficiario y cubrir una función normalmente desarrollada por este (CSJ SL 18360-2017).

De conformidad con el certificado de existencia y representación de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. (fls. 149 a 156), su objeto principal es *«LA PRESTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES TALES COMO LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL, MÓVIL CELULAR, VALOR AGREGADO. TELEMÁTICOS, PORTADORES Y DEMÁS Y CON TAL PROPÓSITO PODRÁ EMPRENDER TODAS LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON DICHOS SERVICIOS, O QUE LE SEAN CONEXAS O COMPLEMENTARIAS».*

También se indica que la sociedad podrá:

(II) CONSTRUIR, USAR, INSTALAR, AMPLIAR, ENSANCHAR, EXPANDIR, RENOVAR, MODIFICAR O REVENDER, REDES Y SERVICIOS DE COMUNICACIÓN Y SUS DIFERENTES ELEMENTOS PARA USO PRIVADO O PÚBLICO NACIONALES E INTERNACIONALES Y CON TAL PROPÓSITO PODRÁ EMPRENDER TODAS LAS

ACTIVIDADES RELACIONADAS CON DICHS SERVICIOS O QUE LE SEAN CONEXAS O COMPLEMENTARIAS (f.º 54 y 55).

Ahora, según el contenido del certificado de existencia y representación de folios 368 y 369, BBC Ingenieros Ltda. tiene dentro de su objeto social:

REALIZAR ESTUDIOS DE INGENIERÍA, DISEÑOS, ASESORÍAS, FABRICACIÓN, CONSTRUCCIÓN Y MONTAJES DE: HERRAJES PARA REDES DE TELEFONIA, TRANSMISIÓN DE ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES, TORRES PARA SOPORTE DE LÍNEAS DE TRASMISIÓN, ANTENAS, RADARES, Y DEMÁS ELEMENTOS SIMILARES; ESTRUCTURAS METÁLICAS PARA PUENTES, BODEGAS, TORRES, SOPORTE DE EQUIPOS Y TOLVAS.

(...)

CONSTRUCCIÓN DE OBRAS DE INGENIERÍA CIVIL EN DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL ANTES MENSIONADO.

(...)

PARTICIPAR COMO SOCIO O ACCIONISTA EN COMPAÑÍAS QUE TENGAN LA MISMA ACTIVIDAD O ACTIVIDADES SIMILARES O COMPLEMENTARIA Y FUSIONARSE CON ELLAS

Ahora, conforme a certificado de existencia y representación de folios 418 a 420, Civilmec Suramérica Ltda tiene objeto social:

EJECUCIÓN DE TODOS LOS ACCTOS CONEXOS O COMPLEMENTARIOS DE LA EXPLOTACIÓN DE LAS DIVERSAS RAMAS DE LA INGENIERÍA Y ARQUITECTURA EN TODOS SUS ASPECTOS, COMPRENDIENDO PROYECTOS DE LA CONSTRUCCIÓN DE TODO GENERO DE OBRAS CIVILES, MECÁNICAS, ELECTRICAS Y DE DISEÑO ARQUITECTÓNICO, ESTUDIOS DE INGENIERÍA, DISEÑOS, ASESORÍAS, FABRICACIÓN Y MONTAJES DE HERRAJES PARA REDES DE TELEFONÍA, TRANSMISIÓN DE ENERGÍA Y TELECOMUNICACIONES; TORRES PARA SOPORTE DE LÍNEAS DE TRASMISIÓN DE ENERGÍA, ANTENAS, RADARES, Y DEMÁS ELEMENTOS SIMILARES, Y DEMÁS ELEMENTOS SIMILARES; ESTRUCTURAS METÁLICAS PARA PUENTES, BODEGAS, TORRES, SOPORTE DE EQUIPOS Y TOLVAS.

Se encuentra probado que para ejecutar su objeto social Comcel contrató la instalación de *CIMENTACIÓN DE LA TORRE CAS CORRALITO» Y DE LA «CIMENTACIÓN DE LA TORRE + AI CAS CORRALITO»*, obra en la cual falleció el trabajador cuando ejecutaba sus funciones. Así, resulta claro para la Sala que Comcel S.A. se benefició de la labor que adelantaba el causante, quien fuera contratado por Edgar Gerardo Delgado Gómez y este a su vez por Civilmec Suramérica Ltda y BBC Ingenieros Ltda, también en desarrollo de su objeto social.

Así las cosas, es evidente que las actividades a cargo de Edgar Gerardo Delgado Gómez, Civilmec Suramérica Ltda y BBC Ingenieros Ltda son conexas con la actividad de telecomunicaciones de la dueña de la

obra, además, conforme a los certificados de existencia y representación se verifica que sus objetos también guardan similitud, en tanto, pueden ocuparse de montaje de torres de transmisión de telecomunicaciones, lo que resulta suficiente pues, para establecer la responsabilidad solidaria consagrada en el artículo 34 Código Sustantivo de Trabajo no se requiere identidad absoluta, sino correspondencia entre los objetos sociales.

Vale indicar que es cierto como alega Comcel en el recurso que su objeto social no está orientado a «*abrir huecos*», no obstante parece olvidar que la excavación que el trabajador realizaba, no debe mirarse de manera aislada, ya que tenía como fin cimentar una torre de transmisión con la cual podría o puede en la actualidad ejecutar su objeto principal de prestar servicios de telecomunicaciones, telefonía móvil y celular y sin duda obtener beneficios con la venta de sus servicios. No cabe duda para la Sala que las demás empresas en desarrollo de su objeto social también se vieron beneficiadas pues obtuvieron la asignación de una obra civil a cambio de la remuneración debida.

Dicho lo anterior, es claro que Comcel S.A. como dueño de la obra está llamada a responder por la indemnización plena de perjuicios no porque se le haga extensiva la culpa sino por virtud de la solidaridad, por tanto, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este punto.

Obligación de responder de la llamada en garantía Seguros del Estado

Comcel S.A. y BBC Ingenieros Ltda argumentan que las pólizas aportadas cumplen los presupuestos legales para imponer condena en contra de la aseguradora.

Sobre el particular, se observa a folio 168 la póliza de seguros n.º 21-45-101042915 con una vigencia desde el 9 de marzo de 2010 hasta el 9 de mayo de 2013, cuyo tomador es BBC Ingenieros Ltda y como beneficiario figura Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. la cual, en el objeto señala: “SE GARANTIZA LA ORDEN DE COMPRA NO 4500068646 CON FECHA 9

DE MARZO DE 2010 REFERENTE AL OBJETO RELACIONADO EN LA CITADA ORDEN” y en el aparte de amparos se puede leer *“PRESTACION DE SERVICIOS, CUMPLIMIENTO, SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES, CALIDAD DE LOS ELEMENTOS, ESTABILIDAD DE LA OBRA”*.

Vista a folio 162, obra póliza de responsabilidad civil extracontractual n.º 21- 40-101015883 con una vigencia desde el 9 de marzo de 2010 hasta el 9 de agosto de 2010, cuyo tomador es BBC Ingenieros Ltda y como beneficiario figura Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. esta señala en el objeto: *“SE GARANTIZA LA ORDEN DE COMPRA NO 4500068646 CON FECHA 9 DE MARZO DE 2010 REFERENTE AL OBJETO RELACIONADO EN LA CITADA ORDEN”* y en el aparte de amparos se puede leer *«RIESGO. PRESTACIÓN DE SERVICIOS» «AMPAROS: PREDIOS LABORES Y OPERACIONES»*.

En las condiciones generales de la póliza se puede leer en el numeral 3. Amparos adicionales:

CONTRATISTAS Y SUB CONTRATISTAS INDEPENDIENTES

SEGURESTADO ampara la responsabilidad civil extracontractual del asegurado y o los gastos médicos por los daños que causare a terceros en sus personas o en sus bienes que sean imputables a consecuencia de labores realizadas por contratistas y subcontratistas independientes a su servicio

Así las cosas, la póliza n.º 21- 40-101015883 vigente al momento del fatal accidente de trabajo debe ser afectada como quiera que el perjuicio fue ocasionado por un subcontratista de Comcel S.A. beneficiario de la misma. En consecuencia, la sentencia será revocada en este punto para en su lugar condenar a la llamada en garantía Seguros del Estado S.A. a responder por la condena impuesta en forma solidaria a Comunicación Celular S.A., hasta el monto asegurado disponible y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Responsabilidad de Positiva Compañía de Seguros S.A.

Es conveniente señalar aquí, que en materia de riesgos profesionales surgen dos clases de responsabilidad, una de tipo objetivo que se deriva de la relación laboral y que obliga a la administradora de riesgos al

reconocimiento de las prestaciones asistenciales y económicas previstas en el sistema; y otra de carácter subjetivo, responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios, derivada de la culpa suficientemente probada del empleador que le impone la obligación de resarcir plena e integralmente los perjuicios al trabajador CSJ SL1073-2021).

Bajo estos presupuestos, resulta evidente que Positiva Compañía de Seguros no está llamada a cubrir la indemnización ordinaria de perjuicios, pues este asunto pertenece al ámbito de la responsabilidad subjetiva. En gracia de discusión, tampoco asumió la responsabilidad objetiva, pues el empleador como se expuso al analizar la culpa patronal, ni siquiera afilió al trabajador oportunamente, por tanto para cuando acaeció el fatal accidente no tenía cobertura por parte de la ARL.

Costas

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Comcel S.A., María Camila Amaya Valderrama ni Jaime Andrés Pinzón Bello de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, resultaron derrotadas, pues se les ordenó responder solidariamente por la indemnización plena de perjuicios. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en este punto.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Colegiatura modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2021, únicamente en cuanto absolvió a la llamada en garantía, Seguros del Estado S.A. para en su lugar CONDENAR a esta aseguradora a responder por la condena impuesta en forma solidaria a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. en los límites asegurados, en la póliza de responsabilidad civil extracontractual n.º 21- 40-101015883.

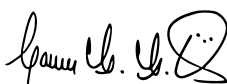
SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia únicamente en cuanto declaró probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por Seguros del Estado S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 024 2013 00098 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
024 2013 00098 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2018 00586 01
DEMANDANTE: CHARLIE NATALIA ZAMUDIO RUBIO
DEMANDADO: SERVIMOS S.A. Y BEL STAR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato realidad con la demandada Bel Star S.A. a partir del 16 de abril de 2015 e ineficaz el despido del 2 de marzo de 2018, por ser beneficiaria de estabilidad laboral reforzada. En consecuencia se condene a esta demandada a reintegrarla sin solución de continuidad a su cargo u otro acorde con su estado actual de salud, con el consecuente pago de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y las costas del proceso. Subsidiariamente pretende ordenar a Servimos S.A. a mantener el reintegro con asignación de funciones en el cargo que venía desempeñando a otro en mejores condiciones, a mantener el pago de aportes a seguridad social, salario y prestaciones, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 16 de abril de 2015 se vinculó a Servimos S.A. mediante contrato por obra o labor, esta que la envió como trabajadora en misión a Bel Strar así:

Desde	Hasta

14/04/2015	30/08/2015
02/10/2015	28/09/2016
03/03/2017	02/03/2018

Se desempeñó como auxiliar de almacén en el área de exportaciones, cumplió horario en turnos rotativos de ocho horas, devengó como salario \$1.179.712, dentro de sus funciones estaban las de marcar el producto terminado con la información legal correspondiente, levantar del piso a 0.90 metros cajas de aproximadamente 20 kilos contentivas de cremas de litro, pasar el producto a una banda transportadora, alimentar el abastecedor y acomodar cajas de producto terminado. También, se desempeñó en el proceso de recibo en el cual debió verificar la cantidad de unidades enviadas por el almacén con destino a diferentes países, tenía que bajar cajas y volver a armar estibas y moverlas al área de tránsito sin importar su peso. Indicó que Bel Star le brindó capacitaciones, cursos y seminarios dentro de sus instalaciones.

En ejecución de la relación laboral le fueron diagnosticadas las patologías de sacroileitis bilateral, enfermedad degenerativa, progresiva e irreversible diagnosticada en julio de 2017, en agosto de ese año fue reubicada por los supervisores de Bel Star, en un proceso llamado no conformes y 5S' según la programación de la semana, allí debía realizar la trazabilidad a informes de no conforme que realizaban los países a los que se exportaba el producto, se realizaba la investigación correspondiente, se tomaban medidas de acción y se elaboraban documentos de retroalimentación para ser socializado con el personal que había cometido la falta.

En enero de 2018, es reubicada en líneas de marcado en el área de producto pesado, allí debía colocar cajas en banda transportadora, alimentar el abastecedor con pesadas estibas y luego acomodar manualmente las cajas que podían llegar a ser hasta seiscientos unidades. Debido al esfuerzo físico tuvo que acudir por urgencias a la EPS, el médico general le prescribió restricciones médicas el 19 de enero de 2018 consistentes en evitar extensiones forzadas, posiciones forzadas o incómodas, utilizar elementos y puestos de trabajo ergonómicos para

evitar dolor lumbar, conocer la forma de realizar cargas, fortalecer extremidades y evitar rotaciones de la columna, entre otras. De estas situaciones tuvieron conocimiento las demandadas, la ARL y la EPS; con ocasión de sus padecimientos le fueron prescritas incapacidades el 10 de enero de 2018 por 2 días y el 25 de enero de 2018 por tres días.

Señaló que el 5 de febrero de 2018, fue atendida por ortopedista, quien imparte recomendaciones médicas y plan de manejo con terapias, las cuales fueron reportadas a la empresa y cargadas oportunamente en el sistema. En consecuencia a partir del 11 de ese mes fue enviada a las líneas de etiquetado. El viernes 2 de marzo de 2018, Cesar Cruz funcionario de Bel Star le comunica la terminación del contrato y luego la decisión le es informada por escrito por Servimos S.A.

Adujo que las demandadas previo al despido no solicitaron la autorización del Ministerio de Trabajo. Interpuso acción de tutela que fue negada por improcedente por el Juzgado Promiscuo Municipal de Tocancipá el 16 de abril de 2018; no obstante, el 12 de junio de 2018 el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Zipaquirá revocó la decisión y amparó transitoriamente los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y la vida en condiciones dignas, declaró ineficaz la terminación del contrato y ordenó a Servimos reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de mejores condiciones acorde con su estado de salud. Dispuso a Servimos pagar indemnización equivalente a 180 días de salario y pagar aportes a seguridad social sin solución de continuidad, en adición le concedió el término de 4 meses para iniciar la acción judicial ordinaria, so pena de cesar los efectos de la decisión. Señaló, que por disposición de la empresa a partir del 14 de junio de 2018, se encuentra en aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo.

Informó que la fue diagnosticado quiste anexial derecho de aspecto endometrioso y ovario izquierdo de aspecto poliquístico, con ocasión del cual le fue practicada cirugía el 23 de agosto de 2018. Refirió que su

núcleo familiar está compuesto por su esposo y dos hijos menores de edad, quienes antes que se produjera el despido gozaban de cobertura en seguridad social y subsidio familiar de la caja de compensación. Adujo que para el momento en que fue terminado su contrato, su cónyuge estaba desempleado (fl. 3 a 18).

Al contestar, Servimos S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que envió a la demandante como trabajadora en misión Bel Star, las incapacidades prescritas, la terminación del contrato, la finalización de la obra contratada, la acción constitucional interpuesta y los fallos proferidos, también que a partir del 14 de junio de 2018, se encuentra bajo la aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte de la demandante, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, falta de título y causa, cosa juzgada y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, indicó que la demandante no padecía incapacidad alguna al momento del despido, con todo no existe nexo de causalidad entre su patología y la terminación del contrato, por tanto este hecho no puede tenerse como discriminatorio. Indicó que a la terminación del contrato fueron canceladas todas las acreencias laborales y una vez fue reintegrada se cancelaron todos los valores adeudados a la fecha (fls. 193 a 229).

Bel Star rechazó el éxito de las súplicas. Admitió que la demandante prestó servicios en el área de exportaciones, ubicada en la planta de la compañía, que Servimos comunicó por escrito la terminación del contrato por obra o labor, que fue negada en primera instancia la acción de tutela por improcedente. Formuló la excepción previa de falta de competencia y la de mérito de inexistencia de contrato realidad, inexistencia de obligación de reintegrar, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación y pago; buena fe y prescripción. Para enervar las pretensiones alegó que el Juez de tutela decidió desvincularla de la acción de tutela por considerar que no era la verdadera empleadora y dirigió la orden de reintegro únicamente a Servimos (fls 436 a 457).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones tituladas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas Servimos S.A. y Bel Star S.A. de conformidad con lo indicado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas Servimos S.A. y Bel Star S.A. de todas las pretensiones elevadas en su contra de conformidad con lo indicado en la parte motiva de la presente decisión

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante. Se disponen como agencias en derecho la suma e \$100.000 a cada una de las demandadas. Líquidense por secretaría en la oportunidad correspondiente

CUARTO: En caso de no apelarse la presente decisión remitir el proceso a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

En lo fundamental señaló que la demandante estuvo vinculada laboralmente con Servimos S.A. en tres oportunidades. Estableció que a la terminación del contrato la trabajadora no tenía limitada la capacidad para ejecutar las funciones a su cargo, pues a más que no estaba calificada, no aportó elemento probatorio que permitiera arribar a esta conclusión, por tanto no puede establecerse un despido discriminatorio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante imploró revocar la decisión la argumentar que en el expediente obran contratos de trabajo en los que se establece como objeto exclusividad de funciones inherentes al cargo de auxiliar de almacén y las tareas ordinarias y extraordinarias que tienen que ver con el objeto o actividad social y permanente de la empresa, por tanto no puede hablarse de terminación de la obra. Difiere de la interpretación que se dio al dicho de los testigos.

Alegó que en el proceso obran pruebas que permiten determinar que para la época de finalización del vínculo padecía una enfermedad que la hacía merecedora de estabilidad laboral reforzada, pues tenía una limitación para ejercer el cargo.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social para determinar si entre la demandante y la demandada Bel Star existió un contrato de trabajo y si para la data en que el contrato finalizó la demandante era su jeto de estabilidad laboral reforzada y por tanto debe ordenarse el reintegro al cargo que desempeñaba de forma definitiva.

Contrato realidad

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Paralelamente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Paralelamente, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

Disposición que se acompasa con lo dispuesto el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos

en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien las empresas de servicios temporales se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.” (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(...)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para*

amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”. (CSJ SL 467 de 2019). debe precisarse que, en el caso de las empresas de servicios temporales, se trata de una situación de intermediación y no de externalización laboral. CSJ SL 4162-2021).

En el presente asunto, no existe duda que la promotora del juicio prestó sus servicios personales a la demandada a partir de agosto de 2017 hasta febrero de 2018, pues así lo aceptó la demandada al dar respuesta al hecho primero de la demanda y en todo caso lo certificó el 26 de abril de 2018 (fl. 85 cd fl 53); no obstante, precisó que las partes estuvieron vinculadas por un contrato de naturaleza civil y no laboral.

Está demostrado en el asunto de manos que Charlie Natalia Zamudio Rubio prestó servicios a Bel Star a través de la empresa de servicios temporales EST Servimos S.A., por más de 2 años mediante la suscripción de tres contratos por duración de obra o labor así:

Fecha de inicio	Fecha de finalización	Cargo	Función	Salario	folios
16/04/2015	29/08/2015	Auxiliar de almacén	Traslado Personal Picking	\$946.128	263, 264, 277
01/10/2015	27/09/2016	Auxiliar de almacén	Inicio de exportaciones para campañas de fechas especiales	\$946.128	278, 279, 311
03/03/2017	02/03/2018	Auxiliar de almacén	Incremento unidades de exportación marzo 2017	\$1.103.566	313, 314, 350

Ahora a solicitud de la parte demandante fueron decretados y escuchados los testimonios de Rodrigo Andrés Castañeda, Jhon Alexander Martínez y Juan Carlos García Garnica. El primero manifestó que es empleado de la demandada Bel Star desde 2013, como operario de armado dijo que fue compañero de la demandante en una oportunidad y que la vio en varias ocasiones, pero no recordó las fechas, aseguró que la demandada tenía a cargo marcar el producto que se transportaba a través de las bandas y era alrededor de 600 unidades por estiba. Aseguró que personal directamente vinculado con Bel Star también realiza estas funciones.

Dijo que el personal que presta servicios a la compañía siempre ingresa por Servimos, nunca entran de manera directa *«en ocasiones es por pico de producción, pero esos picos no son aleatorios, son como constantes, la mayoría de los trabajadores que ingresan duran aproximadamente el año»*. No supo que la demandante padeciera alguna enfermedad. Señaló que los picos son constantes en la actualidad se mantienen, no conoce cuales son los picos, simplemente se dan cuenta porque ingresa personal nuevo para apoyar ciertas áreas y luego lo saca *es un proceso que se mantiene*

El testigo Juan Carlos García Garnica dijo ser trabajador de Bel Star, haber estado vinculado a través de Servimos y ser dirigente sindical. Admitió que nunca trabajó con la demandante, no sabe que vinculaciones tuvo, ni sus extremos, tampoco la labor para la cual fue contratada, pero aseguró que se conocieron porque le elaboró un documento para notificarle a la empresa y a la ARL su estado de salud, pero no sabe cuánto tiempo estuvo vinculada porque no trabajaron en la misma área. Dijo que se tiene *un flujo de personal en relación con las temporales, se manejan dos Servimos y en este momento Servitel. Lo que hacen es pura obra o labor, entre comillas, se acaba el contrato y sale la persona, pero en su lugar contratan a otra persona para ejercer la misma actividad*. Sabe que eso sucede en su área, empero no sabe si esta circunstancia se configuró en el caso de la demandante. Dijo que presta servicios desde hace 15 años y durante ese tiempo sabe que ha existido Servimos.

El deponente Jhon Alexander Martínez mencionó que hace 15 estuvo vinculado con Servimos, luego pasó a ser contratado directamente por Bel Star. Es representante legal del sindicato Sintrabel. Dijo que no trabajó con la demandante, cada uno prestó servicios en plantas diferentes y la conoció porque tramitó un documento cuando le fue finalizado el contrato. Informó que la contratación se hace a través de temporales se da cuando se presenta una alta demanda de productos, picos o campañas y que no le consta si una vez retirada la accionante la actividad que desempeñaba se continuó realizando, pero sabe que durante 15 años Bel Star ha mantenido vinculado personal a través de Servimos, *la empresa hace un estudio mensual en el cual tiene como estipulado cuantas unidades se van a*

fabricar y ahí se hacen las contrataciones con las temporales. En adición el aumento de la productividad en el área en que el trabaja se ve reflejado en el pago de trabajo suplementario.

A solicitud de la demandada Servimos Ltda fue decretado y escuchado el testimonio del Kenis Jiménez Solano, quien manifestó ser empleada de Servimos como jefe de venta y post venta, tiene a su cargo el manejo el proceso de contratación. Enseñó que su empleadora está constituida desde 1977, ha ganado varias licitaciones con la empresa usuaria Bel Strar, para cubrir los servicios que esta requiera especialmente en el proceso de producción y en el de distribución. La usuaria señala los parámetros que debe cumplir el personal. Dijo no conocer a la demandante, pero sabe de su existencia debido al caso que fue puesto en consideración, con ella se suscribieron 3 contratos de trabajo, la primera vez a apoyar la labor de pincking, luego fue vinculada para campañas especiales, cuando la empresa valida los picos de producción en el año y se ubica el personal para suplir la necesidad y el tercer vínculo se dio para atender los incrementos de exportación. Cada una de estas labores es diferente.

Aceptó que la demandante presentó incapacidad por dos días y tenía recomendación general, pero el contrato finalizó porque la obra para la cual fue contratada se cumplió y salieron más de 108 trabajadores, para esta época. Informó que la accionante fue reintegrada en cumplimiento de una orden de tutela, se le pagó la indemnización equivalente a 180 días de salario y como la empresa no tiene en donde ubicarla se envió a su casa con el pago de todas las acreencias laborales, dijo que la actora no ha presentado ningún documento de calificación de la pérdida de capacidad laboral.

