



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

que el bono pensional a que haya lugar, costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad el 23 de septiembre de 2002 por intermedio de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., efectuando posteriormente un traslado horizontal ante PORVENIR S.A. el 22 de agosto de 2003.

Que los asesores de la época no le brindaron una información completa, clara y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en especial a que no se le efectuó un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, siendo responsabilidad de las AFP quienes deben probar el suministro de una debida información.

Refirió que nació el 18 de julio de 1959, al igual haciendo un comparativo pensional dentro de ambos regímenes pensionales, es más favorable su prestación dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda manifestando que en lo que concierne a la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo.

De otra parte, adujo que el formulario de afiliación suscrito por la actora fue libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Que dicha manifestación estuvo libre de presión y de engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

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, innominada o genérica, 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 y la de 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.

PORVENIR S.A. indicó que la afiliación realizada por la demandante ante sus dependencias fue con ocasión de una decisión libre e informada, luego de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad e indicación respecto de sus condiciones pensionales como da cuenta el correspondiente formulario de afiliación en los términos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES contestó la demanda exponiendo que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que a la demandante se le hizo incurrir en error ante la falta del deber de información por parte de las AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento tal como el error, la fuerza o el dolo, al igual que no se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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, caducidad, inexistencia de causal de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Asimismo, se pone de presente que el proceso de la referencia inicialmente fue repartido al Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, el cual se remitió al Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá con ocasión del Acuerdo CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020 emanado por el Consejo Superior de la Judicatura.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de noviembre de 2022, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que **FLOR ANGELA BEJARANO FLAUTERO** efectuó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de **la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos a que hubiere lugar. De igual modo, las citadas AFP’S deberán devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. 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: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que acepte a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que conforme lo ha venido exponiendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de tiempo atrás, es obligación de los fondos de pensiones suministrar la debida información a sus potenciales afiliados desde el momento en que se efectúa un traslado o cambio del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, en el entendido que permita un traslado libre y voluntario, en tanto, tal actuar puede trazar el futuro pensional del afiliado, y de no darse tales presupuestos se configura la ineficacia del traslado a la luz de lo estatuido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por tal razón, concluyó que las AFP aquí demandadas no demostraron el deber de información y buen consejo para con la demandante, carga probatoria que por demás se encuentra reglado en el artículo 167 del C.G.P., máxime si se tiene en cuenta que la demandante no confesó haber recibido información pormenorizada sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, pues el simple formulario de afiliación no logra probar la debida información.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Indicó en su alzada que la demandante a la fecha de solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, contaba con 58 años de edad, por lo que se encontraba inmersa dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 100 de 1993.

De otra parte, argumentó que debe tenerse en cuenta que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y la información de vicios del consentimiento del traslado suscrito en el año 2002 goza de validez, en la medida de que no se encuentra probada ninguna situación en los términos del artículo 1508 del Código Civil referente a los vicios del consentimiento.

De otro lado, refirió que si bien no se desconoce el precedente jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

cierto es que en las leyes que fueron expedidas desde el año 1993 hasta el año 2014, no se disponía información que consignar por escrito, sino únicamente el formulario de afiliación, al igual que se desconoce la teoría de los actos de relacionamiento a razón del traslado horizontal que tuvo dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

A su vez, manifestó que de proceder la ineficacia del traslado tal situación iría en contravía del principio constitucional de sostenibilidad financiera, adicional a que, en caso de prosperar la condena de primer grado los emolumentos allí ordenados deberán retornar a sus dependencias de manera indexada, puntualizando también que no debe prosperar la condena en costas.

Por último, solicita la autorización para reclamar respecto de las AFP los perjuicios ocasionados con ocasión a la ineficacia del traslado.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, o si se trasladó de manera horizontal, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportaron los formularios de afiliación que suscribiera la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. los días 23 de septiembre de 2002 y 22 de agosto de 2003 respectivamente (Fls. 27 y 62 – PDS CONTESTACIONES PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.), formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso, señaló en todo momento que el asesor de entonces lo único que le refirió era que el ISS se extinguiría, sin recibir asesoría pormenorizada acerca de las características de ambos regímenes pensionales, incluso en lo que respecta al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se le brindó información sobre la edad para pensionarse, los rendimientos financieros o intereses, la contingencia a pago de herederos, aportes voluntarios, entre otros aspectos.