Al rendir declaración de parte la demandante admitió que estuvo vinculada a Servimos S.A. mediante tres contratos por obra o labor y que terminaron por la finalización de la misma esta que estuvo siempre bien determinada, fue asignada como auxiliar al área de exportaciones. Dijo que entre 2017 y 2018 le fueron prescritas dos incapacidades, pero aseguró no recordar el diagnóstico. Dijo que en marzo de 2018, le fue

comunicada la terminación del contrato y obra un correo en el que le informan que como no esta incapacitada la empresa no está obligada a mantener vigente el contrato. Confesó que para esta época tenía prescritas recomendaciones, pero no estaba calificada la pérdida de capacidad laboral y aun no lo está, solamente le había sido emitido un diagnóstico, tampoco le había sido prescrita incapacidad alguna. Señaló que el 25 de enero de 2018, envió por correo certificado a Servimos documentos informando sobre su situación médica. Informó que la empleadora la relevó de prestar servicios, pero sus desprendibles de nómina indican que esta vinculada como trabajadora en misión con Bel Star.

La demandada Servimos aportó contrato de prestación de servicios celebrado con Bel Star S.A con el objeto que aquella le suministrara el personal en misión desde el 1 de enero de 2010 (fls 232 a 241), aportó igualmente contrato suscrito el 31 de marzo de 2016 (fls 246 a 262), para colaborara temporalmente con la actividad de la empresa usuaria mediante el envío de trabajadores en misión. Además soportes del pago de salarios y prestaciones causadas en vigencia de cada vínculo.

De conformidad con el certificado de existencia y representación de folios 426 a 434, se tiene que Bel Star S.A. tiene como objeto:

1.La producción, transformación y comercialización en forma directa y/o indirecta incluyendo pero sin limitarse a cualquier forma de comercialización en red, venta directa, multinivel, televentas, medios electrónicos o distancia y otros bienes de consumo de uso personal y familia, tales como cosméticos, tratamientos y equipos de belleza, joyería ,artículo s deportivos, productos plásticos adhesivos confeccione y todo lo relacionado con l dotación , realce adorno y cuidado personal, familiar y del hogar y artículos promocionales de todo tipo

La valoración de los medios probatorios señalados a la luz de las normas relacionadas en forma precedente, llevan a la Sala a concluir que la labor desarrollada por Herrera Berdugo, al servicio de Bel Star, era una actividad misional de la entidad, pues estaba relacionada con su objeto, pues la demandante tenía que adelantar funciones relacionadas con el pesaje y marcación de productos para su distribución. No obstante, los testigos refirieron que en l empresa si se presentaban picos de producción o campañas que requerían el incremento de personal.

Ahora, aunque los testigos traídos por la demandada, prestan servicios de manera directa a la demandada, ninguno de ellos, fue compañero de la demandante en los tres periodos, menos en la misma área, por tanto no pueden dar fe que las accionante a lo largo de los tres contratos ejecutó la misma labor, tampoco que una vez esta fue desvinculada la actividad continuara desarrollándose en la empresa en la misma proporción y condiciones generales.

Así las cosas, el claro que la demandante no prestó de manera continua sus servicios o que el periodo excedió el plazo de 6 meses prorrogable por otros 6 meses previstos en la norma para un mismo cargo, tampoco demostró que aunque el contrato hiciera mención a una actividad diferente en realidad siempre hubiere ejecutado las mismas funciones.

No olvida la Sala que algunos de los testigos dijeron que en Bel Star siempre hay personal vinculado a través de temporales, pero ello de suyo no demuestra un actuar omisivo de la empresa, pues ellos mismos Rodrigo Andrés Castañeda, Jhon Alexander Martínez y Juan Carlos García Garnica, son trabajadores vinculados directamente a la compañía. En consecuencia, tal como acertadamente concluyó la jueza no hay lugar a declarar que Bel Star fungió como verdadero empleador de Chalie Natalia Zamudio Rubio, por lo que la decisión de primera instancia, no será modificada en este punto.

Estabilidad laboral reforzada

Establecido entonces que Servimos fue el empleador de la demandada y que comunicó la terminación del vínculo el 2 de marzo de 2018, aduciendo la finalización de la obra para la cual había sido vinculada, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o

artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018).

Paralelamente, ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de

la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento

en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión

de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de demostrar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que obra análisis de imagen diagnóstica adiada del 5 de julio de 2017 en la que se indica como

conclusión sacroileitis bilateral, vertebra transicional lumbosacra (fl 130), historia clínica del 26 de enero de 2018, en la que se diagnostica lumbago no especificado - paciente con cuadro de dolor intenso de inicio súbito en región lumbar , se considera manejo del dolor y se toman paraclínicos para definir conducta final. (fls. 133 y 134), incapacidad médica por dos días del 24 al 27 de enero de 2018 (fl. 135), historia clínica del 5 de febrero de 2018, en la que la promotora consulta por dolor en la cadera y se emiten recomendaciones consistentes en evitar levantar o halar elementos pesados, evitar movimientos repetitivos de flexo extensión (fls. 137 y 138)

A folio 152 milita resultado de examen clínico del 22 de febrero de 2018 en el que se indica que la actora padece quista anexial derecho de aspecto endometrisico y ovario izquierdo de aspecto poliquístico. En el folio 14, se aportó resultado de imagen diagnóstica del 14 de marzo de 2018, en la que se concluye: vertebra transicional por hemisacralización, izquierda de L5 con irregularidad de la articulación sacroiliaca adyacente, masa anexial derecha probablemente con componente hemorrágico y se sugiere estudio complementario. Igualmente, se allegó incapacidad prescrita por 15 días desde el 24 de agosto de 2018 hasta el 7 de septiembre de 2018 (fl 161).

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido a la actora le fueron diagnosticadas algunas patologías, estas no ameritaron al menos en vigencia de la relación laboral tratamientos terapéuticos o quirúrgicos, tampoco le merecieron más que dos días de incapacidad en fecha un mes antes de la terminación del contrato y algunas recomendaciones para ejecutar sus labores.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratada en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de

trabajo, razón para confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

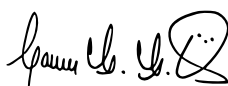
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Radicación n.º 110013105 24 2018 00586 01

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 24 2019 00462 01
DEMANDANTE: EDILIA ARÉVALO MURCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala decide en grado de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que Santos Ildefonso Gómez Cortés (Q.E.P.D.) era beneficiario del régimen de transición y que la pensión que disfrutaba debió ser reconocida al amparo de la Ley 71 de 1988. En consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la prestación y reconocerle como pensionada sustituta del causante, debidamente indexadas, las diferencias causadas sobre las mesadas ordinarias y extraordinarias, junto con los intereses moratorios. Subsidiariamente, solicita declarar que Ildefonso Gómez Cortés (Q.E.P.D.) era beneficiario del régimen de transición y que la pensión que disfrutaba debió ser reconocida con una tasa de remplazo del 75%, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Resultado de lo anterior, se condene a la demandada a pagar las diferencias pensionales debidamente indexadas y los intereses moratorios. Así mismo, a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de vejez a Santos Ildefonso Gómez Cortés mediante Resolución n.º 005416 del 10 de marzo de 2004, en cuantía inicial de \$339.397, para el 2012, tomó en consideración los tiempos de servicio público y las cotizaciones al ISS que ascendían 7.126 equivalentes a 1.018 semanas de cotizaciones, un ingreso base de liquidación de los últimos 3646 días anteriores a la última cotización de \$522.149 y una tasa del remplazo del 65%. Sostuvo que para reconocer la prestación la entidad debió tomar como tasa de remplazo el 75%, bien en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 o la Ley 71 de 1988.

Refirió que Santos Ildefonso Gómez Cortés, falleció el 19 de enero de 2013. En calidad de compañera permanente Colpensiones le reconoció sustitución pensional a través de la Resolución n.º 271156 de 2013. Indicó que el 29 de octubre de 2018, solicitó el reajuste de la mesada pensional, pero fue negada por la entidad. Inconforme, interpuso recurso de apelación, pero la negativa fue confirmada mediante Acto Administrativo DPE 1421 del 4 de abril de 2019, expresando la entidad que no era posible acumular tiempos públicos y privados para liquidar la pensión (fls 33 a 40).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió que reconoció pensión de vejez al causante Santos Ildefonso Gómez Cortés y los términos en que fue otorgada la prestación, la data de fallecimiento, la sustitución pensional reconocida a la accionante en calidad de compañera permanente, la petición de reliquidación pensional y los actos administrativos emitidos con los cuales se dio respuesta. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones de buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, improcedencia de intereses moratorios e indexación, las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, expuso que para reconocer la prestación del causante no es posible acumular los servicios prestados a entidades del sector público y cotizaciones realizadas a través de empleadores privados. Señaló que el causante alcanzó la pensión de vejez gracias a las semanas que había cotizado en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad (fls. 43 a 54).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por la señora Edilia Arévalo Murcia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probados los medios exceptivos de inexistencia del derecho y de la obligación propuesta por la pasiva declarándose relevado el despacho del estudio de los demás medios exceptivos de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante liquidense por secretaría incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$50.000.

CUARTO: CONSULTAR esta providencia en favor de la parte demandante señora Edilia Arévalo Murcia en caso de que no se apele la misma.

En lo fundamental señaló que el causante cotizó 1.014 semanas, es decir, que no acredita 20 años de servicios a entidades del sector público para acceder a la pensión de jubilación prevista en la Ley 71 de 1988. De otro lado, expuso que para reconocer la pensión de vejez al amparo del Decreto 758 de 1990, es posible acumular tiempos de servicios a entidades públicas con semanas efectivamente cotizadas al ISS; no obstante, al calcular la mesada pensional con base en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y obtener el ingreso base de liquidación con los salarios cotizados en el periodo que le hacía falta para alcanzar la edad de pensión, la mesada resulta inferior a la reconocida por la entidad, por tanto, no procede la reliquidación anhelada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si la pensión que fue reconocida a Santos Ildefonso Gómez Cortés debe ser reliquidada al amparo de la Ley 71 de 1988 o en su defecto en aplicación del Decreto 758 de 1990 y en consecuencia, si la demandada está llamada a pagar a la cónyuge supérstite diferencias pensionales como beneficiaria de la sustitución pensional.

Es verdad probada que Colpensiones reconoció a Ildefonso Gómez Cortés pensión de vejez mediante Resolución n.º 005416 del 10 de marzo de 2004, a partir del 1 de julio de 2002, en cuantía inicial de \$339.397, al amparo de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, por contar el causante con más de 1.000 semanas cotizadas a lo largo de la vida (fls. 11 y 12).

Acumulación de tiempos públicos y privados

La acumulación de tiempos de servicio cotizado o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al ISS, reclamada por el demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, es viable conforme a la actual doctrina de la Sala de Casación Laboral.

La Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de

1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que,

finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

En esa misma línea pensamiento, la Corte adoctrinó en fallo CSJ SL1981-2020:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Lo anterior ha sido reiterado, entre otras, en sentencias CSJ SL2523-2020, CSJ SL2557-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020, CSJ SL3354-2020, CSJ SL 4529-2020, CSJ SL5181-2020, CSJ SL182-2021, CSJ SL485-2021 y CSJ SL1067-2021.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el promotor del juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990. Paralelamente, se advierte que las reglas antes descritas también resultan aplicables en aquellos eventos en los que se pretende la reliquidación pensional. Así lo indicó la sentencia CSJ SL 2557-2020.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Se observa que Ildefonso Gómez Cortés a 1 de abril de 1994 contaba 54 años, dado que nació el 11 de noviembre de 1939 (cd expediente administrativo). De conformidad con el reporte de semanas cotizadas aportado por Colpensiones a folios 96 a 98 y la Resolución DPE 1421 del 14 de abril de 2019 (fls. 24 a 28), para el 1º de abril de 1994 contaba 703 semanas cotizadas; de suerte que en razón a la edad es beneficiario de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable

únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010. En el presente caso, Ildefonso Gómez Cortés cumplió 60 años el 11 de noviembre de 1999 y acumuló 1.000 al 30 de junio de 2002 es decir, con anterioridad al 31 de julio de 2010, luego en su caso, no opera la exigencia de cotización señalada en el referido Acto.

Bajo este panorama, estima la Sala que el causante fue beneficiario del régimen de transición y es procedente analizar el reconocimiento de la la pensión de vejez de conformidad con la norma anterior que le resulte aplicable.

Pensión Ley 71 de 1988

Dispone el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

De conformidad con el Acto Administrativo DPE 1421 del 4 de abril de 2019, el causante cotizó 7104 días, es decir menos de los 7.200 días a que equivalen a 20 años. En consecuencia, no es posible reconocer a la pensión, al amparo de la norma en comento.

Pensión Decreto 758 de 1990

De manera subsidiaria se solicita el reconocimiento de la pensión de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado pero el Decreto 758 de 1990. Estima la Sala que es procedente reconocer la prestación al amparo de esta normatividad, como quiera que el causante logró cotizar más de 1.000 semanas y cumplió 60 años para el 11 de noviembre de 1999.

Para determinar el monto de la pensión, la Sala da aplicación a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que el IBL, de conformidad con los salarios cotizados por el actor con base en el tiempo que le hacía falta para acreditar los requisitos de pensión, es de \$306.105 y el determinado con base en los salarios cotizados en toda la vida asciende a \$399.335 el que resulta más favorable. Por ello, se aplica una tasa de remplazo del 75%, como quiera que el causante alcanzó a cotizar 1.014 semanas, lo que arroja una mesada inicial para el año 2002 de \$299.501, es decir, una cifra inferior a la fijada por la entidad en la Resolución n.º 005416 del 10 de marzo de 2004, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales reconoció la pensión a Ildefonso Gómez Cortés en la suma de \$339.397.

Importa destacar que aunque la entidad reconoció la pensión de vejez aplicando una tasa de remplazo del 65% y que el Decreto 758 de 1990, permitiría que esta fuera del 75% y ello de suyo, implicaría un aumento en la mesada pensional, lo cierto es que, el ingreso base de liquidación determinado por el Juzgado y ahora por el Tribunal, resulta inferior al establecido por la entidad al momento de reconocer la prestación. En consecuencia, la Sala no modificará el acto administrativo, por encontrarse consolidado y porque se evidencia que dio cumplimiento a una orden de tutela cuyos términos se desconocen.

En consecuencia la sentencia de primera instancia será confirmada.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

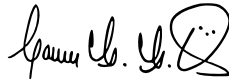
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en el grado de consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 25 2017 00557 01
DEMANDANTE: MANUEL ALFREDO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ
DEMANDADO: ICEIN INGENIEROS CONSTRUCTORES S.A.S.

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

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido. *Que la intervención quirúrgica por una herniorrafia umbilical se derivó del accidente de trabajo sufrido en desarrollo de sus funciones.* En consecuencia se condene a la demanda a pagar indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, indemnización por despido injustificado, incapacidades médicas que se hayan prescrito después del despido. Asimismo a pagar las demás sanciones a que haya derecho y las costas del proceso. Subsidiariamente, solicita se condene a la demandada a reintegrarlo a un cargo igual o mejor al que desempeñaba al momento de la terminación del contrato, con la afiliación al sistema de seguridad social que le permita continuar con la atención médica y tratamientos que requiere el manejo de su enfermedad, los salarios dejados de percibir desde la terminación del contrato hasta que se haga efectivo el reintegro.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de abril de 2013, se vinculó a la demandada para desempeñarse como operario irrigador, en las brigadas de reacción vial en las localidades de Usme, Tunjuelito, Bosa Kennedy, Antonio Nariño, Rafael Uribe y Ciudad Bolívar en la ciudad de Bogotá. Inicialmente, ejecutó sus funciones en la obra de reparcheo de la Avenida Ciudad de Cali, pasados 15 días fue trasladado a una obra en Anolaima, para la cual no fue contratado.

Adujo que luego fue enviado a Funza, después regresó a Bogotá a prestar servicios en la localidad de Suba, allí sufrió un accidente de trabajo consistente en quedar colgado del pasamanos de un tanque cuando revisaba las medidas de emulsión. Posteriormente, fue enviado a la localidad de Usme, allí comenzó a notar abultamiento en su estómago, luego estuvo asignado a otras obras. Al trabajar en Bosa fue remitido a practicarse los exámenes periódicos en los que le fue diagnosticada hernia umbilical que debía ser tratada quirúrgicamente; sin embargo, la empresa no se ocupó de enviarlo a la EPS, ARL o entidad oficial para tratar su padecimiento

Informó que después, fue asignado a obras en Tibú – Norte de Santander, Alvarado y Armero – Tolima, Bogotá, La Pintada -Antioquia y finalmente regresó a Bogotá al taller principal. El 15 de diciembre de 2016, la demandada le comunicó la terminación del vínculo y le concedió 5 días para practicarse exámenes de egreso. Adujo que el área de salud ocupacional al notar la hernia le sugirió acercarse a la EPS, pero no dejó constancia de su existencia en el informe. Aseguró que fue sometido a intervención quirúrgica el 8 de marzo de 2017, y prescritos 10 días de incapacidad. Adujo que previo al despido la demandada no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo y que devengó como último salario \$1.140.304 (fls 4 a 23 y 39 a 45 subsanación).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que celebró contrato por obra o labor con el demandante y la remuneración pagada. De los demás hechos dijo que no son ciertos o los contestó haciendo aclaraciones. Propuso las excepciones de inexistencia de contrato laboral indefinido, falta de legitimación por

pasiva para solicitar la indemnización contratos a término indefinido, el demandante no se encontraba en estado de debilidad manifiesta o discapacidad al momento de la terminación del contrato por obra o labor – improcedencia del reintegro, *presunción del despido en razón a la discapacidad o estado de indefensión del empleado*, mala fe del demandante y las demás declarables oficiosamente (fls.98 a 126).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de noviembre de 2020, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demanda ICEIN Ingenieros y Constructores S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias en su contra por el demandante por lo motivado.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Por ser totalmente adversa a las pretensiones a la parte demandante, en caso de no ser apelada envíese a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

En lo fundamental indicó que las partes estuvieron vinculadas mediante contratos por obra o labor y el demandante no demostró que para el momento en que terminó el vínculo fuera sujeto de estabilidad laboral en razón a su estado de salud.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones del demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que terminó la empleadora sin que mediara justa causa, Subsidiariamente, establecer si para cuando terminó el vínculo laboral el actor era sujeto de estabilidad laboral reforzada y procede su reintegro al cargo.

Modalidad contractual

Pues bien, se encuentra al margen de la discusión que el actor prestó servicios personales a la demandada desde el 15 de abril de 2013 hasta el 15 de diciembre de 2013, pues así consta en certificado visto a folio 24 y aunque el libelo introductorio se indica que la relación estuvo regida por un contrato a término **indefino**, no fue aportado medio de convicción alguno que permita a la Sala arribar a tal conclusión, por el contrario la Icein ingenieros Constructores S.A.S. allegó contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, suscrito por las partes el 15 de abril de 2013, en el que se indicó como objeto: «5% DE AVANCE O EJECUCIÓN DEL CONTRATO IDU-057-2012, CUYO OBJETO ES “BRIGADA DE REACCIÓN VIAL EN LAS LOCLIDADES DE USME, TUNJUELITO, BOSA, KENNEDY, **NTONIO** NARIÑO, RAFAEL URIBE Y CIUDAD BOLÍVAR” EN BOGOTÁ» (fl. 161). También aportó anexos al contrato que dan cuenta que fue modificado en una primera oportunidad en mayo de 2013 al 20% del avance de obra y luego en agosto del mismo año al 80% (fls 158 y 159).

Así las cosas, ante la ausencia de medios de prueba que permitan concluir que lo acordado por las partes no fue lo que aconteció en realidad, ha de tenerse que estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo por obra o **labora** contratada en los extremos aceptados por la demandada.

De otro lado, en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de justicia ha puntualizado que al trabajador le corresponde probar el hecho del despido y al empleador la justa causa para exonerarse de indemnizar los perjuicios (CSJ SL284-2018). Al respecto, encuentra el Tribunal que la demandada mediante comunicación de 15 de noviembre de 2016 (fl. 53), informó al demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, indicándole que:

Me permito informarle que el contrato laboral suscrito entre las partes el 14/04/2013 finalizó con base en el artículo 61 numeral (D) por finalizar la labor para la cual fue usted contratado de acuerdo a la última cláusula que 80% AVANCE O EJECUCIÓN DEL CONTRATO 057-2012, CUYO OBJETO ES BRIGADA DE REACCIÓN VIAL EN LA LOCALIDAD DE USME, TUNJUELITO, BOSA, KENEDDY, ANTONIO NARIÑO, RAFAEL URIBE URIBE Y CIUDAD BOLÍVAR EN BOGOTÁ.

Le informamos que su último día laborado será el 15 de diciembre del presente año.

La Sala dando alcance al contrato de trabajo (fl.161), los anexos mediante los cuales se extendió la obra contratada, se verifica que en agosto de 2018, las partes acordaron que la obra a ejecutar consistiría en el avance del 80% **de** del contrato. En consecuencia, la demandada logró demostrar que la finalización del contrato obedeció a la terminación de la labor para la cual vinculó al trabajador. Así las cosas, tal como acertadamente concluyó el Juez de conocimiento no hay lugar a condenar a la demandada a reconocer y pagar indemnización por despido injustificado prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

Estabilidad laboral reforzada

Se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la “*discapacidad*” es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, la concibe como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es «*un concepto que evoluciona*», además, que es producto «*de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan*

su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y

promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha interpretado el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018 y SL711-2021).

También ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución

Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de

capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “*en circunstancias de debilidad manifiesta*” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una

afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.

2. La estabilidad ocupacional reforzada implica que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto, empero, esta presunción se puede desvirtuar y en virtud de la inversión de la carga de la prueba le corresponde al empleador o contratante probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se verifica que el demandante aportó certificado médico de aptitud laboral en la que no quedó registrada alguna patología, tampoco consignada alguna recomendación (fls. 26 a 28). Allegó también historia clínica que da cuenta de cita médica del 27 de diciembre de 2016, en la que se ordena practicar herniorrafia umbilical, se emite boleta de autorización para el procedimiento (fls. 29 a 32). Historia clínica adiada del 8 de marzo de 2017, en la que se indica que el paciente tiene dos años de evolución de herniorrafia umbilical «*no refiere dolor*» y que está programado para cirugía en la fecha «*Hernia umbilical sin obstrucción, ni gangrena*» y se prescribe incapacidad por 10 días (fls. 63 a 65).

La demandada por su parte, allegó certificados emitidos por las ARL Colpatria y Sura de accidentes de trabajo reportados por la empresa para los años 2015 y 2016 (fls. 139 a 146), pero en los mismos no aparece enlistado el accidente de trabajo que el demandante indicó haber sufrido y ser la causa de la hernia que padecía.

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido el actor desarrolló una hernia umbilical, esta no le impidió ejecutar las labores para las cuales fue contratado, ameritó tratamiento o prescripción de incapacidades médicas, pues nada distinto se demostró enjuicio, es más, el actor no compareció a rendir declaración de parte para narrar lo acontecido en torno a su estado de salud. Con todo, la historia clínica da cuenta que la cirugía le fue practicada en fecha posterior a la terminación del contrato y que para ese entonces no refería dolor. Es decir, que la hernia umbilical que presentaba en ejecución del contrato de obra o labor no fue un obstáculo para que el promotor del juicio pudiera continuar desempeñándose laboralmente.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo. En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda, por lo que se confirma el fallo consultado.

No se causan costas en el grado de consulta.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

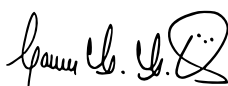
R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de noviembre de 2020.

SEGUNDO No se causan costas en el grado de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00590 01
DEMANDANTE: LUIS ALFONSO CASTELBLANCO MEJÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por el demandante y la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., válidamente afiliado, sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses. A la última a reconocer y pagar pensión de vejez debidamente indexada al amparo del artículo 33 de la Ley 100 del 1993 desde el 30 de marzo de 2019, junto con el retroactivo e intereses moratorios, a reconocer y pagar. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 26 de enero de 1954. Se afilió al Instituto de Seguros Sociales en 1982 y allí cotizó 390

semanas. En septiembre de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. Refirió que el asesor de la AFP le informó que el ISS sería reformado y se incrementarían las semanas mínimas y la edad pensional, entre tanto, en el RAIS podría pensionarse de forma anticipada y con un monto superior, pero no le indicó como ello sucedería, pues no le brindó información clara, puntual, oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco recibió proyección pensional. Indicó que según proyección pensional realizada por Porvenir S.A. en el RAIS su mesada pensional sería de \$1'943.000 y en prima media ascendería a \$4'605.900. Refirió que 26 de enero de 2019 cumplió 62 años, data en la que acreditaba 1.345 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Finalmente, que le fue negada la solicitud de cambio de régimen que elevó a Colpensiones y a Porvenir (expediente digital, archivo 01 fl. 7 a 32).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió la data de nacimiento del actor, la edad, la vinculación al RPM, las semanas cotizadas, la proyección pensional efectuada por Porvenir, que el actor acredita los requisitos exigidos para acceder a la pensión y la reclamación administrativa y la respuesta negativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y lo hizo de manera libre y espontánea y se ratificó su voluntad al realizar traslados horizontales y no retornar a Colpensiones durante el largo periodo de permanencia en el RAIS (expediente digital, archivo 01 fl. 102 a 111).

Por auto del 19 de octubre de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de julio de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado efectuado por el señor Luis Alfonso Castelblanco Mejía identificado con cedula 19.243.236, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Porvenir a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que acepte dichas transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del señor Luis Alfonso Castelblanco Mejía, de conformidad con lo establecido en el artículo 9º y 10º de la Ley 797 de 2003, calculándose el ingreso base de liquidación por los 10 últimos años de cotización o con toda la vida laboral, aplicando el ingreso que le sea más favorable al demandante y contabilizando hasta la última semana de cotización, calculándose el retroactivo pensional desde el 01 de agosto de 2019, fecha que deberá verificar Colpensiones y teniendo en cuenta la última cotización realizada por el actor, mesadas pensionales que deberán ser canceladas debidamente indexadas, autorizándose a Colpensiones a efectuar el correspondiente descuento por aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones Porvenir, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP aportó formulario de afiliación, pero no demostró haber cumplido con el deber de brindar información al actor clara, suficiente y veraz que le permitiera tomar la decisión de trasladarse consiente de las implicaciones de su decisión. Concluyó que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pues acredita los requisitos de edad y semanas cotizadas, la cual disfrutará a partir del día siguiente a aquel en que realice la última cotización en pensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, el demandante y la demandada Porvenir S.A. apelaron lo resuelto.

El demandante aspira que se revoque la decisión de manera parcial y en su lugar condenar también a Colpensiones a pagar las costas del

proceso, teniendo en cuenta que el artículo 365 y 366 del Código General del Proceso pues se opuso a la prosperidad de las pretensiones y fue vencida en juicio.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la sentencia dado que el accionante se encuentra en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad, a su vez el traslado es un acto jurídico válido, adelantado por una persona capaz, que se configuró en los términos previstos en la norma para la época y no es dable exigirle acreditar requisitos introducidos con posterioridad en el ordenamiento jurídico y desarrollados por vía jurisprudencial. Señaló que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal y compensaron la gestión de la AFP que produjo rendimientos financieros en favor del demandante.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio

suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 19 de marzo de 1993 (expediente administrativo,

archivo 02). De conformidad con el reporte generado por la AFP, cotizó a prima media 390 semanas y se trasladó al régimen de ahorro individual en septiembre de 1999 (archivo 01 fls 47 a 49).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó ser médico de profesión. Dijo que para la época del traslado no le informaron sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen. Finalmente, indicó que cuando estaba próximo a alcanzar la edad pensional un contador le dijo que su pensión en el RAIS sería inferior a la que recibiría en prima media y esa es la razón para retornar al RPM.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). Con todo, en el caso bajo examen el instrumento indicado ni siquiera fue aportado.

De otra parte, los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Como quiera que el Juzgado declaró la nulidad del traslado al RAIS, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la Porvenir S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones, descontadas al demandante (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto

con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Ahora, la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Pensión de vejez

Establecido entonces que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que el afiliado hombre haya alcanzado los 62 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que el accionante alcanzó los 62 años de edad el 26 de enero de 2016 (fl. 44 archivo 1 expediente digital) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (expediente digital, archivo 01 fl. 46), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social. No obstante, como determinó la jueza de conocimiento, no es posible determinar el monto de la prestación, tampoco la fecha de disfrute, pues

no se tiene certeza sobre la última cotización realizada. En consecuencia se adicionará la sentencia para indicar que el disfrute estará sujeto a la última cotización al sistema de seguridad social.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales estará obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. Por tanto, la sentencia será adicionada en este punto.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, recibir recursos de Porvenir y reconocer la pensión de vejez al actor. En consecuencia, la sentencia será adicionada para imponer esta condena.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de julio de 2022, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada, el que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la decisión en el sentido de indicar que Colpensiones únicamente estará llamada a cumplir la orden de pagar la pensión cuando haya recibido a satisfacción el traslado de los rubros señalados en el numeral segundo de esta providencia, en la forma ahí dispuesta y que el disfrute de la pensión será a partir del 1 de agosto de 2019 o el día siguiente a aquel en que se haya efectuado la última cotización de ser diferente.

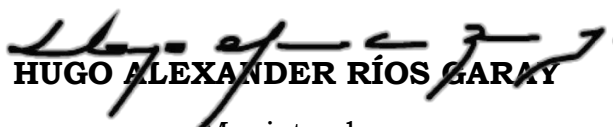
CUARTA: ADICIONAR el numeral sexto de la sentencia en el sentido de condenar también a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00829 01
DEMANDANTE: ARMANDO PINEDA MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «*nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP AFP Colfondos S.A., y válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses causados en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) A esta última a aceptar dichos aportes y registrarlo como afiliado. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de marzo de 1957, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de febrero de 1978. El 19 de agosto de 1998, se trasladó a la AFP Colfondos S.A. con la promesa de pensionarse con un monto mayor y a una edad más temprana que en el Instituto de Seguros Sociales. Refirió que el asesor del fondo privado le informó que el ISS iba a ser liquidado y que sus aportes corrían riesgo allí,

y que en el fondo privado podía retirar sus aportes al cumplir la edad pensional, pero no le brindó información veraz y acorde con su situación personal que le permitiera tomar una decisión consiente sobre el régimen que más le convenía, no le elaboró proyección pensional, ni le informó sobre la posibilidad de retornar a prima media. Señaló que cotizó 1.057 al 31 de julio de 2019 al sistema general de pensiones y acumuló un capital de \$216'851.499 en su cuenta de ahorro individual, empero la AFP le informó que el capital no era suficiente para acceder a la pensión mínima. Informó que el fondo le negó la devolución de aportes. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno al régimen de prima media (expediente digital archivo 03 fls. 1 a 25).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió que envió oficios a los afiliados del fondo informando que estaban en rango de tiempo para trasladarse. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones señaló que el traslado se dio de manera libre y espontanea, además el accionante ratificó su decisión de permanecer afiliado al RAIS por más de 15 años (expediente digital archivo 10 fls. 3 a 23).

Colpensiones se opuso al éxito de las súplicas. Aceptó la data de nacimiento del actor, su edad, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. Argumento que, desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, existe la libertad de elegir entre dos regímenes coexistentes, pero excluyentes y el demandante lo ejerció, así que de manera voluntaria seleccionó en uso de plena autonomía el RAIS y ahora no puede retornar a prima media en razón de la edad, pues no cumple con los requisitos para hacerlo en cualquier tiempo (expediente digital, archivo 14 fls. 2 a 12).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de agosto de 2022 (expediente digital, archivo 24), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Armando Pineda Moreno, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones Colfondos a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones Colfondos, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Colfondos S.A. omitió brindar información completa y suficiente que le permitiera al demandante conocer las características de cada uno de los regímenes y así tomar la decisión que resultara más conveniente para sus intereses pensionales y la simple firma impuesta en el formulario no resulta suficiente para tener por demostrado el cumplimiento del deber de información, por lo que procede declarar la ineficacia deprecada.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe

abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió

con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 27 de febrero de 1978 (expediente administrativo, documento 2). Migró al RAIS, administrado por Colfondos el 1 de octubre de 1998 (expediente digital, archivo 10 fl. 26).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para la época del traslado un asesor de Colfondos le informó que iban a liquidar el ISS, que sus aportes estaban en riesgo; en cambio en la AFP la mesada pensional mejoraría y podía pensionarse anticipadamente, a más que podría retirar sus aportes en cualquier momento y que la prestación era heredable. Refirió que el formulario de afiliación lo diligenció el asesor, y él se limitó a firmarlo de manera voluntaria, convencido de lo manifestado por el promotor del fondo. Arguyó que se acercó a una oficina a preguntar que requisitos debía cumplir para acceder a la pensión y allí supo que esta sería de un salario mínimo legal mensual vigente y que ya no podía retornar a prima media en razón de la edad. Señaló que se sintió engañado pues las expectativas que le generaron al momento del traslado no se cumplieron.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021). En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 16 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCEROS: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaro voto
026 2019 00829 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2021 00226 01
DEMANDANTE: ARTURO QUINTERO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Protección S.A. y válidamente afiliado al régimen de prima media (RPM) sin solución de continuidad. En consecuencia, ordenar a la AFP trasladar a Colpensiones, todos los aportes, rendimientos, frutos e intereses de la cuenta individual. A la última a hacer efectiva la afiliación en prima media, aceptar el traslado de recursos y reconocer la pensión de vejez. Finalmente, que se declare y condene a las demandadas a reconocer y pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* que resulte probado en el proceso, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de agosto de 1959. Refirió que se trasladó al RAIS en mayo de 1999 a través de la AFP

Colmena S.A. hoy Protección S.A. Adujo que el fondo privado, le indicó que el ISS se iba a acabar, entre tanto en el RAIS obtendría una mesada superior de manera anticipada, pero no le informó como sucedería, dado que no le ilustraron sobre las características, los requisitos exigidos en cada régimen para pensionarse, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco realizó proyecciones comparativas que le permitieran evidenciarlas y menos le informó sobre la posibilidad de retracto o del traslado en tiempo. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 01, fls. 1 a 14.)

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, argumentó que el traslado de régimen se realizó de manera libre y voluntaria con el lleno de los requisitos legales exigidos para la época del traslado y que el demandante se encuentra inmerso en prohibición legal para retornar al régimen de prima media en razón de la edad (expediente digital, archivo 07, fls. 2 a 12).

La AFP Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Admitió el número de semanas cotizadas, la sugerencia de traslado, la solicitud de traslado y la respuesta negativa. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»*, *«inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la*

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» y las demás declarables oficiosamente. En su defensa expuso que todas las actuaciones del fondo están precedidas de buena fe y legalidad. Sostuvo que el actor se afilió de forma libre y voluntaria con la suscripción del formulario, tal como disponía la ley para la época (expediente digital, archivo 09, fls. 3 a 24).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de julio de 2022 (expediente digital, documento 15), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Arturo Quintero Rodríguez, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones Protección a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para que acepte dichas transferencias y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a el fondo de pensiones Protección, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera al actor conocer los efectos de trasladarse teniendo en cuenta sus condiciones particulares.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas el actor se afilió Instituto de Seguros Sociales, el 21 de julio de 1978 (expediente administrativo, documento 9), migró al RAIS, a través de la administradora AFP Colmena el 1 de junio de 1999 con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 09, fl. 25), en el que se puede leer:

DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11. HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SIN VERDADEROS.

Luego, el 1 de abril de 2.000 se vinculó a ING y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante está vinculado a Protección S.A. (expediente digital, archivo 09, fl. 74).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la fecha del traslado trabajaba en Carulla allí, llegaron varios asesores de AG Colmena, empezaron a hacer afiliaciones con la excusa que el ISS se acabaría y que en el fondo privado la pensión tendría mejores dividendos y se podría acceder a ella en cualquier momento. Adujó que se trasladó por miedo. Indicó que se acercó a oficinas de Protección para preguntar sobre su futuro pensional aquí le informaron que su mesada sería de un salario

mínimo. Refirió que por comentarios de compañeros que ya están pensionados sabe que en Colpensiones la mesada es superior. Refirió que Colpensiones le informó que está incurso en prohibición legal en razón de la edad para afiliarse a dicha entidad. Aceptó que su interés de retornar radica en el valor de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Protección S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de inejecución es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2022, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

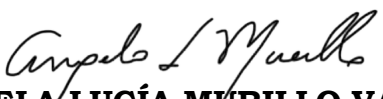
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2019 00436 01
DEMANDANTE: MARY YAZMÍN URREGO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A. y válidamente afiliada sin solución de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene al fondo a devolver al RPM todos los aportes realizados. A Colpensiones a aceptar el traslado. Se grave a las demandadas con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de abril de 1965, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de diciembre de 1985, 260.86 semanas. Refirió que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 21 de octubre de 1998. Adujo que la AFP no le brindó

información clara y completa de los beneficios y consecuencias del traslado. Adujo que su mesada en Colpensiones resultaría superior teniendo en cuenta una tasa del 75% por 1300 semanas cotizadas y un promedio de IBC de \$6'487.574. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 4 a 9).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la fecha de natalicio de la demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas en el régimen de prima media, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los hechos restantes no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, las demás declarables oficiosamente. En su defensa, argumentó que al trasladarse la demandante realizó un acto consciente libre, espontáneo y sin presiones y no puede retornar a RPM, pues se no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en una prohibición legal en razón de la edad y porque no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 01 fls. 46 a 80).

La AFP Colfondos S.A rechazó el éxito de las peticiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, el traslado de régimen y la solicitud de traslado con su respectiva respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, sostuvo que cumplió con las formalidades establecidas en la ley y señaladas por la Superintendencia Financiera para el momento en que se concretó el traslado, la afiliación un acto fue libre y espontaneo (expediente digital, archivo 01, fls. 92 a 105)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 07), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado la señora Mary Yazmin Urrego Rojas del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. pensiones y cesantías devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Mary Yazmin Urrego Rojas como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a afiliarse nuevamente a la señora Mary Yazmin Urrego Rojas al régimen de prima media con prestación definida, recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos S.A. pensiones y cesantías, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, capitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por Colpensiones y las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación de la cusa por pasiva, buena fe, prescripción, validez de la afiliación del régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, formuladas por Colfondos S.A. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

QUINTO: CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. pensiones y cesantías al pago de las costas del proceso en la suma de 2 millones de pesos como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que Colfondos no brindó información suficiente y clara para la elección de régimen pensional, violando el derecho de transparencia al momento de la suscripción del formulario, de la misma forma que no informó de las condiciones y características de cada régimen pensional, por ello resulta procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandada Colpensiones reclamó revocar la sentencia bajo el argumento que no se logró demostrar el supuesto engaño por parte de la AFP al momento del traslado. Argumentó que el formulario fue suscrito de forma libre y espontánea, en ausencia de vicio del consentimiento alguno.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones la actora se afilió al ISS el 5 de diciembre de 1985 (expediente digital, archivo 02 fl 76), migró al RAIS, administrado por Colfondos el 21 de octubre de 1998, conforme a formulario de afiliación (expediente digital, archivo 2 fl. 65).

Al absolver el interrogatorio de parte, señaló que para la época el traslado prestaba servicios a la Alcaldía Ubalá, como Jefe de Planeación, ejercía sus funciones en el área rural, cuando se presentó en las instalaciones, la secretaria del alcalde le informó que el ISS iba a desaparecer, que debía trasladarse, razón por la cual firmó de manera voluntaria el formulario correspondiente. Señaló que no medió asesoría

por parte de la AFP o algún representante de la misma. Admitió que luego de firmar el formulario de traslado no presentó solicitud de retracto, tampoco ha realizado aportes voluntarios.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021) y en el caso de marras, ni siquiera se satisface esta condición, pues el formulario aportado no está completo.

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que dicho fondo faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Colfondos deberá trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se confirmará en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020), para el efecto se adicionará la decisión analizada.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

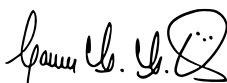
PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2022. En el sentido de indicar que, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGEJA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaro voto
027 2019 00436 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 27 2020 00094 01
DEMANDANTE: MARTHA DEL CARMEN ZAMBRANO PINTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare de manera principal la ineficacia y «*la nulidad*» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 1 de noviembre de 1999 y válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP a registrar en su sistema de información que nunca realizó vinculación por indebida asesoría. A Colpensiones a registrar, activar su afiliación, y actualizar su historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso. De manera subsidiaria declarar que Porvenir no brindó una asesoría clara, completa y veraz al momento del traslado. Así mismo que la mesada pensional otorgada por Porvenir no

suple las necesidades básicas conforme su status de vida. En consecuencia, condenar a la AFP a indemnizar el engaño y las diferencias en la pensión de vejez que *percibiría* en la AFP.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de febrero de 1959, se vinculó laboralmente en el sector público desde el 12 de enero de 1981 cotizó a Cajanal acumulando 911,57 semanas. Se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 1 de noviembre de 1999. Señaló que para el momento del traslado su salario era de \$594.040. Adujo que asesores de la AFP le indicaron que el ISS se acabaría y le prometieron pensionarse anticipadamente y un monto de mesada superior en el RAIS. Refirió que el fondo, previo a la vinculación no le informó sobre las características de cada régimen, las ventajas y desventajas del cambio y las implicaciones que tendría sobre su futuro pensional, tampoco fue informada sobre el derecho de retracto.

Señaló que para el 2004, advirtió que el ISS seguía operando y reconociendo pensiones, por ello, el 27 de enero de la misma anualidad diligenció formulario para retornar a prima media, teniendo en cuenta que para la fecha acreditaba 44 años; sin embargo, el ISS guardó y esto la llevó a asumir que se encontraba válidamente afiliada a prima media ya que su empleador le cotizaba a dicha administradora. Señaló que en 2011, cumplió la edad mínima de pensión y cuando tramitó su pensión en el ISS le informaron que estaba afiliada a Porvenir S.A., por lo anterior solicitó a la AFP que se aclarara su situación y fue informada que no podía retornar. Indicó que al 31 de marzo de 2011, acreditaba un total de 29 años, 1 mes y 21 días de aportes al sistema general de pensiones.

Indicó que Porvenir le informó que no podía reconocerle pensión, ni siquiera en atención a la garantía mínima. Adujo que en Colpensiones obtendría una mesada de \$2'864.012, en consideración a 1.498 semanas cotizadas. Indicó que solicitó a las demandadas el retorno al RPM, pero fue negado (expediente digital, archivo 01 fls. 1 a 22).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la actora y su edad, la solicitud de traslado de

régimen del 27 de enero de 2004, cuando contaba con 44 años de edad, la solicitud de aclaración de situación pensional y la reclamación administrativa. Manifestó que los demás hechos no le constan o no son ciertos. Formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones, señaló que la actora está inmersa en prohibición legal para retornar a prima media en razón de la edad y en todo caso no hizo uso del derecho de retracto (expediente digital, archivo 01 fls. 138 a 178).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las aspiraciones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad del acto jurídico, toda vez que la actora suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación, con el lleno de los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para la época, no hizo uso del derecho de retracto, a más permaneció vinculada por un largo periodo en el que no manifestó inconformidad alguna y por el contrario adelantó actos de relacionamiento (expediente digital, archivo 02 fls. 1 a 37).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de agosto de 2022 (expediente digital, documento 09), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora Martha del Carmen Zambrano Pinto del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Martha Del Carmen Zambrano Pinto, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones afiliar nuevamente a la señora Martha del Carmen Zambrano Pinto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, formuladas por Colpensiones y las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación formuladas por Porvenir S.A., conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información clara y completa y con ello faltó a su deber de asesoría y transparencia lo que conduce a declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones S.A. imploró revocar la sentencia al argumentar que no se demostró en el curso del proceso el supuesto engaño, por el contrario obra en el formulario de afiliación que materializa la voluntad de suscribirlo de manera libre y voluntaria, pues no presenta anotación de inconformidad y observaciones de presiones indebidas, por tanto no se demostró la configuración de vicio del consentimiento alguno. Sostuvo que la actora no hizo uso del derecho de retracto y permaneció vinculada por más de 22 años al RAIS.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según certificado de información laboral la actora prestó servicios a la Rama Judicial desde el 12 de enero de 1981 hasta 15 de septiembre de 1985 y del 14 de noviembre de 1990 al 31 de diciembre de 1993, periodos en los cuales cotizó a Cajanal (archivo 01 fl. 24). Ahora del reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, se extrae que la actora se afilió el 1 de septiembre de 1995 (expediente digital, documento 04). Luego, migró al RAIS, a través de la administradora AFP Porvenir S.A. el 1 de noviembre de 1999 (expediente digital, documento 02, fl. 84).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que es abogada se graduó en el 2004, trabajó como escribiente en un Juzgado Civil Municipal, pero no tuvo experiencia en seguridad social. Refirió que, para la época del traslado, trabajaba en el edificio Morales con la Rama Judicial y asesores de los fondos privados le insistieron para trasladarse de régimen, aseguraron que el Seguro Social y Cajanal se iban a acabar y debía escoger un fondo privado para trasladarse al RAIS, donde podía pensionarse a cualquier edad y con el sueldo que devengara al momento del reconocimiento de la prestación. Adujo que el formulario de afiliación lo diligenció la asesora del fondo y ella lo firmó de buena fe. Refirió que recibió extractos de Porvenir dos años después del cambio. Adujó que en el 2003, se enteró, a través de sus compañeros de trabajo que el ISS no se había acabado y que en el RAIS no se cumplían las condiciones pensionales ofrecidas, esto la llevó a diligenciar el formulario para retornar a prima media, del cual entregó copia a la pagaduría de su empleador y este realizó las cotizaciones correspondientes que se veían reflejadas en los desprendibles, por esta razón nunca se acercó a Colpensiones, ni al fondo

privado a solicitar alguna información, pues entendió que el cambio se había concretado y solo en marzo del 2011 cuando solicitó al Seguro Social gestionar su pensión y le informaron que estaba afiliada a Porvenir.

Obra en el plenario, formulario de traslado de régimen con sello de radicado 19 de junio de 2004 (archivo 1 fl 58), De conformidad con el reporte de semanas cotizadas generado por Colpensiones el 20 de mayo de 2021, los aportes realizados por el empleador Rama Judicial – Dirección Seccional de la Administración Judicial desde el marzo de 2004 a julio de 2010, fueron efectuados a Colpensiones y traslados por esta administradora a Porvenir (expediente administrativo archivo 4 fls. 1 a 8).

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero. (CJS SL 5686-2021). Es más en el presente asunto quedó de mostrado que de manera oportuna la demandante,

ejerció su derecho de selección de régimen, empero el entonces ISS no comunicó su negativa y el empleador realizó aportes a prima media.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, Porvenir S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por ello, la sentencia será confirmada en esta parte. Y adicionada para indicar que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad

social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2022, en el sentido de ordenar a Porvenir que al momento de cumplirse la orden, de traslado de los conceptos, estos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



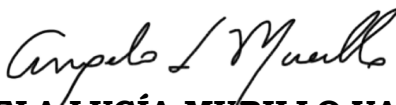
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Aclaró voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00272 01
DEMANDANTE: YAKELIN ACOSTA MORENO
DEMANDADO: SERDAN S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que goza de estabilidad laboral reforzada, por tanto es ineficaz el despido del 30 de noviembre de 2018 y el contrato se encuentra vigente. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla sin solución de continuidad a sus labores o a unas mejores condiciones, con el consecuente pago de salarios desde el 30 de noviembre de 2018 y el 30 de marzo de 2019, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aportes al sistema de seguridad social y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 22 de diciembre de 1998, se vinculó a la demandada mediante contrato a término fijo inferior a un año, para desempeñarse como operaria de aseo en las instalaciones de la empresa cliente Avianca S.A. Adujo que entre febrero y noviembre de 2018, le fueron prescritas varias incapacidades en razón a dolores y molestias tratadas por traumatología. El 15 de marzo de 2018, la empleadora realizó examen ocupacional a sus empleados a través de Salud Ocupacional de los Andes Ltda; para su caso, se recomendó continuar con

controles de ortopedia y fisioterapia. El 27 de octubre de 2018, se determinó que presenta cambios degenerativos en nivel L4 y L5 y abombamiento discal. Posteriormente, se diagnosticó dolor lumbar que no mejora con tratamiento, circunstancias todas estas fueron puestas en conocimiento del empleador. La empleadora comunicó la terminación unilateral del contrato el 30 de noviembre de 2018. Inconforme, interpuso acción de tutela que fue decidida a su favor y confirmada en segunda instancia (fl. 40 a 47).