Así las cosas, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es evidente la carencia probatoria tanto de PROTECCIÓN S.A. como PORVENIR S.A., última AFP donde se encuentra afiliada la actora en la actualidad, para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
----------------------------	--	--



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2002, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”* contrario a lo sostenido por COLPENSIONES en su apelación.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia a declarar la ineficacia del traslado, dado que ambas AFP no probaron el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración recurridos por PORVENIR S.A., AFP donde en la actualidad se encuentra vinculada la demandante, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera alegada por COLPENSIONES en la alzada, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

De otra parte, no es dable realizar consideración alguna frente a la pretensión esgrimida en la alzada de COLPENSIONES de condenar a las AFP a repararla por perjuicios, en tanto no fue objeto del debate judicial.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas, pues resulta evidente que dicha encartada fue vencida en juicio. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.
SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 1º de noviembre de 2022 por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**. La citada AFP también deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada **PROTECCIÓN S.A.**, frente a la devolución a **COLPENSIONES** de los gastos de administración indexados de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2020 00064 01**
Demandante: JORGE ARMANDO GARZÓN RODRÍGUEZ
Demandado: HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor JORGE ARMANDO GARZÓN RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO, a fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 16 de marzo de 2017, el cual finalizó por parte del encartado de manera unilateral y sin justa causa, al igual que se declare que el salario inicial devengado ascendió a la suma de \$1.200.000 más el auxilio de transporte y, su salario final arribó al valor de \$1.284.000 más el auxilio de transporte.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se declare que durante la relación laboral el demandado no efectuó aportes al sistema de seguridad social, como tampoco las cesantías para la anualidad de 2016, ni realizó al momento del finiquito pago alguno por concepto de liquidación de prestaciones sociales.

Con ocasión de lo anterior, se condene al señor HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO al reconocimiento y pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y aportes al sistema de seguridad social sobre el interregno pretendido como relación laboral, sanción por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria en los términos del artículo 65 de la misma disposición normativa, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo según los apremios del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 22 de agosto de 2016 se vinculó mediante contrato verbal a término indefinido con el demandado señor HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO, con la finalidad de desempeñar el cargo de Jefe de Operaciones en el Departamento de Operación y Logística, siendo retribuido inicialmente con un salario de \$1.200.000.

Que la jornada laboral era de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 5:30 p.m. y sábados de 7:30 a.m. a 1:00 p.m., al igual que las funciones a desempeñar giraban en torno a la coordinación del personal de producción, apoyar los procesos de compras, comercial y realizar visitas a las obras, recibiendo órdenes según directrices y lineamientos del demandado.

Seguidamente, relató que el 16 de marzo de 2017 el demandado de manera verbal, unilateral y sin justa causa dio por terminado el vínculo contractual, y que al momento del finiquito el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.284.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asentó que el demandado no lo afilió al sistema de seguridad social, no le consignó al correspondiente fondo las cesantías del año 2016, así como que a la terminación del contrato de trabajo no le canceló liquidación final de prestaciones sociales ni vacaciones.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

El demandado señor HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO contestó la demanda arguyendo que el demandante se vinculó el 22 de agosto de 2016 a través de un contrato verbal de carácter civil, con la finalidad de desempeñar la actividad de Ayudante, indicando también que el monto pactado inicialmente por su servicio ascendió a la suma de \$1.200.000, pero sin ser salario, aunado a que era el propio actor quien manejaba su tiempo conforme a trabajos que iban llegando al negocio, sin que le fuesen impartidas órdenes directas ya que no existían directrices o reglamentos como lo alude el demandante. De otra parte, refirió que el demandante era el encargado de pagar su seguridad social.

Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y la denominada inexistencia de la obligación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de agosto de 2022 declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 16 de marzo de 2017, el cual finalizó por despido sin justa causa por parte del demandado.

Por consiguiente, condenó al demandado señor HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO al pago de auxilio de cesantías en la suma de \$746.460, intereses a las cesantías \$26.999, prima de servicios \$746.460, vacaciones \$365.583, sanción



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

por despido sin justa causa \$1.240.000, indemnización moratoria a partir del 17 de marzo de 2017 y hasta que se efectúe el pago de las prestaciones adeudadas calculado sobre el valor de tales prestaciones, y al pago de aportes pensionales al fondo de pensiones donde se encuentre afiliado el demandante o, el que este escoja, por el tiempo de duración del contrato de trabajo teniendo como IBC para el año 2016 la suma de \$1.200.000 y para el año 2017 \$1.284.000, conforme la cuenta que expida el fondo de pensiones por el pago de cotizaciones y la mora correspondiente.