Al contestar, Serdan S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de inicio de la relación, el cargo desempeñado, que a la trabajadora le fueron prescritas incapacidades, el examen ocupacional, la terminación unilateral del contrato. Manifestó no ser ciertos o no constarle los hechos restantes. Propuso las excepciones de terminación de contrato de trabajo por terminación de la labor u obra, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, no limitación de la demandante al momento de la terminación del contrato, no existencia de pérdida de capacidad laboral de la actora, pago, compensación, no discriminación a la actora por su estado de salud, cobro de lo no debido, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, indicó que la modalidad contractual cambió a partir del 1 de enero de 2012 a ejecución de la obra o labor contratada, atada al contrato de prestación de servicios celebrado con Avianca S.A. y al finalizar este culminó también la relación laboral con la actora, así que la finalización del vínculo obedeció a causal legal (fls. 145 a 151).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de julio de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante señora Yakelin Acosta Moreno y la demandada Serdan existió un contrato de trabajo desde el 22 de diciembre de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2018, en el cual se desempeñó en el cargo de operaria

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de mérito denominadas inexistencia de estabilidad laboral reforzada, no existencia de pérdida de capacidad laboral de la actora, no discriminación a la actora por su estado de salud, buena fe y no limitación de la demandante al momento de la terminación

del contrato, propuestas por la parte demandada y relevarse del estudio de las demás excepciones.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada Compañía de servicios Administración Serdan S.A. de todas y cada una de las pretensiones impetradas por la demandante Yakelin Acosta Moreno de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR en costas como se estableció en la parte motiva de esta providencia

QUINTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante conforme al artículo 64 del Código Procesal del Trabajo y la seguridad Social, en caso de no ser apelada esta decisión.

En lo fundamental señaló que la demandada probó que la relación laboral terminó por una causal objetiva, pues la obra o labor para la cual fue vinculada finalizó, debido a que el contrato comercial suscrito entre Serdan y Avianca S.A. llegó a su fin.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante informó que la pérdida de capacidad laboral de la actora es del 42%. Acto seguido solicitó revocar la decisión al argumentar que a la terminación del contrato no había calificación de la pérdida de capacidad laboral, pero su estado de salud era un hecho notorio, para una empresa que tiene más de 5.000 trabajadores y un área especializada para dictar conceptos sobre el estado de gravedad. Refirió que la compañía no allegó los exámenes periódicos que debió practicarle, no obstante, ella le puso en conocimiento su epicrisis, siendo así conocía de las patologías que la aquejaban.

Argumentó que la Ley 361 de 1997, contempla una serie de derechos y garantías para igualar a quienes tienen padecimientos de salud, con quienes tienen un 100% de capacidad laboral, por tanto debe hacerse la revisión conjunta de los documentos presentados a Serdan y los obrantes en el expediente. Sostuvo que la demandada tiene la capacidad para sostener el contrato de una persona con estabilidad reforzada. Refirió que actualmente la trabajadora presta servicios y la demandada se beneficia de los mismos, por tanto la Ley 361 de 1997, debe ser analizada a la luz del bloque de constitucionalidad, para procurar que quienes tienen padecimientos de salud, no sean discriminados.

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si la promotora del juicio es sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en consecuencia, si debe ser reintegrada sin solución de continuidad al mismo cargo que desempeñaba o a otro acorde con sus condiciones de salud.

Es verdad probada que: *ij*) entre la demandante y la demandada Serdan existió un contrato de trabajo desde el 22 de diciembre de 1998 hasta el 30 de noviembre de 2018, en el cual se desempeñó en el cargo de operaria, pues así se declaró en primera instancia y no fue materia de reparo; *ii*) la demandada informó la terminación del contrato aduciendo la finalización del contrato comercial suscrito con la empresa cliente Avianca (fl. 28)

Bajo ese entendido, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

Desde el marco jurídico de los derechos humanos la *discapacidad* es un concepto universal que trasciende el sistema colombiano de seguridad social. En efecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 1346 de 2009, ratificada el 10 de mayo de 2011 y vigente en Colombia a partir del 10 de junio de 2011, concibe la discapacidad como el resultado negativo de la correlación entre las circunstancias específicas de un sujeto y las barreras impuestas por la sociedad.

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es «*un concepto que evoluciona*», además, que es producto «*de la interacción entre las personas*

con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad «incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Por lo anterior, es dable afirmar que la discapacidad resulta de la interrelación que existe entre una deficiencia física, mental, intelectual y sensorial de un sujeto, y los obstáculos del entorno, que dificultan su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia al momento de abordar la diferencia entre la invalidez y la discapacidad en sentencia SL3610-2020, puntualizó:

Entonces, como bien lo afirma el recurrente, invalidez y discapacidad son conceptos diferentes. Sin embargo, no son excluyentes y pueden superponerse, lo que significa que una persona puede tener un estado de invalidez y al mismo tiempo una discapacidad. De hecho, es usual que las personas declaradas inválidas tengan a su vez discapacidades derivadas precisamente de esas deficiencias que les impiden integrarse en los entornos laborales. Es decir, puede suceder y es bastante común, que las deficiencias que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

Pero, así como es usual que invalidez y discapacidad converjan en una persona, puede que no. Por ejemplo, un ex miembro de la fuerza pública o piloto de una aerolínea, debido a alguna deficiencia en su salud, puede haber sido declarado inválido para desarrollar esa actividad y por lo mismo puede estar percibiendo una pensión de invalidez, pero es factible que esa limitación no afecte en lo absoluto el desarrollo de otras labores productivas. Igual ocurre con profesionales, técnicos o artistas que debido a una pérdida o afectación de una estructura anatómica o una función psicológica o fisiológica son declarados inválidos, pero sus limitaciones no les impidan integrarse de nuevo al mundo laboral para explotar sus capacidades y poner en práctica otras destrezas, habilidades y conocimientos al servicio de la comunidad y la economía.

En ese orden de ideas, la tesis del recurrente relativa a que las personas declaradas inválidas «no se encuentran en condiciones de trabajar» no es de recibo para esta Sala. Como se mencionó, la mayor parte de las personas declaradas inválidas tienen discapacidades, de manera que sostener que están excluidas del mundo laboral equivale a negarles el derecho a la inclusión sociolaboral.

La Convención sobre las Personas con Discapacidad, en el artículo 27, reconoce el derecho al trabajo de las personas en tal condición, e incluye a aquellas «que adquieran una discapacidad durante el empleo», así:

Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y

accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo [...].

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.

Paralelamente, el artículo 13 de la Constitución Nacional reconoce que el Estado tiene, en el marco de sus deberes, el de proteger *“especialmente a aquellas personas que por su condición [...] física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Con base en dicha disposición se colige que quienes se encuentran en condiciones físicas de debilidad manifiesta, se les debe una protección especial. Esa garantía se predica de todos los derechos y, por tanto, también de la *“estabilidad en el empleo”*, reconocido igualmente en el artículo 53 de la Carta Fundamental.

Es justamente como desarrollo de esas exigencias constitucionales, que el legislador ha expedido diferentes normas, dentro de las cuales podemos resaltar la Ley 361 de 1997, la Ley 1346 de 2009 por medio de la cual se aprueba la *“Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”*, y la Ley Estatutaria 1618 del 27 de febrero de 2013, con el fin de establecer una serie de mecanismos destinados a proteger e integrar socialmente a ciertas personas que por su estado de salud pueden ser discriminadas.

El artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en materia de estabilidad laboral establece que:

En ningún caso la <situación discapacidad> de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha <situación discapacidad> sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona <en situación de discapacidad> podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su <situación de discapacidad>, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su <condición discapacidad>, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018).

Paralelamente, ha sentado que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el perjuicio de la discapacidad del trabajador. Por tanto, en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria. En esa perspectiva, sienta como subregla que la decisión del empleador puede ser controvertida por el trabajador, a quien le bastará demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa. De no hacerlo, el despido se reputará ineficaz (C-531-2000) y, en consecuencia, procederá el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, más la sanción de 180 días de salarios consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL 1360-2018).

Sobre la postura de la Corte Suprema de Justicia, respecto de la estabilidad laboral reforzada con ocasión del estado de salud del trabajador, la H. Corte Constitucional en sentencia C-200 de 2019, en su

función de interpretar los preceptos legales conforme a la Constitución Nacional, al momento declarar la exequibilidad condicionada de la justa causa de despido prevista en el numeral 15 del literal A) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse (a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.

En ese horizonte, es dable afirmar conforme a la postura del máximo Órgano de la jurisdicción constitucional que, la protección especial por estabilidad laboral reforzada resulta extensiva no sólo a las personas que están debidamente calificadas como discapacitadas o con un grado de pérdida de capacidad laboral, sino también aquellas que sufren una disminución en su salud que les impidan desarrollar cabalmente sus labores o cuyas características personales hacen suponer que pueden ser susceptibles de discriminación laboral. Lo anterior, también tiene sustento en la sentencia SU-049 de 2017, que unificó su posición respecto de cuáles son las personas que se encuentran en condición de debilidad manifiesta y merecen la protección de la estabilidad ocupacional reforzada, al señalar:

Por el contrario, la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no deriva únicamente de la [Ley 361 de 1997](#), ni es exclusivo de quienes han sido calificados con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda. Desde muy temprano la jurisprudencia de esta Corporación ha indicado que el derecho a la estabilidad laboral reforzada tiene fundamento constitucional y es predicable de todas las personas que tengan una afectación en su salud que les “impid[a] o dificult[e] sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, toda vez que esa situación particular puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta y, en consecuencia, la persona puede verse discriminada por ese solo hecho. Por lo mismo, la jurisprudencia constitucional ha amparado el derecho a la estabilidad

ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares...

Igualmente, porque en criterio de esa Corporación, la referida garantía tiene sustento en que:

4.4. (...) El derecho a la estabilidad ocupacional reforzada no tiene un rango puramente legal sino que se funda razonablemente y de forma directa en diversas disposiciones de la Constitución Política: en el derecho a “la estabilidad en el empleo” (CP art 53);[61] en el derecho de todas las personas que “se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta” a ser protegidas “especialmente” con miras a promover las condiciones que hagan posible una igualdad “real y efectiva” (CP arts. 13 y 93);[62] en que el derecho al trabajo “en todas sus modalidades” tiene especial protección del Estado y debe estar rodeado de “condiciones dignas y justas” (CP art 25); en el deber que tiene el Estado de adelantar una política de “integración social” a favor de aquellos que pueden considerarse “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos” (CP art 47);[63] en el derecho fundamental a gozar de un mínimo vital, entendido como la posibilidad efectiva de satisfacer necesidades humanas básicas como la alimentación, el vestido, el aseo, la vivienda, la educación y la salud (CP arts. 1, 53, 93 y 94); en el deber de todos de “obrar conforme al principio de solidaridad social” (CP arts. 1, 48 y 95).[64]

4.5. Estas disposiciones se articulan sistemáticamente para constituir el derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, en la siguiente manera. Como se observa, según la Constitución, no solo quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, definida con arreglo a normas de rango reglamentario, deben contar con protección especial. Son todas las personas “en circunstancias de debilidad manifiesta” las que tienen derecho constitucional a ser protegidas “especialmente” (CP art 13). Este derecho no se circunscribe tampoco a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable. Ahora bien, esta protección especial debe definirse en función del campo de desarrollo individual de que se trate, y así la Constitución obliga a adoptar dispositivos de protección diferentes según si las circunstancias de debilidad manifiesta se presentan por ejemplo en el dominio educativo, laboral, familiar, social, entre otros. En el ámbito ocupacional, que provoca esta decisión de la Corte, rige el principio de “estabilidad” (CP art 53), el cual como se verá no es exclusivo de las relaciones estructuradas bajo subordinación sino que aplica al trabajo en general, tal como lo define la Constitución; es decir, “en todas sus formas” (CP art 53). Por tanto, las personas en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a una protección especial de su estabilidad en el trabajo. El legislador tiene en primer lugar la competencia para definir las condiciones y términos de la protección especial para esta población, pero debe hacerlo dentro de ciertos límites, pues como se indicó debe construirse sobre la base de los principios de no discriminación (CP art 13), solidaridad (CP arts. 1, 48 y 95) e integración social y acceso al trabajo (CP arts. 25, 47, 54).

En síntesis, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, las reglas y subreglas que de allí emergen, se resumen en que:

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, esta presunción se puede desvirtuar y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de demostrar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que la parte demandante aportó incapacidades médicas por enfermedad general así:

Desde	Hasta	n.º días	folio
01/02/2018	03/02/2018	3	19
06/03/2018	15/03/2018	10	17
26/03/2018	24/04/2018	30	18
19/06/2018/	20/06/2018	2	16

Allegó historia clínica de consulta adelantada el 23 de noviembre de 2018, en la que se se puede leer en el aparte de análisis y manejo *se indica rx, limitaciones laborales permanentes 1 no está de pie por tiempo prolongado mayos de 2hs. 2. Pausas activas cada 2hs. 3. No levantar peso*

mayor de 2 kgs. 4 no realizar movimientos repetitivos. 5 no subir y bajar escaleras. 6. No estar agachada (fl. 13). Allegó resultado de resonancia magnética del 27 de octubre de 2018 en la que se concluyó:

Hay emangiomas en los cuerpos vertebrales de L2 L3 L4 y L5
Cambios degenerativos en el nivel L4 L5 con disminución en la intensidad de señal del disco. Los restantes discos intervertebrales presentan apariencia normal.
En L4-L5 se observa también abombamiento discal posterior de base amplia asociado a pequeño desgarro anular sin observar signos de compresión radicular.
Infiltración grasa de la musculatura paraespinal

También se verifica que en cita de medicina general del 11 de diciembre de 2018 (fl 21), la accionante fue remitida por primera vez a fisioterapia y a interconsulta por medicina especializada de clínica del dolor

Vista a folio 20 obra certificado médico de aptitud laboral adiado del 1 de marzo de 2018 en el que se impartieron como recomendaciones específicas:

TRABAJADOR: SE INDICA CONTINUAR CONTROLES Y ESTUDIOS POR ORTOPEDIA Y FISIOTERAPIA. SE SUGIERE EVITAR HALAR, EMPUJAR O LEVANTAR CARGAS SUPERIORES A LOS 3 KG BIMANUAL. EVITAR ACTIVIDADES QUE REQUIERAN AGACHARSE O LEVANTARSE DE FORMA CONTINUA, EVITAR CAMINATAS PROLONGADAS O POR CAMINOS IRREGULARES. SE SUGIERE EVITAR ACTIVIDADES FORZADAS EN TRONCO, ALTERNAR POSTURAS (SEDENTE. BIPEDO). EVITAR SUBIR Y BAJAR ESCALERAS DE FORMA REPETITIVA. REALIZAR PAUSAS ACTIVAS CADA DOS HORAS POR 5 MINUTOS. ESTIRAMIENTO MUSCULAR DURANTE LA JORNADA LABORAL DE PREDOMINIO EN ESPALDA. HÁBITOS DE VIDA SALUDABLE. LABORAR 8 HORAS AL DÍA, EVITAR HORAS EXTRAS. LAS PRESENTES RECOMENDACIONES SE DEBEN TENER EN CUENTA TAMBIÉN EN EL ÁMBITO EXTRALABORAL Y SE MANTENDRÁN POR 4 MESES, POSTERIORMENTE SE SUGIERE NUEVA VALORACIÓN POR SALUD OCUPACIONAL CON EL FIN DE DETERMINAR SI PERSISTEN O SE MODIFICAN, (CON VALORACIONES DE ESPECIALISTAS TRATANTES RECIENTES) EMPRESA: PROPORCIONAR EPP REQUERIDOS SEGÚN LA TAREA. INCLUIR EN PROGRAMAS DE VIGILANCIA DE ACUERDO A LOS RIESGOS LABORALES PRIORITARIOS PARA EL CARGO, DEFINIDOS EN LA MATRIZ DE RIESGOS DE LA EMPRESA.

Al rendir declaración de parte la demandante manifestó que junto con ella fueron despedidos todos los trabajadores que estaban enfermos. Admitió que a la fecha presta servicios a la demandada.

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido la actora estuvo incapacitada, ello sucedió hasta el 20 de junio de 2018, es decir, que para

el momento en que el contrato finalizó, habían transcurrido más de 5 meses desde la última incapacidad. Ahora si bien, la demandante asistió a citas médicas y exámenes de diagnóstico en octubre y noviembre de la misma anualidad en las que se establecieron diagnósticos de afecciones que no merecieron incapacidad médica o tratamiento inmediato tan solo algunas recomendaciones para ejecutar sus labores.

Además de lo anterior, según se indicó en el escrito de demandada, fue aceptado por la demandante al rendir declaración de parte y puesto de presente en el recurso después de la terminación del contrato la en virtud de fallo de tutela fue reintegrada y continuó con la prestación de sus servicios hasta la fecha. Es decir, que la condición de salud que presentaba para esa época no fue un obstáculo para que la promotora del juicio pudiera continuar desempeñándose laboralmente.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratada en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

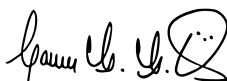
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá,

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



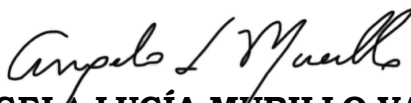
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 006060 01
DEMANDANTE: ORFID VIANEY HERNÁNDEZ SUAREZ
DEMANDADO: AGENCIA DE ADUANAS GRUPO LOGÍSTICO
ADUANERO S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide en grado de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de agosto de 2021

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 9 de noviembre de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2017, data esta en que la empleadora le puso fin sin que mediara justa causa. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías, sanción moratoria, aportes a seguridad social en pensiones, los demás derechos a los que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que 9 de noviembre de 2013, se vinculó a la demandada mediante contrato verbal para desempeñarse como asesora comercial y asesora en servicios logísticos, cobro de cartera, elaboración de inventarios, envío de correos con relación de ventas y comisiones de pago, en horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. Sus jefes directos fueron María Belcy Silva y Gilberto Silva Niño. Como contraprestación recibió para el 2015 \$4.500.000 mensuales.

Adujo que el 3 de febrero de 2017, Rosenberg Silva Niño pretendió modificar la relación laboral firmando un acuerdo comercial para eximirse de cancelar las prestaciones de ley, so pena de terminar el vínculo y no pagar las comisiones causadas desde el 31 de enero de ese año. Indicó que desde esta fecha le fueron adicionadas las funciones correspondiéndole ahora realizar comunicaciones vía correo electrónico, enviar el anticipo en debido tiempo, cumplir con parámetros de seguridad, pago de seguridad social al día, facturar comisiones una vez al mes, hacer la cuenta de cobro al día siguiente de la facturación, entregar actas de reconocimiento en tiempo real y con las firmas correspondientes entre otras.

Además se le ordenó el manejo de inventarios de mercancías, despachadas en sus ordenes comerciales, actividad que se adelantaba en la bodega de la empresa en los horarios establecidos por esta, con observancia de los lineamientos de salud y seguridad en el trabajo.

Señaló que fue citada a reunión celebrada en 2014 y por no asistir recibió un llamado de atención. Le fueron enviados varios correos cuyo asunto fue el reporte general de comisiones que concuerda con la información remitida a la DIAN para los años 2015 a 2017. Rosenberg Silva Niño le solicitó ponerse al día con las hojas de vida el 27 de febrero de 2017 para gestión de auditoría. Expuso que la relación se *fraccionó debido al acoso laboral que generaba el señor Gilberto Silva Niño*, con el empleo de expresiones injuriosas y ultrajantes en presencia de clientes y terceros, la constante invitación a renunciar, le impedía **ingresar** a las instalaciones a realizar sus labores, le culpaba del mal manejo de inventario de mercancías y del etiquetado de las mismas.

El 31 de diciembre de 2017, Gilberto Silva le comunicó su decisión de dar por terminado el vínculo laboral, fundamentando su decisión en la ausencia de necesidad del servicio y en el cansancio de los clientes. Manifestó que en vigencia de la relación no fue afiliada al sistema de seguridad social, tampoco le fueron canceladas prestaciones sociales, ni vacaciones, no se realizaron los aportes parafiscales. Empero, el 15 de enero de 2018, la demandada telefónicamente pretendió la suscripción de

transacción en virtud de la cual debía declarar la existencia de una relación civil y la exoneraba de cualquier tipo de responsabilidad laboral a futuro, en contraprestación recibiría la suma de \$6.471.934, suma esta que correspondía a las comisiones de septiembre de diciembre de 2017.

El 5 de noviembre de 2018, se adelantó diligencia de conciliación, pero resultó fracasada pues la demandada señaló que el vínculo se materializó a través de un contrato de prestación de servicios estos que además prestaba a otras empresas como son Laax Service S.A.S., Grupo Aéreo de Carga Internacional, esto último que indica no es cierto y además expone que fue la **demandada** quien le ordenó comercializar los productos y servicios de las empresas antes mencionadas lo que le generó el pago de comisiones (fls. 83 a 105 subsanación).

En respuesta la demandada rechazó el éxito de las pretensiones. Admitió que el lunes 26 de febrero de 2016, la demandante envió correo con acuerdo comercial realizado con varias empresas, que el 27 de febrero de 2017, le fue enviado correo electrónico a la actora solicitándole la remisión de hojas de vida, que en vigencia del vínculo no fue afiliada al sistema de seguridad social y que no le fueron realizados pagos por concepto de prestaciones sociales, vacaciones, ni parafiscales. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia y las de mérito de inexistencia de la relación contractual, cobro de lo no debido y prescripción. En defensa de sus intereses, argumentó que suscribió con la demandada de forma verbal y luego por escrito acuerdo comercial autónomo e independiente, atendiendo a su experticia en el objeto acordado. No cumplía horario, prestó servicios a través de terceros incluido su esposo Edgar Morales Lobera y la empresa Etiquetas y Etiquetados, radicó cuentas de cobro y se generaron las retenciones propias de un contratista. La actora prestó servicios a otras empresas, incluso de la competencia y realizó aportes a seguridad social como independiente. Aceptó que la actora tiene a su favor unas cuentas por cobrar por valor de \$6.471.934, que no se han cancelado, por no haberse presentado la respectiva cuenta de cobro acompañada del pago de seguridad social (fls. 325 a 339 subsanación).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de junio de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. nivel II de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante Orfid Vianey Hernández Suarez de conformidad con lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia consultarse con el Honorable Tribunal superior de Bogotá.

En lo fundamental señaló que si bien la demandante probó que en algunos periodos prestó servicios a la demandada, esta logró demostrar que lo hizo de forma independiente y que además también ejecutó su actividad en favor de otras empresas del mismo gremio que no se demostró hicieran parte o tuvieran relación con la accionada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a las pretensiones de la demandante es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si entre las partes existió un contrato de trabajo y si en consecuencia, la demandada está llamada a responder por las acreencias laborales reclamadas.

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a

saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1340 del Código de Comercio, *«Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio*

comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación».

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 20 oct. 2006, rad. 27976, traída a colación en sentencia CSJ SL1532-2021 sostuvo:

[...] conforme al artículo 1341 del C. de Co., en el contrato de corretaje, la persona que por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa de agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, lo hace con el fin de que celebren un negocio comercial, es decir, que su gestión no se limita simplemente a contarle a las partes la existencia del negocio, sino que va mas (sic) allá, esto es, a que esas partes lleven a cabo el contrato». (Subrayado fuera del texto).

Y la homologa Civil, en la sentencia CSJ SC11815-2016, sobre esta misma figura contractual, sostuvo:

En el caso del corretaje, el ordenamiento patrio no deja dudas acerca de que el contrato es bilateral. A partir de lo dispuesto en los artículos 1340 y 1341 del Código de Comercio, es definido por la Corte como aquel en que

“una parte llamada corredor, experta conocedora del mercado, a cambio de una retribución, remuneración o comisión, contrae para con otra denominada encargante o interesada, la obligación de gestionar, promover, concertar o inducir la celebración de un negocio jurídico, poniéndola en conexión, contacto o relación con otra u otras sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con ninguno de los candidatos a partes” (CSJ SC. Del 14 de septiembre de 2011, rad. 05001-3103-012-2005-00366-01). (Subrayado fuera del texto original).

Destacan en esa definición las principales obligaciones de cada una de las partes, constatándose su bilateralidad, de modo que, dependiendo de quien emitió la oferta, su aceptación tácita a la misma queda demostrada con hechos indubitables que pongan comienzo a la ejecución de las prestaciones a su cargo.

El corredor tiene, pues, una primera obligación consistente en desplegar sus esfuerzos para conseguir interesar a una tercera persona en el negocio que el proponente desea concluir, con la finalidad de relacionarlos, de ponerlos en contacto. A su cargo corren además otras obligaciones, como la prevista en el artículo 1344 del Código de Comercio, referida a “comunicar a las partes todas las circunstancias conocidas por él, que en alguna forma puedan influir en la celebración del negocio”. Pueden asimismo deducirse deberes de confidencialidad, o de imparcialidad cuando ha recibido el encargo de dos personas distintas y eventualmente partes contrapuestas en un contrato (Garrigues) así como la de atender las instrucciones recibidas del comitente. (Subrayado fuera del texto original).

[...]

De suerte que la ejecución del corretaje propuesto significará, para el corredor, el comienzo de esas actividades tendientes a la consecución del tercero interesado así como el de brindar la información pertinente en los términos ya anotados.

Al amparo de los anteriores supuestos pasa la Sala a verificar los medios de convicción aportados para dar sustento a las pretensiones y encuentra que la demandante aportó certificado adiado del 9 de noviembre

de 2015, con logo del demandada en la que indica que la demandada le presta servicio desde hace dos años como asesora comercial devengando comisiones mensuales aproximadas de \$3.000.000 (fl 8), acta de reunión adelantada el 12 de octubre de 2013, en la que no participó la demandante (fl.9 a 17). Aportó documento denominado *ACUERDO COMERCIAL ENTRE ORFID HERNÁNDEZ Y AGENCIA DE ADUANAS GRUPO LOGÍSTICO ADUANERO, S.A. NI VEL 2, LAAX SERVICE SAS Y GRUPOAEREO DE CARGA INTERNACIONAL SAS* que carece de firma de alguna de las partes (fls. 21 a 28).

Igualmente allegó correos electrónicos así: del 29 de febrero de 2016, remitido por la demandante entre otros a la demandada, relacionado con acuerdos comerciales, en el cual indica una serie de puntos por confirmar incluido el cuadro de distribución con llegada de mercancía para conteo de cajas *a que no realizamos inventarios y no nos hacemos responsables de faltantes* (fl. 35). Correo del 3 de febrero de 2017 mediante el cual la demandada remitió acuerdo comercial a la actora (fl. 32) Del 4 de enero, 1 y 8 de marzo, 2 de junio, 5 de julio, 1 de agosto, 1 de septiembre de 2017 cuyo asunto fue el reporte general de comisiones, remitido por la empresa a la actora (fl. 29, 38, 41, 44, 46, 48 y 49),

Ahora el representante legal de la demandada Gilberto Silva al rendir declaración de parte, manifestó que la demandante laboró un año con él, se fue y regresó a los tres años y le ofreció traer unos clientes para manejarlos en la empresa, los cuales fueron recibidos y se pactó pagarle una comisión por ello.

Así las cosas, acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación jurídica laboral, por lo tanto, corresponde ahora al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente, para el efecto se verifica que la **demandad** aportó a más de los instrumentos aportado por la parte actora, consulta de información reportada por terceros a la DIAN para los años 2015, 2016 y 2017 así:

Año	Persona que reporta	Detalle	Valor	Folio

2015	Etiquetas y Etiquetados S.A.S	Ingresos por servicios	\$9.759.553	135
2015	Etiquetas y Etiquetados S.A.S	Ingresos por comisiones	\$2.036.421	135
2015	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	Ingresos por servicios	\$7.597.000	135
2015	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	Ingresos por comisiones	\$100.000	135
2015	Laax Service SAS	Ingresos por comisiones	\$7.556.784	135
2015	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	Ingresos por comisiones	\$45.386.432	135
2015	Grupo Aéreo de Carga Internacional SAS	Ingresos por servicios	\$3.093.322	135
2016	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	Ingresos por servicios	\$12.568.956	136
2016	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	Ingresos por comisiones	\$53.902.932	136
2016	Grupo Aéreo de Carga Internacional SAS	Ingresos por comisiones	\$324.836	136
2016	Laax Service SAS	Ingresos por comisiones	\$6.751.260	136
2016	Grupo Aéreo de Carga Internacional SAS	Ingresos por servicios	\$5.332.437	136
2016	Etiquetas y Etiquetados S.A.S	Ingresos por comisiones	\$9.910.557	136
2017	Etiquetas y Etiquetados S.A.S	sin dato	sin dato	137
2017	Etiquetas y Etiquetados S.A.S	sin dato	sin dato	137
2017	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	sin dato	sin dato	137
2017	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	sin dato	sin dato	137
2017	Grupo Aéreo de Carga Internacional SAS	sin dato	sin dato	137
2017	Grupo Aéreo de Carga Internacional SAS	sin dato	sin dato	137
2017	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	sin dato	sin dato	137
2017	Agencia de Aduanas Grupo Logístico Aduanero S.A. Nivel 2	sin dato	sin dato	137
2017	Laax Service SAS	sin dato	sin dato	137

También Allegó correo electrónico adiado del 27 de febrero de 2017, en el que la empresa solicita a la actora ponerse al día con las hojas de vida *PREMIERE* (fl. 141), cuentas de cobro presentadas por la demandante en diciembre de 2016, 28 de febrero, 11 de mayo, 28 de junio. 6 de julio, 31 de agosto, de 2017, (fls. 181 a 186) correo electrónico el 24 de octubre de 2017 en el que la demandante solicita: «*me ayudes con un contrato en donde se pueda especificar que yo soy una comercial externa de grupo logístico, Laax Service y Gacil, ya que debo llevar el tipo de vínculo que tenemos*» (fl. 191).

También aportó correo electrónico enviado por la actora a la compañía el 20 de octubre de 2017 cuyo asunto es; Nuevos Acuerdo comerciales, la demandante indica que esta atenta a recibir los nuevos acuerdos y las tarifas propuestas y solicita el pago *tanto del Grupo Logístico como de Laax* y tener en cuenta el pago de las comisiones de enero a la fecha con Etiquetas y Etiquetados. En correo del 27 del mismo mes y año la actora solicita certificación en la que se indique desde que fecha está laborando como *comercial externa* para presentarla a un cliente. En mensaje enviado el 14 de noviembre de 2017 la promotora solicita definir un tema y pone de presente que no ha podido enviar facturas de septiembre y octubre, no ha radicado bodegaje desde agosto, no le han girado el pago de la cartera de Laax que está retenido. Luego el 30 de noviembre mediante otro mensaje requiere a la demandada para definir el asunto y pone de presente que lleva tres meses sin solución. En respuesta el 30 de noviembre de 2017, la demandada le informa que no va a actualizar nuevos acuerdos comerciales con ella o su empresa (fl. 192 y 192 vto y 193).

La demandada aportó también correo electrónico del 5 de octubre de 2018, mediante el cual el abogado Guillermo Ortiz en representación de la demandante informa que cuenta con pruebas suficientes para sustentar el *contrato de corretaje comercial que por años años se ha mantenido entre sus empresas y la señora Orfid* y envía liquidación de las obligaciones y un ofrecimiento conciliatorio para tranzar las diferencias y liquidar de manera definitiva la relación comercial (fl. 195), anexo obra instrumento en el que se indica que la demandante ha conferido poder para iniciar las acciones

legales correspondientes al recaudo de las obligaciones pendientes emanadas de los contratos de corretaje comercial y de las cuentas de cobro y se solicita el pago de \$100.000.000 (fls 196). En respuesta, la empresa indicó que se presentó incumplimiento en las obligaciones consignadas en el acuerdo comercial suscrito en enero de 2017 y que por esta razón se tomó la decisión de no continuar con el vínculo, acepta que hay una cartera por \$6.471.934 que no ha sido cancelada como quiera que no se han presentado los soportes de pago de seguridad social (fls. 197 y 198).

La demandada igualmente allegó certificados de retención en la fuente emitidos por la demandada para los años 2014 a 2017, en los cuales se verifica el pago a la actora de comisiones, honorarios, acarreos y/o fletes propios y por terceros, transporte entre otros (fls.224 a 227). Certificados y cuadros de retenciones realizados para los años 2014 a 2017 a Orfid Vianey Hernández Suarez por las empresas Grupo Aéreo de carga Internacional (fls. 229 s 247) y Laax Service S.A.S. (fls 248 a 260). En adición trajo comprobantes de pago de aportes al sistema de seguridad social (fls 202 a 222), informe rendido por equipos Bancarios Dulon en el que indica que la demandante entre los años 2013 y 2017 presenta 83 marcajes en el dispositivo biométrico, al remitirse la sala al detalle se verifica que las horas son distintas generalmente, en la mañana. (fls. 265 a 270). A folios 275 a 299 militan facturas de venta de la empresa Etiquetas y Etiquetados S.A.S. de las cuales se extrae que esta vendió servicios a Representaciones Alcame S.A.S. y Laax Service S.A.S.; cuentas de cobro presentadas por la demandante a Etiquetas y Etiquetados (fls. 300 a 306).

Ahora bien, en respuesta a requerimiento realizado por el Juzgado Roli Aduanas S.A. informó que canceló a la demandante unas sumas de dinero en los años 2016 y 2017, previa presentación de cuenta de cobro, por servicios de etiquetado y transporte (fls 352 vto). Por su parte World Cargo International respondió informando que no ha tenido ningún vínculo con la demandante (fl 253 vto).

Por otra parte, a solicitud de la demandada fueron decretados y practicados los testimonios de Claudia Vargas Valbuena, Nelson Marín Rivera y Alba Martina Bermúdez Peña, esta informó ser asesora en

comercio exterior y propiedad horizontal y manejar sus clientes con el Grupo Logístico Aduanero hace 35 años a través de un acuerdo comercial que hasta el 2006, aclaró que la empresa antes se llamaba *Works*. Afirmó que conoce a la demandante desde hace 10 años, pero se relacionó con ella con más frecuencia, desde hace 8. La demandante, era su colega, adelantaban la misma gestión comercial *«consequimos nuestros clientes, los manejamos sin haber ningún tipo de vinculación con la compañía, simplemente nosotras, contratamos los servicios de agenciamiento aduanero»* porque en sus inicios el capital necesario para constituir una agencia aduanera era de \$300.000.000, *«lo cual hizo imposible que como personas naturales e independientes pudiéramos manejar nuestras operaciones de agenciamiento aduanero de manera directa, esto nos obligó a contratar los servicios de agencias ya constituidas»*.

Explicó que eran las asesoras comerciales directas del cliente y delegaban la operación a la agencia de aduanas, pero observando el cumplimiento de unos requisitos para efectos tributarios, es decir la entrega de documentos que exige la DIAN para el manejo del comercio exterior, conforme a la Circular 170. Dijo que las dos realizaban operaciones de inspección y de revisión de mercancía, inventarios, presentaban documentos en la bodega para poder retirar la mercancía de los clientes. Afirmó que la actora incluso realizó estas gestiones a través de terceros como su esposo y otros familiares, además contrataba los servicios de etiquetas y etiquetado. Informó que para presentar cuentas de cobro debían cumplir con el pago de aportes parafiscales.

Señaló que le consta que la promotora del juicio a veces manejaba sus negocios con otras compañías que son competencia de la demandada como *Gasyl*, *Roli Aduanas*. Dijo que la demandada no les impartió ordenes, pero si debían cumplir con normas de bodega, de protocolo e ingreso, registro de planillas, estar debidamente registradas para poder hacer inventarios, reglas estas que debía cumplir cualquier visitante o empleados de otras agencias de aduanas, que para ingresar al Grupo Logístico desde el 2013, se implementó el sistema de reconocimiento biométrico.

Aseguró que la demandante no debía pedir permiso para ausentarse de la compañía, tampoco recibían llamados de atención, solamente les informaban que requisitos le hacían falta por cumplir para la operación. Señaló que hacían uso de un correo corporativo, pero ello era únicamente por temas de respaldo y que si bien se programaban reuniones era discrecional asistir a ellas y explicó que los asesores comerciales les convenía hacerse presentes para estar actualizados, les presentaban estadísticas de funcionamiento de la compañía. Además la empresa hacía fiestas e integraciones como *gesto o detalle* por llevar clientes que les ayudaban en los ingresos.

La testigo Claudia Vargas Valbuena informó que tiene un acuerdo comercial con la demandada, que conoce a la demandante hace aproximadamente hace 14 años porque desempeñan la misma labor, bajo las mismas condiciones, prestan servicios a clientes del exterior. Señaló que la demandante tenía a cargo las funciones de inventario a la mercancía que llegaba, inspecciones previas y seguimiento a los clientes que se contactan, lo sabe porque son actividades que desarrollaron conjuntamente. Señaló que los inventarios de mercancías podían hacerse personalmente, contratar a una empresa llamadas etiquetas y etiquetados o realizar la labora a través de terceros, dijo que vio al esposo de la actora y algún familiar más desempeñar esta tarea. Señaló que para ingresar era necesario el registro biométrico que se implementó hace aproximadamente ocho años cuando cambiaron de bodega. Señaló que en el edificio donde funciona la demandada opera también *Laax Service*, Etiquetas y Etiquetados. Dijo que para recibir el pago de la gestión la demandante debía presentar cuentas de cobro como persona natural y en el caso de empresas se hacía mediante factura.

Afirmó que no recibían llamados de atención, no debían pedir permisos, tampoco cumplir horario y explicó: *«nosotros somos libres, no tenemos ningún vínculo ni nada, ni obligación con ellos»*. Como personas certificadas debían tener un control biométrico por seguridad de la compañía, esta que no les exige cumplir tareas adicionales a las previstas en el acuerdo comercial y su única obligación *era tener la circular de los clientes al día*. Adujo que la relación con la demandada terminó porque la

actora se fue yendo con la competencia a prestar los mismos servicios de manera permanente, lo sabe porque varias veces se encontraron en World International, Etiquetas y Etiquetados, estas que afirmó no hacen parte de la demandada.

El deponente Nelson Marín Rivera dijo que es asesor comercial, desde hace 32 años tiene un vínculo comercial con la demandada. Busca clientes para poder subsistir en el departamento de importaciones, los lleva a la Agencia de Aduanas para adelantar la parte operativa y obtiene una comisión por ello. Aseguró que conoce a la demandante hace al menos 9 años, son colegas a nivel comercial con Grupo Logístico, sabe que tenía acuerdos con otras empresas *«uno en este gremio se asoma más donde más brille el sol, entonces va manejando las tarifas y de acuerdo a eso, pues uno va cambiando los clientes de acuerdo al manejo que le hagan a uno las diferentes empresas»*.

Dijo que vio que la demandante contrataba a Etiquetas y Etiquetados para que ejecutaran parte de su operación, conoció al esposo y sabe que también le ayudaba en esta gestión. Dijo que para poder cobrar las comisiones había que presentar cuenta de cobro con el pago de parafiscales. que como comerciales no tenían horario trabajaban *free lance* según a necesidad del cliente y se presentan esporádicamente en la compañía, para el ingreso debían registrarse a un sistema biométrico y cumplir normas de seguridad. Tuvo un correo pero como de respaldo para que no se viera que eran *agentes de maletín*. Informó que al generarse un negocio al cliente se le cubren las necesidades globales, para ello, se sostienen relaciones comerciales con varias empresas *«Laax es un depósito industrial dentro de la fábrica, Roli Aduanas S.A. es una agencia de aduanas parecida al mismo procedimiento del Grupo Logístico y la otra como su nombre lo dice presta un servicio al cliente de etiquetado a las cargas que necesitan ese tipo de manejo»*. Dijo que los gerentes de estas compañías son diferentes, son aliados. Aseguró que aún tiene relaciones comerciales con la demandada, pero si decidiera terminirlas podría llevarse sus clientes. No sabe porque terminó la relación comercial de la demandante.

Explicó: «era un cargo de auxiliar, no de aduanas porque para uno ser auxiliar de aduanas tiene que estar en nómina y reportado ante la DIAN como un funcionario de la compañía según la norma aduanera» Señaló que aunque el Grupo Logístico adelantaba algunas reuniones, en ellas pocas veces vio a la demandante, porque residía fuera de la ciudad, la vio una o dos veces en actividades sociales.

Ahora bien, por solicitud de la parte demandante fue decretado y escuchado el testimonio de María Cristina León Rodríguez y Jenny Johanna Huertas esta quien manifestó que trabajó para la demandada y para las empresas *Laax Services*, *Roli Aduanas S.A.* y *Grupo Aéreo* en el área de recepción desde el 1 de julio de 2010 hasta 5 de mayo de 2018, recibía llamadas, direccionaba documentos a los jefes de área, notificaba la mercancía al depósito a los clientes y a la empresa. Conoció a la demandante como ejecutiva comercial, no conoció el contrato que firmó con la empresa, sabe que dentro de sus funciones estaban las de conseguir los clientes a la empresa, para traer la mercancía y ellos hacían el proceso aduanero. No sabe cómo le cancelaban la contraprestación, expuso que iba a la empresa de vez en cuando, aproximadamente tres veces a la semana, para ingresar a las bodegas se incluía en las planillas de las personas, luego desde 2015, se implementó el sistema biométrico. Dijo que a la actora se le informaba a través de un correo las llamadas y correos que le llegaban, no sabe porque terminó la relación, pero su jefe le dijo que no podía volver a entrar. Señaló que Edgar Lobera esposo de la demandante no prestó servicios que le correspondieran a esta y que Etiquetas y Etiquetados adelantaba gestiones que le correspondían al Grupo Logístico.

La testigo María Cristina León Rodríguez dijo que laboró para dos empresas del Operador Logístico: *Laax S. A.* del 19 de septiembre de 2011 a junio de 2014 y en *Laax Services* del 1 de julio de 2014 hasta septiembre de 2017, manejaba el programa *Icis* de la Zona Franca. Dijo que la demandante traía sus clientes a la compañía y les hacía el proceso de reconocimiento, inventario, separación de mercancía para salidas, entregaba la documentación como Circular 170 en adelante. No sabe cómo le remuneraban los servicios. Sabe que iba tres días a la semana a la

oficina, para ello debía llenar una planilla. Aseguró que siempre había contacto por correo o teléfono para informarle los ingresos de mercancía si tenía salida de un cliente para que adelantara la gestión, en este trámite tuvo contacto con ella, pues la deponente tenía a su cargo la parte documental y la demandante tenía que reportarle los ingresos, para lo anterior, se manejaba el correo personal y el corporativo que pertenecía a Grupo Comercial Aduanero. Dijo que no sabe que la accionante hubiera prestado servicios a otras empresas y que no vio a su esposo ejecutar funciones a su cargo.

Aseguró que el jefe directo era Gilberto Silva, lo sabe porque vio correos en los que se le impartían ordenes, para las preinspecciones y reconocimientos se enviaba un correo, se exigían documentos para adelantar la operación y proyecciones de los inventarios. Señaló que cuando había la necesidad prestaba servicio a todo el operador que eran más o menos cinco empresas: *Laax, Roli Aduanas S.A. y el Grupo Logístico.*

Finalmente, al rendir declaración de parte, el representante legal de la demandada informó que con la demandante existió un convenio comercial consistente en que la actora traía clientes y se le pagaba una comisión, explicó que en temas de aduanas estas personas se denominan *tramitadores de maletín, con personas que no pueden tener agencias de aduanas y nos buscan para que los apoyemos en las operaciones con los clientes que tienen ellos.* Adujo que la actora prestó servicios a otras empresas del sector *en la misma competencia para hacer la misma operación.* Dentro de ellas mencionó a *Laax Services, Etiquetas y Etiquetados, Grupo Logístico Aduanero,* cada una con sus propios empleados. Refirió que la actora era libre de traer o no clientes, podía llevarlos a otras empresas.

Dijo que la actora solamente se presentaba en las instalaciones de la empresa una o dos veces por semana a llevar documentos y la compañía hacía toda la operación y le informaba telefónicamente el avance. Ella le ofrecía directamente a los clientes los inventarios y el etiquetado y después cobraba por esas operaciones, no tenía obligaciones ni funciones dentro de la empresa. Explicó que dentro de la zona franca se exige la presentación

de carné para ingresar y la habilitaba para acceder a más de 200 bodegas, por eso se le dio uno, pero no como funcionaria sino como servicio de apoyo.

Al rendir declaración de parte la demandante señaló que prestó servicios a la demandada, explicó que no tuvo relación con otras empresas, pero le aparecen pagos de distintas porque esa era una práctica de hacerse favores para concretar negocios. Admitió haber enviado un correo en el que solicitaba la realización de una conciliación porque tenía como demostrar la existencia de un contrato de corretaje comercial, también que mediante correo electrónico solicitó a la demandada certificar que era una comercial externa del grupo logístico, pero explicó que esto lo hizo por requerimiento de un cliente. Expuso que debía presentarse a las instalaciones de la empresa y para ingresar utilizaba un carnet que le era proporcionado por diferentes empresas que aseguró conforman un mismo grupo logístico, luego se implementó la identificación por biometría.

Analizados en conjunto los medios de convicción antes indicados estima la Sala que la demandada cumplió con la carga de desvirtuar la existencia de la subordinación laboral, pues probó que la demandante ejecutó sus funciones de manera autónoma e independiente, no estaba llamada a cumplir horario, pues aunque ella y las testigos que convocó señalaron que se presentaba frecuentemente a la oficina ello quedó desvirtuado con el reporte **d** la empresa Dulón (fls 265 a 270) en el que se verifica que desde el 15 de mayo de 2015 hasta el 5 de junio de 2017, la demandante tan solo tuvo registro de ingreso en 83 oportunidades y aunque manifestaron que con anterioridad se hacía uso de un carné y unas planillas, ninguno de estos instrumentos fue aportado. Volviendo al reporte, el mismo refleja que la actora no tenía una hora determinada para ingresar.

Llama la atención de la Colegiatura que aunque la actora señaló que le fueron impartidas ordenes a través de correos electrónicos no haya traído algunos de los que le enviaron en este sentido en todos los años en que se dio la relación con la demandada, por el contrario aportó mensajes y documentos en los que reconoce su calidad de comercial externa, esta

que según lo manifestado por los testigos convocados por la demandada Claudia Vargas Valbuena, Nelson Marín Rivera y Alba Martina Bermúdez Peña, consistía en conseguir clientes y delegar la operación de aduanas en distintas empresas a cambio del pago de una comisión, ello en el entendido que ni la demandante, ni los deponentes, algunos que ejercen la actividad desde hace más de 30 años, contaban con la autorización o licencia legal para ejecutarla.

Ahora, es claro que la demandante recibió el pago de servicios y comisiones de empresas del mismo gremio como etiquetas y Etiquetados S.A.S., Roli Aduanas, Laax Services y Grupo Aéreo de Carga Internacional S.A.S (fls 50 a 52), lo que resulta indicativo de haber desarrollado personalmente o a través de terceros actividades para las mismas o haberles presentado clientes para la ejecución de actividades a su cargo, esto que denota que no hubo exclusividad, ni continuidad en la prestación del servicio a la demandada.

No olvida la Sala que las testigo Jenny Johanna Huertas manifestó que se desempeñó como recepcionista para las empresas *Laax Services*, *Roli Aduanas S.A.*, *Grupo Aéreo* y para la demandada, no resultó probado que se trataba de una misma empresa o que las varias pertenecían al mismo grupo o que se ejercía predominio económico de alguna de ellas y que en consecuencia la prestación del servicio fue exclusiva.

Para la Sala los medios de convicción enseñan que la demandante de manera independiente, con sus propios medios, sin que tuviera que cumplir horario, ni un porcentaje mínimo o meta mensual conseguía clientes a quienes ofrecía un servicio relacionado con el manejo de mercancías, su inventario y entrega y como quiera que no estaba facultada para hacerlo directamente, se encargaban de reunir los documentos necesarios en los términos dispuestos por las diferentes autoridades y entidades incluida la DIAN y delegaba la ejecución de la parte operativa a la demandada y otras empresas del sector, que requerían para tal fin el lleno de requisitos legales, sin que la exigencia de esto último pueda entenderse como un acto de direccionamiento o subordinación que limitara la autonomía o independencia, pues de no cumplirse simplemente

la operación no podía adelantarse y cliente directamente contactado por la actora no podía llevar a feliz término el proceso contratado.

Vale destacar que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, no implican necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando, como en el presente caso, no desborden la independencia o autonomía del contratista.