Asimismo, absolvió de las demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado y condenó a este último al pago de costas procesales por valor de medio S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que el derecho laboral es de imperativo cumplimiento según en los artículos 13 y 14 del C.S.T. A su vez refirió que el artículo 53 de la Constitución Política regula el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, lo que se acompasa con el artículo 23 del C.S.T., que regula los elementos esenciales del contrato de trabajo como lo es la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y el salario como retribución del servicio, junto con la presunción del vínculo contractual del artículo 24 de la misma disposición normativa, al igual que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que es deber de la parte demandante acreditar la prestación personal del servicio y al demandado derruir el elemento subordinante.

Seguidamente, expuso que para el caso de marras del caudal probatorio acreditado al plenario el demandante logró demostrar la prestación personal del servicio puesto que incluso así lo indicó el mismo demandado en el interrogatorio de parte rendido, así como que refirió que en lo que respecta a los extremos de dicha prestación, la misma quedó acreditada de una certificación que se expidiera a favor del actor que demuestra una prestación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

del servicio por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 16 de marzo de 2017.

Que en igual sentido se aceptó desde la contestación de demanda la existencia de un vínculo a partir del 22 de agosto de 2016, donde también se aceptó que el pago inicial era de \$1.200.000, tópico que sopesa más aún la certificación laboral que aportara el demandante. A su vez, decidió que atendiendo el mismo derrotero el demandado tampoco logró derruir el elemento subordinante; circunstancia por la cual, declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo bajo la égida de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Por tal razón, continuó a analizar las condenas perseguidas dentro del *petitum*, por lo que inicialmente concluyó que en lo respecta al salario, para la anualidad 2016 lo fue por valor mensual de \$1.200.000 y en el año 2017 ascendió a \$1.284.000, en tanto, el primer monto enunciado fue aceptado por el demandado y confesado por el actor, mientras que el segundo lo advierte la certificación laboral emitida por el empleador.

Frente a la pretensión atinente a la indemnización por despido sin justa causa regulada en el artículo 64 del C.S.T., adujo que en lo que respecta a los contratos de trabajo a término indefinido, el finiquito injusto logró ser probado, como quiera que fue el demandado quien confesó en el interrogatorio de parte rendido que finalizó el contrato de trabajo del actor ante una presunta difícil situación económica, escenario que al tenor de las disposiciones emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no puede constituirse como justa causa en favor del demandado.

Asimismo, definió que el demandado debía acudir al fondo de pensiones donde se encontraba afiliado el demandante con la finalidad de efectuar las cotizaciones durante todo el tiempo laborado con los salarios base determinados para las anualidades 2016 y 2017 respectivamente por concepto de IBC.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En lo que atañe a la sanción por la no consignación de las cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización por el no pago oportuno de prestaciones al tenor del artículo 65 del C.S.T., relató que conforme los postulados del órgano de cierre, el empleador no demostró buena fe en sus actuas que conllevaran a absolver estas pretensiones, pues ni siquiera se aportó prueba documental que probara la presunta buena fe, por lo que impuso condena sobre estos tópicos.

Por ello, frente a la sanción por la falta de consignación de cesantías, refirió que la sanción por las cesantías del año 2016 corrió desde el 15 de febrero de 2017 y hasta el 16 de marzo de 2017 cuando finalizó el contrato de trabajo.

Respecto de la indemnización del artículo 65 del C.S.T., expuso que la demanda fue presentada después de los 24 meses de haber finalizado la relación laboral, por lo que dispuso imponer condena sobre este concepto a razón de intereses moratorios a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera a partir del 17 de marzo de 2017 y generados por los valores de prestaciones sociales dejadas de cancelar, hasta la fecha en que se realice el correspondiente pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que existen requisitos mínimos sustanciales que demuestran que lo que existió entre las partes fue un contrato civil mas no un contrato laboral, pues dentro del plenario obran pruebas que demuestran que el demandante trabajaba en la ciudad de Barranquilla en el mes de enero, febrero, mayo y abril de 2017, desvirtuándose así el contrato determinado por el *a-quo*.

Que también quedó acreditado que la actividad desarrollada por el demandado era de manera esporádica, adicional a que existió buena fe, más aún si no se probó un horario de trabajo ni subordinación alguna, puesto que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la certificación laboral expedida por un tercero no puede valorarse para la configuración de una relación laboral.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado, en atención de los planteamientos esbozados en el recurso interpuesto por la parte demandada, la Sala deberá auscultar en primer lugar si entre las partes se configuró un verdadero contrato de trabajo atendiendo la primacía de la realidad sobre las formalidades en los términos del artículo 53 constitucional, en concordancia con lo regulado en el C.S.T.