De otra parte, conviene precisar que la demandante nunca aceptó la firma del contrato comercial y las condiciones allí establecidas, por el contrario manifestó que no lo firmó porque los términos contenidos no le favorecían, así que la Colegiatura no puede remitirse al texto del mismo para identificar rasgos del vínculo y debe someterse a lo que resultó probado con los medios de convencimiento aportados por las partes que la llevan a concluir que entre las partes no se configuró un verdadero contrato de corretaje pues este supone que la función del corredor es poner en contacto a dos contratantes para facilitar sus negociaciones, no se le puede cargar con obligaciones ajenas como la de mantenerse en vigilia para la realización efectiva del negocio. Con todo, independientemente de la denominación que se pudiera dar a la relación el vínculo que unió a las partes no se constituye en uno subordinado y dependiente como acertadamente concluyó la Jueza de conocimiento. En consecuencia, no es procedente declarar la existencia de la relación laboral anhelada y por tanto, habrá de confirmarse la sentencia absolutoria de primera instancia.

Sin costas en la apelación.

V. DECISIÓN

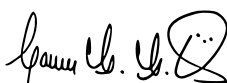
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2020 00422 01.
DEMANDANTE: ELEUTERIA HERRERA CÉSPEDES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se condene a la demandada a pagarle debidamente indexada pensión de vejez a partir del 1 de septiembre de 2015, junto con los intereses moratorios, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de agosto de 1950, cotizó al Instituto de seguros Sociales desde el 1 de septiembre de 1994 hasta el 31 de agosto de 2015. Adujo que es beneficiaria del régimen de transición, cuenta con más de 500 semanas cotizadas entre los 35 y los 55 años de edad, en consecuencia acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990. Refirió que desde el 2 de enero de 1994 hasta el 30 de agosto de 1994, laboró al servicio de Carlos Alberto Gil Angarita (Q.E.P.D.) y Martha Diva Díaz Gil (Q.E.P.D.) quienes no la afiliaron al sistema de seguridad social, ni le realizaron aportes. Expuso que peticionó a Colpensiones la autorización

para el pago de este periodo, pero recibió diferentes respuestas, que le impidieron cancelarlo, con lo cual se ha afectado su derecho pensional.

Manifestó que el 27 de noviembre de 2015, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, empero Colpensiones mediante Resolución GNR 31827 del 29 de enero de 2016, aceptó que ha cotizado 818 semanas, pero negó la pensión. Inconforme, presentó recursos; sin embargo, mediante actos administrativos GNR 149793 del 23 de mayo de 2016 y VPB 27964 del 5 de julio de 2016, la entidad confirmó su decisión inicial. (expediente digital).

Colpensiones se opuso a las súplicas. Admitió la data de nacimiento de la accionante, la fecha de afiliación al ISS y los extremos de la cotización. Igualmente, la petición de reconocimiento pensional y los actos administrativos emitidos en respuesta. De los demás hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, pues empezó a cotizar con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora Eleuteria Herrera Céspedes conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: De no ser apelada la presente sentencia se enviará en consulta al Honorable Tribunal Superior de Bogotá.

En lo fundamental señaló que la demandante para el 1 de abril de 1994 contaba con 43 años; sin embargo; no estaba afiliada en pensiones al

régimen de prima media. Determinó que si bien se alega la existencia de periodos en mora, no existe evidencia de afiliación y no es posible ordenarla de forma retroactiva, pues los empleadores fallecieron y no ha sido emitida sentencia que determine la existencia de ese vínculo, tampoco es dable este tipo de afiliación como independiente, por tanto no puede autorizarse a la actora realizar el pago por el periodo en que no aparece vinculación

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante imploró revocar la decisión al argumentar que se está negando el derecho a disfrutar de la pensión con un argumento que *viola* la Ley 100 de 1993. Se desconoce que es beneficiaria del régimen de transición porque para el 1 de abril de 1994, ya contaba con 35 años de edad. De otro lado, sostuvo que es obligación del empleador afiliar al trabajador al sistema y realizar las cotizaciones, por tanto los efectos negativos del desacato a la ley no pueden conculcar el derecho a la pensión, pues así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia. Expuso que se demostró la existencia de la relación laboral por tanto en aplicación de los principios de universalidad, solidaridad, condición más beneficiosa y en aplicación de la Ley 100 de 1993, se debió permitir el pago de esas cotizaciones.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, corresponde a la Sala definir si la promotora del juicio es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligada a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, tomando en consideración periodos en que los empleadores no la afiliaron ni le hicieron cotizaciones.

Régimen de transición.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la prestación de quienes al momento de entrar en vigor el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si son mujeres, o 40 o más años si son hombres, o 15 o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Se observa que la demandante a 1 de abril de 1994 contaba 43 años, dado que nació el 13 de agosto de 1950 (expediente administrativo). De conformidad con el reporte de semanas allegado por la demandada, para el 1º de abril de 1994, Eleuteria Herrera Cespedes no había cotizado semana alguna; de suerte que en razón a la edad es beneficiaria de transición.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso que dicho esquema transicional no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, la accionante cumplió 55 años el 13 de agosto de 2005 es decir, con anterioridad al 31 de julio de 2010, empero a 29 de julio de 2005 contaba 496.57 semanas cotizadas, luego en su caso, no opera la prórroga de la transición.

Bajo ese panorama, estima la Sala que no es procedente reconocerle la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, pues la demandante no acreditó 1000 semanas a lo largo de su vida laboral, pues

tan solo cotizó 818, y apenas cuenta con 355.14, en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida			
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 365)	No. Semanas
		0	0,00
1/09/1994	31/12/1994	122	17,43
		0	0,00
Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 360)	No. Semanas
1/01/1995	23/03/1996	443	63,29
1/04/1996	30/04/1996	30	4,29
8/08/1996	23/09/1996	46	6,57
1/10/1996	24/11/1996	54	7,71
7/12/1996	24/01/1997	48	6,86
7/02/1997	23/04/1997	77	11,00
8/05/1997	24/06/1997	47	6,71
6/08/1997	25/09/1997	50	7,14
6/10/1997	25/11/1997	50	7,14
6/12/1997	25/01/1998	50	7,14
6/02/1998	25/03/1998	50	7,14
6/04/1998	25/05/1998	50	7,14
1/06/1998	26/06/1998	26	3,71
5/08/1998	26/09/1998	52	7,43
1/10/1998	27/11/1998	57	8,14
4/12/1998	27/01/1999	54	7,71
4/02/1999	27/03/1999	54	7,71
4/04/1999	27/05/1999	54	7,71
1/06/1999	27/06/1999	27	3,86
1/08/1999	30/06/2001	690	98,57
1/08/2001	29/11/2001	119	17,00
2/12/2001	29/01/2002	58	8,29
2/02/2002	29/07/2002	178	25,43
1/08/2002	30/06/2004	690	98,57
1/09/2004	30/06/2005	300	42,86
Subtotal desde 01/09/1994 a 25/07/2005		3476	496,57
1/03/2009	30/12/2009	300	42,86
1/02/2010	31/10/2012	990	141,43
1/12/2012	31/05/2015	900	128,57
1/07/2015	31/08/2015	60	8,57
		0	0,00
Total Toda la Vida		5.726,00	818,00

Importa señalar que la Colegiatura a fin de determinar el número de semanas cotizadas no tomó en consideración los periodos en qué se indicó en la demanda se prestaron servicios a Carlos Alberto Gil Angarita

(Q.E.P.D.) y Martha Diva Díaz Gil (Q.E.P.D.), del 2 de enero de 1994 hasta el 30 de agosto de 1994, como quiera que los empleadores no reportaron la novedad de ingreso y por tanto la entidad no estaba llamada a desplegar acciones de cobro, pues desconocía la existencia de la relación.

De otro lado, tampoco es procedente ordenar el pago de cálculo actuarial, pues los empleadores fallecieron y no se vinculó a sus herederos al proceso. Con todo, aun en el evento que ante las especiales circunstancias se le permitiera a la demandante asumir el pago del referido cálculo, ello le resultaría oneroso y en manera alguna le permitiría consolidar su derecho a la pensión de vejez, pues no alcanzaría a completar 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Importa destacar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la demandante, no había cotizado, ni siquiera una semana. Así, la ley 100 de 1993 no vino a frustrar ninguna expectativa pensional, menos algún derecho adquirido, por tanto no por tanto no puede entenderse vulnerado ningún derecho a la accionante, que si bien es una persona de edad avanzada, no realizó las cotizaciones que le permitieran acceder a la prestación de vejez. Estas consideraciones resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

No se causan costas en la instancia.

DECISIÓN

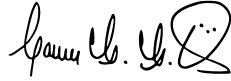
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2018 00514 01
DEMANDANTE: YURI VANESA RODRÍGUEZ ESLAVA
DEMANDADO: RED FERRETERA INDUSTRIAL S.A.S.

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

SENTENCIA

La Sala decide en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle 6 días de salario del 30 de noviembre al 5 de diciembre de 2016, prestaciones sociales y vacaciones causadas desde el 19 de abril hasta el 5 de diciembre de 2016, sanción moratoria, indemnización por despido indirecto, los demás derechos a los que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 19 de abril de 2016, se vinculó a la demandada mediante contrato, para desempeñar el cargo de asesor industria, en horario de 7:30 a.m. a 5:30 p.m. de lunes a viernes y sábado de 8:00 a 11:00 a.m., con un salario promedio de \$1.600.000 suma que comprendía el salario fijo, rodamiento de vehículo y comisiones sobre ventas. Dijo que desempeñó sus labores de manera subordinada sin ser objeto de observación alguna.

El 5 de diciembre de 2016, se vio obligada a renunciar como consecuencia de la falta de pago de salarios. La demandada le adeuda el pago de seis días de salario, prestaciones sociales y vacaciones (fls 8 a 15).

Por auto del 16 de mayo de 2019 (fl. 36), se ordenó emplazar a Red Ferretera Industrial S.A.S. la que contestó a través de curador *ad litem* quien manifestó atenerse a lo que resulte probado en el proceso. De los hechos dijo que ninguno le consta. Formuló las excepciones de prescripción, nulidad relativa y las demás declarables oficiosamente (fls 42 y 43).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de septiembre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada conforme a lo informado por la parte demandante en su declaración de parte.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada Red Ferretera Industrial S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora Yuri Vanessa Rodríguez Eslava identificada con cc 1.030.581.922 de condiciones civiles conocidas en autos.

TERCERO: Sin condena en costas

CUARTO: CONSÚLTESE la presente decisión envíese al Tribunal Superior de Bogotá para lo de su cargo, por salir contraria la decisión a la parte actora.

En lo fundamental señaló que conforme al dicho del testigo y lo aceptado por el testigo, las partes conciliaron en el 2017 ante el Ministerio de Trabajo, por tanto, el acta correspondiente hace tránsito a cosa juzgada, excepción que declaró probada de oficio. Indicó que no encontró probados los extremos del vínculo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si en el presente asunto ha operado el fenómeno de la cosa juzgada y en su defecto verificar la existencia de un contrato de trabajo.

Sobre el particular, el artículo 303 del Código General del Proceso, frente a la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada, siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes (...).”* Esta norma, es aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

Así pues, para que se estructure tal institución es imperativo verificar la existencia de los siguientes elementos, no excluyentes entre sí: 1) identidad de partes, la cual debe tener el carácter de jurídico, lo que comprende no sólo a las primigenias sino a cualquier causahabiente del derecho debatido; 2) la misma causa petendi, es decir, que se refiera a los mismo hechos, sin importar las variaciones sutiles que se puedan presentar entre los mismos y, 3) identidad de objeto, esto es, que se discutan las mismas pretensiones, para ello, se debe verificar la materialidad y juridicidad de las mismas.

En suma, lo que el legislador pretende con la cosa juzgada es garantizar la seguridad jurídica en las diversas relaciones de derecho, ya que, de no contarse con tal institución, los procesos judiciales se tornarían interminables y se daría paso a que el insatisfecho con una decisión judicial instaure tantos procesos como considere, que es precisamente lo que busca evitar. Frente al particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que: *“Razones de orden mayor imponen la necesidad de evitar ventilar nuevamente un mismo litigio cuando sobre éste ya se ha asentado de manera definitiva el pensamiento de su juzgador natural, por manera que, al tenerse por superada la controversia mediante la sentencia judicial en firme, ésta adquiere las características de*

‘definitividad’ e ‘inmutabilidad’, que al lado de tener por solucionado el conflicto, otorgan a las partes comprometidas certeza del derecho discutido y seguridad jurídica sobre lo decidido.” (CSJ SL 8658 - 2015, rememorada en SL 7889 de 2015 y SL 11236 de 2016).

Sea lo primero señalar que respecto de la conciliación en materia laboral, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado, que la conciliación, es un mecanismo de autocomposición, que con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las diferencias surgidas entre trabajador y empleador en el transcurso del contrato de trabajo, efectuándose concesiones mutuas y, que por ser un acto o declaración de voluntad, para su validez y eficacia queda sujeta a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil. Así, para que operen los efectos de cosa juzgada, se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación.

En el mismo sentido, el Órgano de cierre ha enseñado, que este mecanismo, tiene límites respecto de los derechos mínimos ciertos e indiscutibles del trabajador, y para que los mismos pierdan tal connotación y se considere que es discutible y, por ende, susceptible de un acuerdo o transacción, no basta que el empleador lo cuestione, de manera tal que cualquier beneficio o garantía pueda ser renunciable por el empleado, so pretexto de que el empresario controvierta su nacimiento (CSJ SL1982-2019).

Sobre el particular, la Corte enseñó en sentencia CSJ SL 911-2016:

Una característica propia de toda relación contractual la constituye la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, en las relaciones laborales esa libertad se halla limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social que propenden por la garantía de los derechos del trabajador, quien dada su condición de subordinado se torna en la parte débil de la relación contractual.

Por ello, las constituciones contemporáneas y los estatutos laborales de muchos países -principalmente latinoamericanos- establecen como principio rector del derecho del trabajo, entre otros, el de la

irrenunciabilidad a los derechos mínimos establecidos en normas laborales a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

Con ese sentido social y protectorio del trabajo humano, el art. 53 de la C.P. -que si bien no se encontraba vigente en la época de los hechos ahora en discusión, sirve de marco referente-, consagra «los principios mínimos fundamentales del trabajo» entre otros, el de la «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales». Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, «contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores» (art. 13); con esa orientación, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos «[n]o produce efecto alguno» y, bajo el concepto de orden público (art. 14), determina que los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, «salvo los casos expresamente exceptuados por la ley». (Subrayado fuera del texto original)

Al descender al caso en concreto se verifica que el Juez de conocimiento declaró probada la cosa juzgada, debido a que la demandante confesó que concilió sus diferencias con la demandada ante el Ministerio de Trabajo y que las acreencias allí reclamadas fueron las mismas que se pretenden en el proceso, pese a que no fue aportada el acta correspondiente y a que también manifestó no recordar la suma acordada para cubrirlas y poner de presente que el empleador, en todo caso, no realizó el pago correspondiente.

Para la Sala la sola referencia al acuerdo conciliatorio, su falta de determinación y la manera abstracta e indeterminada en que se aludió a los derechos labores que quedaron cobijados con aquel acuerdo, no puede tener validez para efectos de declarar una cosa juzgada, puesto que no permite tener certeza, que haya identidad de objeto respecto de lo conciliado en aquella oportunidad y lo ahora reclamado en este juicio, tal y como establece el artículo 332 del CPC, hoy 303 del CGP, siendo necesario que se identificara o concretara los derechos inciertos y discutibles sobre los que recaía dicho acuerdo, para que no quedara manto de duda sobre ese puntal aspecto. En consecuencia, la sentencia será revocada en cuanto declaró probada oficiosamente la cosa juzgada.

Existencia del contrato

Para abordar el punto, se advierte que el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala que para que se estructure la existencia de

un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; CSJ SL 16528-2016, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no bastan las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecutó el servicio personal, para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación del servicio la demandante solicitó decretar y escuchar el testimonio de Jony Paolo Rusi Ladino, novio de la demandante desde hace 7 años, quien aseguró que la empresa demandada fue proveedora de la compañía familiar en la que él se desempeñó como

director de proyectos para los años 2015 - 2016. Aseguró que la accionante era asesora comercial de aquella y visitó su empresa en dos o tres oportunidades, sabe que visitaba otros clientes, porque se lo comentaba. Informó que debía cumplir horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y los sábados de 8:00 a.m. a 12 m o 1:00 p.m., lo que sabe porque como cliente algunas veces iba a las instalaciones de la demandada y otras veces porque iba a recogerla.

Refirió que debido a su relación de pareja vio el contrato de trabajo que suscribieron las partes, para que ella se desempeñara como asesora comercial, con una remuneración igual al salario mínimo, además el rodamiento de una moto. El deponente refirió que con la demanda tuvo vínculos en 2016, por eso cree que en esta anualidad la accionante prestó servicios desde marzo o abril y hasta diciembre de ese año, cuando la *sacaron de la empresa y «fuimos en alguna oportunidad al Ministerio del Trabajo, donde el señor sí se presentó y se hizo el respectivo descargo, entonces tengo conocimiento de eso y puedo dar fe que fue así» «le dijo que iba a consignar ese dinero, pero nunca lo hizo» «debe existir una acta de conciliación en el ministerio, porque se hizo formalmente en la sede de la séptima con 35 o 45 o algo así»*

Al rendir declaración de parte la demandante admitió que celebró conciliación con la demandada ante el Ministerio de Trabajo en el año 2017, la que incluía, los días de salario insolutos, las prestaciones sociales, vacaciones y el auxilio de rodamiento. Dijo que no aportó el documento al proceso, porque el original quedó en el Ministerio y la copia en poder de la empresa, señaló que en el acuerdo estaban incluidas todas las sumas adeudadas que a la fecha no han sido canceladas.

Analizados los medios de prueba antes señalados, conforme al artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que la demandante demostró que prestó servicio a Red Ferretera Industrial SAS, como asesora. En consecuencia se configura en su favor la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo y hay lugar a declarar la existencia del vínculo laboral, pues esta no fue

desvirtuada por la parte demandada, quien estuvo representada a través de curador *ad litem*.

Recuerda la Sala que de conformidad con el artículo 167 del Código de General del Proceso, el demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si se alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior, no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

En horizonte, no es suficiente demostrar la prestación del servicio, sino que deberán corroborar además aquellas situaciones fácticas necesarias para llegar al convencimiento del juez, tales como los extremos temporales de la relación alegada, la asignación salarial y la jornada laboral, pues no puede el juzgador entrar a suponer tales situaciones, para llegar a una condena, por lo tanto, corresponde a la parte que alega, la carga de probarlos. La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

En el asunto bajo examen la promotora del juicio aunque solicita declarar la existencia del contrato de trabajo entre el 19 de abril de 2016 hasta el 5 de diciembre de 2016, no aportó ningún medio de convicción que permita a la Sala concluir que prestó servicios de manera continua e ininterrumpida en este interregno, pues aunque el testigo indicó que el

servicio se dio desde marzo o abril y hasta diciembre de 2016, lo cierto es que se trata de una persona ajena a Red Ferretera Industrial SAS, también que la demandante como asesora comercial únicamente visitó su empresa en dos o tres oportunidades y que ella le decía para donde iba o la recogía. Así las cosas, es claro que el Tribunal no puede entrar a determinar condena alguna, por tanto la sentencia absolutoria de primera instancia será confirmada pero por las razones expuestas en precedencia.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

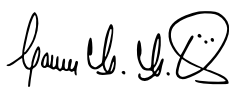
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

030 2018 00514 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2020 00068 01
DEMANDANTE: EDWARD ZAMBRANO LOZANO
DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA FUAC

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para se declare el incumplimiento del contrato de trabajo a término indefinido y probada la justa causa del demandante para darlo por terminado. En consecuencia, condenar a la demandada a pagar salarios de los meses de junio a diciembre de 2018, de enero a diciembre de 2019 y enero de 2020, las prestaciones sociales causadas desde junio de 2018, sanción por no consignación de cesantías a un fondo las costas del proceso., la prima convencional, indemnización por terminación del contrato, sanción moratoria, daño emergente, indemnización por pérdida de oportunidad y las cotas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que prestó servicios a la demandada así:

Desde	Hasta	Cargo

04/02/2002	02/07/2002	Docente catedra
25/07/2002	06/12/2002	Docente catedra
20/01/2003	19/12/2003	Profesor tiempo completo provisional u ocasional
26/01/2004	Término indefinido	Docente cátedra
01/06/2018	Otro sí	Director de Diseño Industrial y Gráfico por 2 meses
01/08/2018	Otro sí	Director de Diseño Industrial y Gráfico hasta 31/07/2019
01/08/2019		Retoma empleo como docente cátedra mediante contrato a término indefinido.

Adujo que la demandada omitió cancelarle salarios, prestaciones sociales, sanción por no consignación de cesantías, primas extralegales previstas en el artículo 9 de la convención colectiva suscrita con Sinprofuac, aportes a seguridad social, causadas desde junio de 2018 hasta el 22 de enero de 2020, no consignó las cesantías a un fondo, ni canceló la indemnización por despido injustificado.

Expuso que mediante Resolución n.º 5766 de 2019, el Ministerio de Educación ordenó la vigilancia especial de la demandada, por Acto Administrativo n.º 7221 de 2019, ordenó el reemplazo del rector y del representante legal por el término de un año (expediente digital).

Al dar respuesta, la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la existencia de la relación laboral, las modalidades contractuales, los cargos desempeñados, que renunció por incumplimiento de las obligaciones contractuales, el salario promedio devengado en el último año de \$3.887.126, los salarios percibidos de 2018 a 2020, el no pago de cesantías y los actos administrativos emitidos por el Ministerio de Educación. Propuso las excepciones de indebida representación el demandante, ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción. En su defensa argumentó, que contrató al demandante a través de diferentes cargos, siendo el último el de docente. Aceptó que se le adeudan salarios y prestaciones sociales, pero no por capricho o desidia, sino a la profunda crisis financiera y administrativa que originó que el Ministerio de Educación decretara una serie de medidas y de vigilancia especial y se vio

agravada con la emergencia sanitaria y las decisiones adoptadas por el Gobierno (expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de agosto de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de varios contratos de trabajo entre Edward Zambrano Lozano en calidad de trabajador y Fundación Universidad Autónoma de Colombia en calidad de empleador, siendo el último contrato de trabajo un contrato a término indefinido que comenzó a regir el día 26 de enero del año 2004 y se dio por terminado el día 22 de enero del año 2020 por renuncia motivada del trabajador.

CONDENAR a la demandada Fundación Universidad Autónoma de Colombia a reconocer y pagar al demandante:

- a. Por concepto de salarios insolutos del año 2018, once millones cuatrocientos siete mil ciento treinta y cinco pesos (\$11.407.135), del año 2019, treinta millones ochenta y ocho mil cuatrocientos treinta pesos (\$30.088.430).
- b. Por concepto de cesantías, siete millones setecientos treinta mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$7.730.667).
- c. Por concepto de intereses a las cesantías, novecientos doce mil ochocientos sesenta y seis pesos (\$912.866).
- d. Por concepto de prima de servicios legal, siete millones setecientos treinta mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$7.730.667).

TERCERO: CONDENAR a la demandada a cancelar al demandante la suma de veintitrés millones seiscientos sesenta y siete mil ciento sesenta pesos (\$23.667.160) por concepto de indemnización tarifada del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

CUARTO: CONDENAR a la demandada al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. Se reitera que todos los pagos que debe realizar la Fundación Universidad Autónoma de Colombia son a favor de Edward Zambrano Lozano.

QUINTO: ABSOLVER a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia del resto de pretensiones incoadas por Edward Zambrano Lozano

En lo fundamental encontró probada la relación laboral y la omisión en el pago de salarios para los años 2018 y 2019, por lo que determinó procedente la finalización del contrato por causas imputables al empleador. Negó las aspiraciones extralegales, por carecer la convención aportada de constancia de depósito ante el Ministerio. Determinó que la difícil situación administrativa y financiera de la Fundación incidió en el incumplimiento de las obligaciones laborales, por tanto la absolvió de pagar sanciones moratorias.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes apelaron lo resuelto.

El demandante argumentó que se debe ordenar el pago de la prima convencional por no haberse aportado el instrumento, pues tanto del interrogatorio de parte, como del dicho de los testigos traídos por la demandada se extrae su existencia, la cual en todo caso no fue tachada de falsa, por tanto en aplicación de los principios de favorabilidad, *pro operario* debe ser reconocido el derecho deprecado.

De otra parte, sostuvo que no es dable concluir que no existió mala fe por parte de la demandada en la omisión de pago de cesantías, pues si bien se han adelantado acciones tendientes a sanear la situación de la institución, la cesación de pagos se configuró debido al deficiente manejo administrativo que se extendió por más de 10 años y que no fueron corregidos a tiempo. Sostuvo que la denuncia de la convención colectiva se vino a adelantar solo hasta el 2020. Argumentó que las cuantiosas obligaciones de la demandada, su capacidad de pago y su estado de liquidez no la eximían de pagar las cesantías, ni las acreencias a la finalización del vínculo. Finalmente, expuso que la indemnización por despido injustificado no está bien cuantificada, en su sentir corresponde a una suma superior.

La demandada argumentó que no es procedente declarar el despido indirecto, pues no se presentó un incumplimiento sistemático e injustificado de las obligaciones, en consideración a la situación que atraviesa la Fundación ya que el demandante dejó transcurrir un tiempo considerable para elevar la reclamación.

Para resolver, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Con apego a lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, la Colegiatura aborda

el estudio de los recursos planteados por las partes, por lo que corresponde determinar si la demandada esta llamada a reconocer prestaciones extralegales, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo y sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones a la finalización del contrato. En adición verificar y si la indemnización por despido indirecto está bien cuantificada.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre las partes existieron varios contratos de trabajo, el último de los cuales fue a término fijo y se extendió desde el 26 de enero de 2004 hasta el 22 de enero de 2020 y que el último salario devengado por el actor ascendió a \$2.151.560.

Prestaciones convencionales

Frente al punto, estima la Sala que no es procedente conceder la prima extralegal reclamada en la demanda, como quiera que el Juez estimó que no era procedente imponer condena alguna, pues la prestación encuentra sustento de manera directa en la convención colectiva, y la parte actora no allegó constancia de depósito de la misma. En consecuencia, como dicha conclusión no fue atacada en esta instancia y por el contrario fue aceptada, resulta inocuo establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación deprecada, dado que el documento no cumple con las previsiones legales

Al respecto, el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que la convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.

Sobre el particular, precisa la Sala que en cuanto a pretensiones convencionales, es deber de la parte demandante aportar el escrito de la convención colectiva, inclusive en copia simple, junto con su constancia de

depósito en tiempo ante el Ministerio de Trabajo como lo dispone el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, pues está en una solemnidad que necesariamente debe ser demostrada en el proceso, si se pretende derivar algún efecto jurídico de dicho instrumento.

Al respecto, la Corte suprema de Justicia en sentencia del 29 de noviembre de 2006 Radicación 28074 precisó:

Y es que no puede admitirse, como se insinúa en el cargo, que por el hecho de ser el actual artículo 54A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social norma especial y posterior al artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo el requisito *ad solemnitatem* en este precepto establecido haya desaparecido y ahora sea suficiente para probar una convención colectiva de trabajo aportar su copia simple, sin necesidad de acreditar oportunamente su depósito en los términos precisados en el antes aludido precepto. No comparte la Corte ese entendimiento, pues el artículo 469 citado mantiene plena vigencia, como ha tenido oportunidad de reiterarlo, de lo cual es ejemplo la sentencia del 3 de mayo de 2005 radicado 24625...)

Aquí recuerda la Sala que de conformidad con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes; sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad *ad substantiam actus*, no se podrá admitir su prueba por otro medio

Dicho lo anterior, la parte demandante desatendió lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), ya que los hechos en que fundó sus pretensiones carecen de la prueba solemne, pues como se vio fue aportada la convención colectiva, pero no su constancia de depósito, por lo que necesariamente la parte promotora del juicio, debe acarrear las consecuencias negativas de su actuar omisivo. Importa destacar que la validez probatoria que reclama el recurrente no puede devenir de la contestación de la demanda, del interrogatorio o los testimonios, ni del ejercicio del derecho de contradicción por parte de la demandada. Así las cosas no hay lugar a conceder la prima convencional deprecada en la demanda.

Despido indirecto

Conviene recordar que el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que 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. De allí, la obligación del trabajador de demostrar que las causales invocadas a la finalización del vínculo laboral son imputables al empleador.

Así lo tiene puntualizado la Sala especializada de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 44155 de 26 de junio de 2012, rememorada en SL1082-2020, en que señaló:

El despido indirecto o auto despido es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral, por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. Esta decisión debe ser puesta en conocimiento a este último, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la misma, además de ser expuestos con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral.

Precisa la Sala, que el contenido de la carta de despido corresponde a manifestaciones de parte que requieren para su confirmación de otros medios probatorios que corroboren lo dicho, (...)”

En el presente caso, no se discute la empleadora que incumplió con el pago de salarios y acreencias laborales, pero argumenta que debe ser eximida de pagar la indemnización por despido injustificado debido a la difícil situación financiera y administrativa que atravesaba, argumento este que no esta llamado a prosperar porque no le es dable a la Fundación trasladar al trabajador las consecuencias negativas de su precaria situación económica o malos manejos administrativos para eximirse de sus responsabilidades.

Sobre el asunto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló en sentencia con Radicación n.º 35125 31 de mar, 2009 señaló:

Ahora, si el empleador, aun sin incurrir en culpa, pero por las situaciones propias del mercado, se ve inmerso en una crisis financiera que afecta la estabilidad propia de la empresa y por ello deja reiteradamente de pagar el salario a sus trabajadores, es evidente que viola gravemente sus obligaciones como tal. La dinámica en que desarrolla su actividad empresarial posibilita que todos los

fenómenos, salvo fuerza mayor o caso fortuito, sean previsibles y por tanto no pueden usarse como justificantes para incumplir sus obligaciones como empleador.

Una actividad empresarial supone necesariamente riesgos. Así como por regla general se procura con ella la obtención de utilidades, correlativamente también pueden acontecer pérdidas o dificultades que impidan o estorben el pleno desarrollo de su objetivo social.

Pero cualquiera que sea la causa que la afecte –salvo fuerza mayor o caso fortuito–, el trabajador no tiene por qué asumir la contingencia de esos riesgos, pues la legislación laboral ha sido celosa en salvaguardarlos de los mismos, tal como se desprende del artículo 29 del Código Sustantivo del Trabajo, que de manera perentoria establece que el trabajador **“nunca”** podrá asumir los riesgos y pérdidas de su empleador, excepto aquellas que provengan de su propia actividad culposa en el desempeño de sus funciones y que hayan causado perjuicio al empresario, porque ello es propio de los contratos bilaterales, conmutativos y onerosos como es el contrato de trabajo, el cual además se celebra en beneficio recíproco de las partes.

Cuantificación indemnización despido indirecto

Dispone el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo que la indemnización por despido injustificado en los contratos a término indefinido se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.
2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

Realizadas las validaciones correspondientes y tomar en consideración que el contrato a término indefinido se extendió desde el 26 de enero de 2004 hasta el 22 de enero de 2020 y que el trabajador devengó como último salario la suma de \$2.151.560, la indemnización ascendería a \$23.654.987, pues tiene derecho al pago de 329 días de salario diario a razón de \$71.718. En consecuencia la suma determinada por la Colegiatura resulta inferior a la establecida en primera instancia que lo fue de \$23.667.222 y corresponde modificarla como quiera que la demandada solicitó ser revocada de pagar este concepto y así se indicará en la parte resolutive de la providencia.

Tabla Indemnización por Despido Sin Justa Causa - Art. 64 C.S.T.					
Periodo		No. Años Laborados	No. Días Sanción	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
26/01/2004	25/01/2005	1,00	30	\$ 71.718,00	\$ 2.151.540,00
26/01/2005	22/01/2020	14,99	20		\$ 21.503.447,00
Total indemnización				\$ 23.654.987,00	

Buena fe de la demandada

Conviene señalar que, si bien la demandada se vio incurso en una situación de crisis financiera, ello no la eximía de cumplir con las obligaciones a su cargo respecto del promotor del juicio. En efecto, ha sido reiterado el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en el sentido de indicar que el empleador no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones financieras adversas que enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por dichas circunstancias.

Sobre el particular, puede verse Sentencia rad. 7393 del 18 de septiembre de 1995 de la C.S.J., en la que se adocrinó:

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

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

Atendiendo el criterio expuesto, reiterado en sentencia con radicado 37288 del 24 de enero de 2012, se tiene que en todo caso, la parte demandada no demostró que su infortunio económico se debiera a una

situación de fuerza mayor o caso fortuito, por el contrario al absolver interrogatorio departe el representante legal de la demandada señor Miltón Cesar Reyes Bohórquez dijo que la Fundación se encuentra en estado de iliquidez económica que por más desde hace 10 años empezó a disminuir la cantidad de estudiantes por factores del mercado y ahora por la pandemia que ha dificultado la operación de la educación, que la ha obligado a establecer un plan de salvamento que incluye la constitución de fiducias y la venta de inmuebles.

Al amparo de lo expuesto la grave situación financiera de la demandada, no era excusa para que incumpliera con el pago de las prerrogativas a que tenía derecho el señor Edward Zambrano Lozano, tampoco resulta demostrativa de un actuar de buena fe. En consecuencia la demandada debe ser condenada a pagar sanción por no consignación a un fondo de las cesantías causadas en el 2018, bajo el entendido que las causadas en el 2019 debían consignarse únicamente hasta el 14 de febrero de 2020 cuando ya el vínculo había fenecido y las causadas en el 2020 por ser parciales debían cancelarse con la liquidación del contrato. Así las cosas, la Sala toma en consideración el salario determinado por el Juzgado para el 2018 de \$3.541.033, ya que no fue controvertido en esta instancia. Lo que arroja una indemnización de \$39.777.604.

Tabla Sanción por no Consignación de Cesantías Art. 99 Ley 50 de 1990					
Año	Periodo		No. Días de Sanción	Sanción	Total
2018	16/02/2019	22/01/2020	337	\$ 118.034,43	\$ 39.777.604,03
	Total Indemnización por no pago cesantías				\$ 39.777.604,03

De otra parte, para determinar la sanción moratoria se advierte que el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, dispone en su numeral 1º que:

Para los trabajadores que devenguen menos de un (1) salario mínimo mensual vigente, continúa vigente el texto que puede leerse en los párrafos anteriores, para los demás casos el nuevo texto es el siguiente:> Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la

Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado n.º 36.577 proferida el 6 de mayo de 2010, reiterada en sentencia de 3 de mayo de 2011, radicado n.º 38.177, sentencia del 25 de junio de 2012, radicado 46.38 y SL918 de 2014 y SL 1005 de 2021 señaló:

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

En el caso analizado la relación laboral se extendió hasta 22 de enero de 2020 y la demanda fue interpuesta el 13 de febrero de 2020 (expediente digital), es decir, dentro de los 24 meses previstos en la norma, por lo que en aplicación del precedente jurisprudencial procede el reconocimiento a favor del demandante de un día de salario, esto es la suma de \$71.718 por los primeros 24 meses, esto es hasta el 22 de enero de 2022, en cuantía de \$51.636.960 y en adelante y hasta que se verifique el pago de la obligación hay lugar al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera. Conviene

señalar que la Colegiatura tomó en consideración el último salario percibido por el actor de \$2.151.560, determinado por el *a quo* para determinar la indemnización por terminación del contrato por causas imputables al empleador que no fue cuestionado en esta instancia.

Tabla Sanción Moratoria - Art. 65 C.S.T.				
Fecha Inicial	Fecha Final	No. Días	Sanción Moratoria Diaria	Total Sanción
23/01/2020	22/01/2022	720	\$ 71.718,00	\$ 51.636.960,00
Total Sanción Moratoria				\$ 51.636.960,00

De conformidad con las consideraciones precedentes la Sala mordicará la sentencia en la forma anunciada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de agosto de 2021. En el sentido de condenar a la demandada a cancelar indemnización prevista en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, pero en la suma de \$23.654.987.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada para en su lugar condenar a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia a pagar al actor por concepto de indemnización prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 la suma de \$39.777.604 y a cancelar por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código sustantivo de trabajo la suma diaria de \$71.718 a partir del 22 de enero de 2020 y hasta

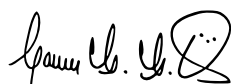
el 22 de enero de 2022, esto es la suma de \$61.636.960 y a partir del mes 25 y hasta que se verifique el pago de la obligación deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



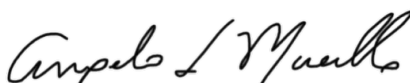
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 31 2020 00440 02.
DEMANDANTE: GLORIA MARGOTH DAZA MELGAREJO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A., Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colfondos, así como el posterior cambio horizontal a Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. A la última a recibirla sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 17 de julio de 1966, tiene 54 años de edad, cotizó 610 semanas al ISS. El 1 de febrero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colmena y posteriormente a la AFP Porvenir S.A. Adujo que las AFP, no le brindaron información completa, clara, veraz, oportuna,

adecuada, suficiente y cierta, respecto a las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, las consecuencias del cambio en relación con su situación particular, tampoco fue informada sobre la posibilidad de retornar a prima media. Finalmente, que solicitó a las demandadas el retorno a prima media (expediente digital, archivo 01 fls. 2 a 28, subsanación expediente digital, archivo 09, fls. 4 a 30).

Colpensiones rechazó las pretensiones. Admitió, la data de nacimiento de la actora, su edad, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen, las semanas cotizadas y las solicitudes de traslado. Manifestó que no le constan los demás fundamentos fácticos. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses, argumentó que la Ley 100 de 1993, creó dos regímenes coexistentes y dispuso la elección libre y voluntaria. Sostuvo que en ejercicio del mismo la accionante quien gozaba de plena autonomía cambió de régimen y ahora está incurso en prohibición legal para retornar a prima media, pues a la entrada en vigencia del estatuto de seguridad social no contaba con 15 años cotizados (expediente digital, archivo 12 fls. 2 a 18).

Por auto del 5 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de las AFP Colfondos y Porvenir S.A. (expediente digital, archivo 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2022 (expediente digital, archivo 41), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante Gloria Margoth Daza Melgarejo como quiera que el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad tuvo plenos efectos jurídicos y fue válido. Por lo que se ABSOLVERÁ a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a Colfondos y a Porvenir.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones exclusivamente.

Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso a los intereses de la demandante, se conoce el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.

Como sustento de su decisión, concluyó que la demandante al momento del traslado recibió asesoría clara, necesaria y suficiente, así mismo que decidió vincularse al fondo de pensiones voluntarias y aunque dijo que lo hacía como un ahorro y no para mejorar el monto de la mesada, además que sabía que la pensión era heredable, ello evidencia que conocía las características del RAIS, por lo que no puede declararse la ineficacia deprecada, menos cuando la motivación para trasladarse radica en el monto de la mesada pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La actora pretende la revocatoria de la sentencia al argumentar que no obra prueba de que, en 1966 fecha del traslado, Colfondos hubiere brindado asesoría correspondiente. Adujo pese a que el asesor estuvo *detrás de ella* durante un año para afiliarla al RAIS, no se puede inferir que le haya suministrado información suficiente, que le haya realizado proyecciones. Señaló que si bien la demandante admitió que conocía la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, esto sucedió luego de haber realizado traslados entre AFP y no al momento del cambio del régimen.

Señaló que la actora conoce como funciona el RAIS porque se documentó e indagó sobre el tema, no porque la AFP la haya ilustrado.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional. Por su parte,

el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que opten por las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 Decreto 656 de 1994, estipula que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, radicado 31.989 de 2008, CSJ SL 19.447 de 2017 y CSJ L 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple*

manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia CSJ SL1688 de 2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. También en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, se establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según historia laboral la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 22 de mayo de 1984 (expediente administrativo, documento 2), migró al RAIS, administrado por la AFP Colfondos el 1 de febrero de 1996, mediante la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 33) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A. COLFONDOS PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, se trasladó al Porvenir y de conformidad con estado de cuenta generado por esta administradora realizó su primer aporte para mayo de 1998 (expediente digital archivo 03. Fls 7 a 15).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado laboraba en «Colseguros» que pertenecía al mismo grupo económico que Colfondos. Asesores de esta AFP le insistían en que debía trasladarse porque no era «*bien visto*» que sus trabajadores estuviesen afiliados al Instituto de Seguro Social, entidad se iba acabar. También le dieron que sus aportes estarían en una cuenta que generaría rendimientos, por ende tendría una mejor pensión que podía ser heredada. Posteriormente, cambió a Horizonte porque le ofrecieron mejor rentabilidad. Señaló que recibió una llamada de un asesor de Porvenir quien le recomendó dejar de aportar al sistema general de pensiones, dado que estos pagos no beneficiarían su pensión, además le puso de presente que por la edad que tenía ya no le era posible retornar a prima media. Admitió que realizó aportes voluntarios en 2006 para ahorrar, obtener beneficios tributarios y mejorar su pensión. Aceptó que recibe extractos periódicamente y que la motivación para retornar a prima radica en el valor de la mesada pensional.

De cara a los medios de prueba mencionados para esta Sala la AFP Colfondos, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer al afiliado los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Importa señalar que la Sala de Casación Laboral reiteró que *«el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021), por tanto, las asesorías posteriores y proyecciones, así como los actos de relacionamiento como las cotizaciones y afiliación al fondo de pensiones voluntarias, no convalidan la falta de afiliación debida al momento del traslado.

En consecuencia, resulta evidente que la Colfondos faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019)

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Ahora, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir administradora en la cual se encuentra actualmente vinculada la afiliada, deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, junto con los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de devolver las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia la obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y, de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones, y así se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2022, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro

individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar también a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a Horizonte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

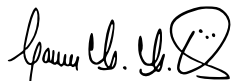
TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Protección S.A. y Porvenir S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar, de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



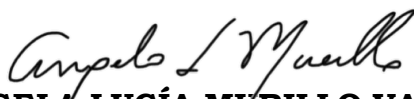
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
Aclaró voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 33 2019 00449 01.
DEMANDANTE: JENNY EMILIA CABRA VILLAMARÍN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de agosto de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 19 de junio de 2014, hasta el 31 de enero de 2018, data en que la demandada lo dio por terminado de forma unilateral y sin que mediara justa causa. Que es beneficiaria de las convenciones colectivas celebradas entre Colpensiones y sus trabajadores vigentes durante la relación laboral, por tanto, su salario base de liquidación asciende a \$2.017.083.33, equivalente al percibido en la misma época por un analista de planta. En consecuencia, se condene a la demandada a pagarle debidamente indexadas, prestaciones sociales legales y prima extralegal de navidad, bonificaciones, vacaciones. Igualmente, indemnización por despido, indemnización moratoria, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 19 de junio de 2014 empezó a prestar servicios a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, a través de empresas de servicios temporales así:

Empresa	Fecha firma contrato
Activos S.A.S	19/06/2014
Coltempora	26/06/2014
Coltempora	11/12/2014
Activos S.A.S	01/04/2015
Activos S.A.S	01/02/2016
Misión Temporal Ltda	01/02/2017

Manifestó que se desempeñó como analista, cargo que existía en la planta de personal, sus funciones hacían parte de las labores permanentes de la entidad y consistían en atender peticiones, quejas y reclamos derechos de petición y acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos para corrección de historia laboral siguiendo las prioridades y tiempos definidos por la entidad, generar información estadística de las correcciones, administrar las aplicaciones asignadas al proceso, velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los ciudadanos a través de las solicitudes radicadas, corregir inconsistencias en los datos de los pagos de los afiliados.

Aseguró que para ejecutarlas utilizó elementos de propiedad de Colpensiones, cumplió horario en turnos rotativos de 6:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 10:00 p.m. de lunes a viernes y un sábado cada 15 días, sin posibilidad alguna de cambiarlo. Adujo que no tuvo autonomía, siempre debió observar las órdenes de su jefe inmediato Alirio Camacho, quien controlaba su horario y tenía la potestad de formularle llamados de atención verbales y escritos. Refirió que prestó servicios de forma continua e ininterrumpida durante 1.302 días, hasta el 31 de enero de 2018, fecha en que fue despedida sin que existiera causa legal, para esta data devengaba \$1.545.000 suma a la que le eran aplicados descuentos.

Señaló que firmó contratos elaborados por las empresas de servicios temporales, no podía discutir las condiciones, pues se trataba de formas

preimpresas, solamente se le daba la posibilidad de suscribirlos o quedar desempleada. La demandada no le canceló prestaciones sociales, vacaciones, prima de vacaciones, navidad, servicios, técnicas, primas extralegales, bonificaciones, indemnización por no consignación de las cesantías, ni aportes a seguridad social en salud o pensión. Expuso que el 17 de abril de 2018, solicitó el pago de los conceptos antes enunciados, pero la entidad se pronunció negativamente el 24 de abril de 2018. Expuso que el 3 de mayo de 2019, adicionó el derecho de petición y solicitó esta vez el pago de indemnización por despido y sanción por no pago de prestaciones sociales al retiro, pero Colpensiones mantuvo su negativa (fls 3 a 15).

Colpensiones rechazó el éxito de las peticiones. Admitió únicamente que la actora elevó peticiones y que estas fueron contestadas de forma negativa. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Formuló las excepciones previas de indebida acumulación de pretensiones, falta de integración del *litis* consorte necesario y las de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, del cumplimiento de las ordenes de la corte Constitucional y prescripción.

Para enervar las pretensiones expuso que mediante Auto 110 de 2013 la Corte Constitucional adelantó el análisis de la problemática presentada en la administración del régimen de prima media a partir de la asunción por parte de Colpensiones de los trámites pendientes a cargo del ISS e impartió órdenes a Colpensiones en virtud de las cuales su presidente se vio obligado a adoptar medidas tendientes a garantizar la suficiencia de los recursos para cumplir con el plan de acción para corregir el atraso estructura, siendo necesario señalar que dada la naturaleza jurídica de Colpensiones no podía dentro del ámbito de la competencia legal ampliar la planta de personal sin obtener las autorizaciones correspondientes. Sostuvo que la orden de la Corte suponía la ejecución de una labor netamente transitoria, pues se buscaba dar trámite al cúmulo de expedientes que se encontraban en curso (fls 46 a 58).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de agosto de 2021, resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a Colpensiones respecto de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Jenny Emilia Cabra Villamarín conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado

TERCERO: Costas de esta instancia quedan a cargo de la parte demandante. Como agencias en derecho 0.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso de no ser apelada esta sentencia por el demandante, envíese en grado de consulta ante el inmediato superior.

En lo fundamental señaló que si bien las gestiones adelantadas por la demandante obedecían al giro ordinario de las actividades de Colpensiones y se excedió con creces el periodo de seis meses prorrogables por otros seis previstos para la contratación de personal en misión, lo cierto es que se trató de un caso atípico de conocimiento nacional en el que para poder superar el estado de cosas inconstitucionales era imperativo el incremento de personal, no con el ánimo de evadir obligaciones laborales a cargo de la entidad, las cuales en todo caso encontró satisfechas por las EST y como quiera que no fue aportada convención colectiva se relevó del estudio de los derechos que encuentran su fuente en ella.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante imploró revocar la decisión al argumentar que no desconoce el estado de cosas inconstitucionales que permitió a la entidad contratar a través de empresas de servicios temporales; empero el análisis realizado por el Juzgado es equivocado, pues se probó que laboró entre el 19 de junio de 2014 y el 31 de enero de 2018, sin solución de continuidad, así que se superaron los términos previstos en la ley para la contratación de trabajadores en misión y el Juzgado no se ocupó de verificar que la entidad contrató a través de varias empresas para evadir el cumplimiento del parámetro temporal y con ello, las obligaciones laborales. Alegó que la Corte Constitucional con su sentencia, no abolió los derechos de los trabajadores.

Arguyó que no se discute el pago de acreencias laborales por parte de las empresas temporales, sino la infracción a la ley que limita la prestación de servicios a través de estas más allá de un año, por tanto debe declararse la existencia de un contrato de trabajo con Colpensiones y condenarla a pagar acreencias laborales, *conforme devengaba un empleado de planta* e indemnización por despido injustificado, pues en la realidad no se dieron contratos por obra.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si entre la actora y Colpensiones, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de junio de 2014 hasta el 31 de enero de 2018 y en consecuencia, si debe ser condenada a pagar acreencias laborales en el mismo monto reconocido a un trabajador de planta e indemnización por despido injustificado.

1. De la existencia del contrato de trabajo

Frente al particular, anota la Sala que el contrato de trabajo a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, se configura cuando concurren la: 1) actividad personal del trabajador; 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, y 3) un salario como retribución del servicio. A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1975 dispone que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, por lo que corresponde a este último destruir la presunción. Es decir, basta al trabajador demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicho vínculo laboral subordinado.