De prosperar lo anterior, la Sala deberá abordar como análisis subsiguiente si es procedente el pago de las condenas impuestas por concepto de indemnización moratoria en los términos del artículo 65 del C.S.T., así como la sanción por la no consignación de las cesantías según el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que las demás condenas impuestas no fueron motivo de argumento en la alzada.

c. Del caso en concreto:

Previo a abordar los planteamientos jurídicos precedidos, pone de presente la Sala que según da cuenta el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, el demandado es el propietario del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

establecimiento de comercio DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH (Fls. 86 a 88 – PDF 01 – PROCESO DIGITAL).

Ahora bien, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al presunto empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1439-2021, Radicación No. 72624 del 14 de abril de 2021, en lo que atañe al elemento subordinante determinó como pilar fundamental de dicho elemento lo siguiente:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“1.1. La subordinación: clave de bóveda en la determinación de una relación de trabajo subordinada

“Bien tiene sentado la Corte que la subordinación es el elemento diferenciador entre una relación laboral y una civil o comercial (SL2885-2019). En efecto, tanto en contratos comerciales como en laborales, pueden estar presentes la prestación personal del servicio y la remuneración, por tanto, la dependencia es el factor que marca la diferencia entre uno y otro.

“La subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, en los términos del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, «faculta a éste [sic] para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».

“La doctrina ha subrayado que la subordinación es la causa del contrato de trabajo, pues el empleador busca a través de este reservarse la facultad de dirigir y controlar la fuerza laboral, conforme sea necesario para el logro de sus objetivos empresariales. La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado también como causa del contrato de trabajo la facultad del empleador de disponer de la capacidad de trabajo según sus necesidades organizativas. Por ejemplo, en la sentencia CSJ SL4479-2020 la Corte refirió:

“No debe olvidarse que una de las razones principales por las que los empleadores vinculan trabajadores a su servicio es para reservarse el derecho de controlar y dirigir la labor de sus empleados.

“A diferencia de otros contratos no laborales en los que el objeto es un resultado -entrega de un bien o un servicio- y, por tanto, se procura fijar las condiciones para el logro de esa meta, en el contrato de trabajo el empleador procura ejercer un control sobre la actividad del trabajador o sobre su comportamiento, para adecuarlo al logro de sus fines empresariales. Por este motivo, la ley lo autoriza para dirigir, vigilar y sancionar su conducta, mientras que, en los ordenamientos civiles o comerciales, la ley faculta a las partes con acciones o penalidades encaminadas a garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

“De esta forma, la subordinación, elemento central del contrato de trabajo, recae sobre la actividad del trabajador como tal. Y tiene como contracara o reverso, el poder de dirección y control del empleador sobre ese comportamiento. Dicho de otro modo: poder de organización, dirección y control y deber de subordinarse son dos caras de una misma moneda. Por ello, examinar esas dos dimensiones de la relación jurídica para formarse una imagen completa de la realidad fáctica, puede arrojar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

bastante claridad en los casos ambiguos o de relaciones laborales encubiertas.”

Así las cosas, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandado señor HARVEY HORACIO CASTILLO TIRADO, quien manifestó que es Tecnólogo en Ingeniería, así como que se dedica a un negocio concerniente a una fábrica de ventanas y puertas en aluminio. Que conoció al demandante a través de una red social por la que hablaron aproximadamente en el año 2016, ello con la finalidad de planear la creación de una empresa.

Que en ningún momento existió una vinculación con el demandante, sino que lo acordado fue una ayuda mutua consistente en una colaboración administrativa atinente al desarrollo de documentación y, con ocasión de ello le eran pagados honorarios, sin recordar la fecha exacta en que inició esa colaboración.

No tiene conocimiento si al demandante le fueron suministradas prendas del negocio o carné, como quiera que no permanecía tiempo completo dentro de su actividad comercial. Expuso que el demandante tenía acceso directo a información confidencial del negocio, ya que lo acordado era que el actor desarrollara una organización de control, consistente incluso en la creación de departamentos, ya que el establecimiento de comercio era un taller que se pretendía convertir en una empresa, tanto así que el actor creó un correo corporativo y una serie de procedimientos.

Que con el demandante nunca se acordó una jornada laboral, ya que desarrollaba su actividad según el tiempo que estipulara, sin que el demandante se le hubiese autorizado a desarrollar actuaries dentro del negocio como subordinar a las demás personas, precisando también que no tuvo inconvenientes con el actor.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Refirió que el motivo que conllevó a que el demandante dejara de asistirlo administrativamente ocurrió por cuanto su taller era muy pequeño y no tuvo solvencia económica para continuar cancelándole al actor sus honorarios, lo que ocurrió en el mes de marzo del año 2017, por lo que no podía seguirlo ocupando. Preciso que el negocio no siguió funcionando