Bajo ese horizonte, una vez reunidos los tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, tampoco por las condiciones particulares que le asigne el empleador, ni por las modalidades de la labor o por el tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, o el sistema de

pago ni de cualquier otra circunstancia, pues, así lo dispone el artículo 3º del referido precepto legal.

Igualmente, es pertinente recordar que de conformidad con lo preceptuado por el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, las *“empresas de servicios temporales son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”* Paralelamente, el artículo 73 *ibídem* señala quienes son los terceros beneficiarios al expresar que *“Se denomina usuario, toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales.”*

De lo anterior emerge que las empresas de servicios temporales tienen un objeto previamente delimitado en la norma, lo que hace que las contrataciones o envío de trabajadores en misión se ejecuten bajo casos o situaciones específicas, las cuales han sido desarrolladas por esta ley y establecidas de la siguiente manera:

Artículo 77. Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.
3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.”

Disposición que se acompasa con lo dispuesto el artículo 6º del Decreto 4363 de 2006.

Conviene precisar, que las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios. Al

respecto, la Corte Suprema de Justicia sentencia SL3520-2018 reiterada en la SL 467 de 2019, adoctrinó:

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien las empresas de servicios temporales se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria».

Por estas razones, las empresas usuarias no pueden acudir fraudulentamente a esta contratación para suplir requerimientos permanentes. De allí que el artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006, les prohíba «prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales», cuando al finalizar el plazo de 6 meses, prorrogable por otros 6, aún subsistan incrementos en la producción o en los servicios.

Al respecto, esta Sala en sentencia CSJ SL17025-2016 adujo que las empresas usuarias no pueden «encubrir una necesidad indefinida en el desarrollo de sus actividades bajo la apariencia de una necesidad temporal, con el objeto de aprovecharse ilimitadamente de los servicios personales» de los trabajadores en misión, tal como ocurriría cuando la contratación no encuadra en ninguna de las causales del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 o

cuando exceden el término máximo previsto en el numeral 3.º del precepto citado.” (Subrayas fuera del texto).

Ahora bien, en cuanto a la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como una de las formas de organización de la producción en virtud de la cual se hace un encargo a un tercero de ciertas partes u operaciones del proceso productivo, éstas son legítimas en el orden jurídico; no obstante, frente a su utilización, la jurisprudencia ha señalado que *“(…)no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades. La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.”*. (CSJ SL 467 de 2019).

Por eso, cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, se presenta la intermediación laboral ilegal.

Para el presente caso, de conformidad con el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005 y las demás prestaciones especiales que determine la Constitución y la Ley, en su calidad de Entidad financiera de carácter especial.

Claro lo anterior, se advierte que obran certificaciones de trabajo, según las cuales la accionante prestó servicios así:

Empresa empleadora	Fecha ingreso	Fecha retiro	Salario	Tipo de contrato	Empresa Usuaria	Folio

Activos S.A.	19/06/2014	25/06/2014	\$1.295.605	Obra o labor	Colpensiones	59
Coltempora S.A.	26/06/20014	10/12/2014	\$1.295.605	Obra o labor	Colpensiones	62
Coltempora	11/12/2014	31/03/2015	\$1.295.605	Obra o labor	Colpensiones	63
Activos S.A.	01/04/2015	30/01/2016	\$1.447.377	Obra o labor	Colpensiones	61
Activos S.A.	01/02/2016	31/01/2017	\$1.545.075	Obra o labor	Colpensiones	60
Misión Temporal	01/02/2017		\$1.447.377	Obra o labor	Colpensiones	38 a 40

Del contenido de los certificados visibles a folios 59 a 63, se evidencia las funciones de la demandante se sintetizan en:

Atender los PQRS, derechos de petición y acciones de tutela que sean interpuestas por los ciudadanos, para corrección de historia laboral siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.

Atender dentro de los tiempos y términos dispuestos por Colpensiones las solicitudes de corrección de historia laboral radicadas por los ciudadanos siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.

Atender la correspondencia recibida y relacionada con la solicitud de corrección de historia laboral siguiendo las prioridades y tiempos definidos por COLPENSIONES.

Generar información estadística de la corrección de historia laboral.

Velar por el cumplimiento de los compromisos adquiridos con los ciudadanos a través de las solicitudes de corrección de historia laboral radicadas en COLPENSIONES.

Corregir inconsistencias en los datos de los pagos de los afiliados.

Conforme a lo anterior, advierte la Sala que, que Colpensiones se benefició de los servicios personales de la demandante de manera ininterrumpida desde el 19 de junio de 2014 hasta el 31 de enero de 2018, para cumplir funciones propias del giro normal de sus actividades relacionadas con la reconstrucción y corrección de historias laborales y las peticiones, quejas y reclamos que entorno a este proceso se suscitaran, empero ello no conlleva automáticamente a señalar que el ente de seguridad social es su verdadero empleador y que las temporales fueron utilizadas fraudulentamente para disfrazar una relación laboral.

Lo anterior, como quiera que está demostrado que Activos S.A. contrata a la demandante para *“la prestación de servicio para atender INCREMENTO PARTE ADMINISTRATIVA, la cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. En consecuencia, este CONTRATO terminará en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR, que ha dejado de requerir los servicios del TRABAJADOR, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna”* (fl. 26. 35, 36).

Por su parte, Coltempora la vincula para *“efectuar las labores de ANALISTA L por el tiempo que tarde la empresa usuaria en cumplir las metas ordenadas en los autos 110 y 320 de 2013 proferidos por la Honorable Corte Constitucional y en todo caso, como plazo máximo de duración mientras se encuentre vigente el contrato de prestación de servicios suscrito entre la usuaria y COLTEMPORA S.A. (...)”* (fls. 28 a 30).

La vinculación con Misión Temporal, según contrato de folios 38 a 40, se dio para desempeñar el cargo de analista I y atender *“la necesidad en la prestación de un servicio derivado de la ejecución de un contrato comercial.*

Al igual que Misión Temporal, la empresa Activos S.A.S. suscribió con Colpensiones contratos n.º 007 del 20 de enero de 2014 para el suministro de 880 trabajadores; n.º 042 del 27 de marzo de 2015, para suministrar 1.380 trabajadores en misión y n.º 005 del 28 de enero de 2016 para enviar en misión 1.950 trabajadores. Allí se especifica que el objeto de cada uno de estos contratos era *“el suministro de personal en misión con las calidades y los requerimientos específicos exigidos por la misma, para reemplazar personal en vacaciones, en licencia por solicitud propia, incapacidad por enfermedad, licencia de maternidad, o para atender el incremento en la prestación del servicio, o cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias, en jornada de tiempo completo, por turnos de ser necesario y de manera exclusiva, en las dependencias de Colpensiones.”* (fl. 82 cd)

Con el mismo objeto, Coltempora S.A., suscribió contratos de trabajadores en misión n.º 053 del 24 de junio de 2014 (f.º 390 a 408) y n.º 119 del 9 de diciembre de 2014 (fl. 82 cd).

Al rendir declaración de parte la demandante manifestó que prestó servicios desde el 19 de junio de 2014, en el edificio de Colpensiones, negó que le hubieran informado que la vinculación fuera temporal, pese a que acompañó con la demanda cada uno de los contratos previamente enunciados.

Ahora, se advierte que la Corte Constitucional en varias sentencias respecto del estado de cosa inconstitucional en la transición del administrador del régimen de prima media con prestación definida, por el paso del Instituto de Seguros Sociales – I.S.S. a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, evidenció *“la presencia de un conjunto de obstáculos materiales y administrativos que impiden el cumplimiento de los términos dispuestos por el ordenamiento jurídico para la resolución de las peticiones pensionales y el acatamiento de las órdenes dictadas por los jueces de la República”*. De modo que, dicho incremento en la producción justificó la contratación en la entidad, de personal mediante empresas temporales de servicios (Autos 320 y 110 de 2013).

Ahora bien, por auto del 20 de febrero de 2013 la Sala Novena de Revisión de la Corte Suprema ordenó a la Vicepresidencia de Colpensiones que presentara informe a la Corporación en el que:

(i) indicara el tiempo real promedio que efectivamente tarda la entidad en resolver las peticiones de reconocimiento pensional y los recursos administrativos interpuestos por los afiliados del régimen de prima media (en adelante el RPM); (ii) señalara el retraso que tiene la entidad, incluyendo los expedientes del ISS pendientes de decisión; (iii) precisara qué medidas ha implementado para reducir los tiempos reales de respuesta que el ISS soportaba, y los resultados de las mismas; (iv) señalara el porcentaje de requerimientos y acciones judiciales que la entidad no contesta, indicando las causas de ese incumplimiento; (v) indicara si la entidad tiene implementado un programa de priorización en la respuesta de las solicitudes pensionales; (vi) señalara las medidas adoptadas por Colpensiones para respetar en sus decisiones.

En el Auto 110 de 2013, la Corte Constitucional señala que Colpensiones informó que para reducir los tiempos reales de respuesta de las peticiones pensionales adoptó, entre otras, las siguientes medidas:

(i) contratación de personal de apoyo como planta temporal para resolver solicitudes de prestaciones económicas provenientes de la “represa del ISS”; (ii) optimización de la respuesta a peticiones, quejas y reclamos en oficinas. A partir de enero de 2013 en promedio se responde el mismo día de radicación de la solicitud el 57.5% de las petición pensionales; (iii) optimización del proceso de corrección de historia laboral; (iv) optimización de respuesta a las acciones de tutela mediante la contratación de personal de dedicación exclusiva a estos procesos que atenderán aproximadamente 19.2000 trámites por mes y; (v) en el cumplimiento de sentencias se ha diseñado un procedimiento que incluye los pasos necesarios para garantizar la seguridad jurídica y la respuesta oportuna.

Particularmente, en el auto 320 de 2013 se ordenó al presidente de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones o quien haga sus veces, que tomara entre algunas medidas, específicamente, la tendiente a *“vii) asegurar que el presupuesto, el personal y la infraestructura de la entidad sean suficientes para cumplir las metas propuestas a 28 de marzo de 2014 y 31 de julio del mismo año, así como los fines constitucionales relacionados en el párrafo 127 de esta providencia”*.

Es decir que, en virtud de la orden constitucional Colpensiones debió iniciar la contratación de personal en misión, así se desprende igualmente del objeto de los contratos suscritos entre el demandante y las temporales, en el que se indicó el aumento de la producción, y si bien, la labor que ejerció la actora se hizo de manera permanente para Colpensiones, ello ocurrió en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados por Colpensiones con Activos S.A.S., Coltempora S.A., y Misión Temporal y los contratos de trabajo celebrados entre la demandante y las Empresas de Servicios Temporales, en los que estas últimas delegaron la subordinación a la empresa usuaria Colpensiones.

Facultad de subordinación que podía ejercer Colpensiones frente a los trabajadores que habían sido enviados en misión a desempeñar funciones en sus dependencias, pues dicha facultad cumple anotar, no se ejercía por derecho propio sino en virtud de la delegación o representación de las empresas de servicios temporales, así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 9435 de 24 de abril de 1997.

No pasa por alto el Tribunal que la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional mediante providencia T774-15 declaró superado el

estado de cosas inconstitucionales en la transición entre el Instituto de Seguros Sociales y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, verificado a partir de la expedición del Auto 110 de 2013, en buena medida atendiendo a la disminución del número de solicitudes de diferente índole atendidas gracias a la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales.

Ahora, pese a que el estado de cosas inconstitucionales se declaró superado, la Corte impuso a Colpensiones una serie de órdenes y medidas con las cuales buscó evitar repetir la situación y con ello proteger los derechos de los usuarios, es así como dispuso en lo que importa al análisis en la parte resolutive entre otras:

DÉCIMO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que dentro de los tres meses siguientes a la comunicación de esta sentencia adopte las medidas necesarias para superar definitivamente los problemas presentes en la calidad de los actos administrativos prestacionales, **la completitud de las historias laborales** y el proceso de acatamiento de las sentencias judiciales ordinarias y contencioso administrativas, en armonía con las instrucciones que dicte la Superintendencia Financiera de Colombia y las recomendaciones que efectúe la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República.

DÉCIMO PRIMERO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Ministerio del Trabajo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que dentro de los seis meses siguientes a la comunicación de esta sentencia, en el marco de sus atribuciones y competencias, adopten las medidas necesarias para corregir los problemas presentes en la **completitud de las historias laborales de los afiliados de Colpensiones, tomando en consideración las recomendaciones que efectúen la Superintendencia Financiera de Colombia**, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

(...).

DÉCIMO CUARTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que dentro de los seis meses siguientes a la comunicación de esta sentencia implemente en su portal de internet un sistema permanente de indicadores con enfoque de derecho fundamental que refleje la oportunidad y calidad del proceso de i) resolución de solicitudes de prestaciones económicas; ii) cumplimiento de fallos de tutela, ordinarios y contencioso administrativos; iii) notificación de actos administrativos prestacionales; iv) inclusión en nómina y pago efectivo de prestaciones económicas; v) **corrección y completitud de la historia laboral**; vi) calificación de la pérdida de capacidad laboral y vii) requerimiento y cobro coactivo de cotizaciones insolutas. En el cumplimiento de esta orden Colpensiones seguirá las siguientes pautas:

- a) Aplicará los principios de pertinencia, simplicidad, eficacia, eficiencia, claridad, oportunidad, transparencia, calidad, publicidad, contradicción, actualidad, trato preferente e incluyente de sectores marginados y participación ciudadana más amplia posible.
- b) Los indicadores abarcarán todas las prestaciones económicas consagradas en el régimen de prima media. La entidad considerará la adaptación con carácter permanente de las pautas de seguimiento desarrolladas en el marco del estado de cosas inconstitucional verificado a partir de la adopción del Auto 110 de 2013.
- c) Garantizará la presentación de información desagregada según tipo de prestación, género, edad, localización geográfica del solicitante y demás aspectos relevantes.

d) Al desarrollar los indicadores de calidad de los actos administrativos que resuelven solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas Colpensiones tendrá en cuenta que este incluye por lo menos los siguientes aspectos i) los elementos que integran la faceta sustantiva del derecho fundamental de petición; ii) el respeto de los precedentes judiciales; iii) la corrección jurídica de la resolución; iv) la identificación de causales de negación de prestaciones económicas; v) la enumeración de las pensiones negadas y reconocidas por tipo de riesgo y vi) el monto de la mesada pensional.

e) El enlace de ingreso a los indicadores de seguimiento se ubicará de forma permanente en la página de inicio del portal de internet de Colpensiones en un sitio de fácil visibilidad y acceso. Los datos se actualizarán mes a mes.

DÉCIMO QUINTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que presente anualmente un informe sobre el estado de los derechos fundamentales de los usuarios de la entidad. En el cumplimiento de esta orden aplicará las siguientes pautas:

a) El informe se expondrá por el presidente de Colpensiones en audiencia pública con participación efectiva de los representantes de la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, la Superintendencia Financiera de Colombia y los usuarios de la entidad. Colpensiones definirá las pautas para la convocatoria oportuna de los intervinientes, su número y dispondrá un espacio suficiente para que presenten sus observaciones.

b) La fecha anual de presentación del informe y realización de la audiencia se definirá en el protocolo que la entidad elabore para dar cumplimiento a esta orden.

c) El documento analizará la evolución en el periodo objeto de análisis de los resultados arrojados por los indicadores de que trata la orden quinta contenida en el numeral décimo cuarto de la parte resolutive de esta sentencia, reflejará los esfuerzos y resultados de la entidad en la realización de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, información, petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia de los usuarios de la entidad. También, reconocerá de forma expresa, clara y transparente las vulneraciones iusfundamentales existentes. En este último caso expondrá las medidas planeadas y ejecutadas para superar la situación de infracción constitucional.

d) El texto mostrará la condición operativa, financiera y fiscal de la entidad, los problemas de funcionamiento existentes y las medidas tomadas para superarlos, los objetivos y metas trazadas para el año siguiente de operaciones y la capacidad instalada para la realización de las metas.

e) Un mes antes de la exposición en audiencia pública del informe la entidad lo publicará en su página web en un lugar de fácil visibilidad y acceso para ser consultado por usuarios e interesados. En el mismo término, remitirá copia a la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y las personas designadas para representar los derechos e intereses de los usuarios de la entidad. Esto, para que en la audiencia realicen las observaciones y recomendaciones que encuentren pertinentes.

f) Colpensiones publicitará ampliamente el lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia por los medios que considere pertinentes durante la semana previa a su realización y permitirá el ingreso de público hasta completar el aforo. La audiencia se transmitirá en vivo por el portal web de la entidad y una grabación íntegra de esta se alojará de forma permanente en el sitio de divulgación de información de que trata la orden séptima de esta providencia, junto con las observaciones escritas que presenten los intervinientes.

VIGÉSIMO.- EXHORTAR a la Presidencia de la República, a la Junta Directiva de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Ministerio del Trabajo, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Administrativo de la Función Pública para que en el marco de sus atribuciones y competencias, impulsen y **adopten las medidas necesarias para adecuar la capacidad operativa de Colpensiones de conformidad con la demanda de los usuarios, de manera que se garantice una atención digna y de calidad y no se repita el escenario de masiva violación de los derechos fundamentales verificada a partir del Auto 110 de 2013 proferido en el asunto de la referencia.**

VIGÉSIMO TERCERO.- ADVERTIR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Ministerio del Trabajo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que en el marco de sus atribuciones y competencias **deberán tomar las medidas necesarias para asegurar los recursos suficientes para el cumplimiento de las órdenes proferidas en esta sentencia.**

...

VIGÉSIMO SEXTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones que cada tres meses, durante el año siguiente a la comunicación de esta sentencia, presente un informe ante la Corte Constitucional detallando el proceso de cumplimiento e implementación de las órdenes dictadas en esta providencia. El documento deberá señalar, además, el estado de los derechos fundamentales de los usuarios de la entidad, de conformidad con las pautas trazadas en las providencias de medidas cautelares proferidas a partir del Auto 182 de 2013.

De otra parte, de conformidad con el documento generado por la Universidad de Los Andes denominado Estructura Organizacional V.5.0 (carpeta 16 expediente digitalizado), se presenta, por un lado, la revisión y el análisis de la estructura organizacional de Colpensiones, las funciones de cada unidad organizacional, las nomenclaturas de los cargos y la planta de personal de dicha entidad y del Instituto de Seguros Sociales. Luego, analiza la brecha que corresponde a las diferencias entre lo planteado en la Estructura Organizacional deseada y la existente actualmente. El estudio tiene por finalidad, plantear una propuesta de estructura organizacional para Colpensiones que le permita cumplir con los objetivos estratégicos y con su misión y visión.

El documento también, informa que el Instituto de Seguros Sociales contaba con una planta de personal constituida por trabajadores oficiales, contratistas y empleados públicos de 3.717 colaboradores, en siete niveles con 32 tipos de nomenclatura, entre tanto, la planta de personal de Colpensiones definida por el Decreto 4489 de 2009 y constaba de 91 cargos, la mayoría de ellos del nivel asesor.

Ahora, la Junta Directiva de Colpensiones en su sesión del 29 de junio de 2016, decidió someter a aprobación del Gobierno Nacional la modificación de la planta de personal de la Empresa, para ello presentó el correspondiente estudio técnico al Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con lo previsto en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del Decreto 019 de 2012 y los artículos 2.2.12.1 al 2.2.12.3 del Decreto 1083 de 2015, obteniendo concepto técnico favorable. En consecuencia, mediante Decreto 310 de

2017 se fijó en dos 2.491, el número de trabajadores oficiales, al servicio de la Administradora Colombiana de Pensiones. Importa destacar que este decreto entró en vigencia a partir del 24 de febrero de 2007.

Las consideraciones hasta aquí expuestas, conducen a la Sala a concluir que:

- i)** La contratación de la demandante tuvo por objeto atender el aumento de la producción generado a partir de las medidas temporales ordenadas por la Corte Constitucional en virtud del represamiento de solicitudes de reconocimiento pensional que dejó la administración del régimen de prima media con prestación definida, llevada a cabo por el extinto ISS;
- ii)** Colpensiones no contaba con la planta de personal suficiente para atender los requerimientos, trámites y peticiones que pasaron del Instituto de Seguros Sociales y las que le fueron presentadas directamente.
- iii)** Una vez superado el estado de cosas inconstitucionales, Colpensiones, con la reducida planta de personal que fue creada, no estaba en capacidad de responder en los términos de celeridad ordenados por la corte constitucional
- iv)** La entidad solamente modificó su planta de personal a través de Decreto 310 de 2017.
- v)** La actora ejecutó labores relacionadas con el proceso de reconstrucción de historias laborales;
- vi)** Tanto Activos S.A. como Coltempora S.A. y Misión Temporal, eran quienes efectuaban los pagos de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social a la demandante en cada uno de los contratos que se suscribieron entre las partes, pues así fue aceptado incluso en el recurso y en todo caso demostrado con los instrumentos obrantes en el expediente.
- vii)** La promotora del juicio laboró por término inferior al plazo máximo de duración dispuesto en las normas que regulan la materia, como se ve a continuación:

Empresa empleadora	Fecha ingreso	Fecha retiro	Duración

Activos S.A.	19/06/2014	25/06/2014	6
Coltempora S.A.	26/06/20014	10/12/2014	167
Coltempora S.A.	11/12/2014	31/03/2015	110
Activos S.A.	01/04/2015	30/01/2016	304
Activos S.A.	01/02/2016	31/01/2017	304
Misión Temporal	01/02/2017	31/01/2018	3364

- viii)** Aunque Colpensiones, suscribió diferentes contratos de suministro de trabajadores en misión que en apariencia tenían el mismo objeto contractual, no se puede perder de vista dicha provisión de personal atendía a factores relacionados con el perfil, calidades, dependencias y ciudades donde se requirieran los servicios;
- ix)** No probó la parte actora que durante la ejecución de los referidos convenios, las condiciones antes mencionadas se hayan requerido de manera igual para cada uno de ellos, pues conforme a lo consignado en la demandante se desempeñó atendiendo diferentes tipos de trámites todos relacionados con la reconstrucción de historia laboral en horarios y turnos distintos.
- x)** La relación laboral con la última de las temporales finalizó en fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 310 de 2017, mediante el cual se amplió la planta de personal de la entidad y pudo asumir la respuesta oportuna de los trámites y peticiones a su cargo.

En consecuencia, las funciones ejecutadas por la demandante durante 3 años 7 meses y 12 días, pueden ser clasificadas como ocasionales, accidentales o transitorias, pues está plenamente demostrado que durante todo se periodo Colpensiones la vinculó para atender el incremento de la prestación del servicio originado en las órdenes impartidas por la Corte Constitucional para hacer frente al atraso que tenía el extinto Instituto de Seguros Sociales y para mantener una oportunidad de respuesta de Colpensiones que respetara los derechos de los usuarios y afiliados y que requería aumentar en forma temporal su

fuerza de trabajo para atender el aumento de las variables operativas y administrativas.

Así las cosas, ante un caso *sui generis* como el que nos ocupa aunque la demandante haya prestado servicios en el periodo señalado, ejecutando funciones misionales, no puede concluirse que la entidad incumplió la ley, debido a las especialísimas circunstancias que rodearon la contratación de la promotora del juicio.

El hecho que la actora no haya sido contratada con posterioridad al aumento de planta de personal de la entidad denota que Colpensiones, no buscaba tercerizar o desnaturalizar relaciones laborales y que una vez contó con la fuerza laboral correspondiente cesó la contratación a través de empresas de servicios temporales, que por demás decirlo fueron cumplidoras de sus deberes como verdaderos empleadores, por tanto, no es cierto como se argumenta en la apelación que se estén vulnerando los derechos laborales de la accionante y en este entendido tampoco hay lugar a reconocer indemnización por despido injustificado, pues el contrato terminó porque la labor contratada llegó a su fin y en todo caso no fue demandada la empresa de servicios temporales, verdadera empleadora para la época.

Es oportuno precisar que aunque la demandante aspira se le reconozcan acreencias laborales en consideración al salario que devengaba un trabajador de planta, empero ello no es posible como quiera que fue contratada para desempeñar el cargo de analista y este no estaba previsto en la planta de personal dispuesto en el Decreto 4489 de 2009.

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia analizada, por cuanto no es viable establecer la existencia de un contrato realidad con Colpensiones tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

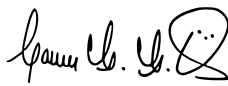
En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada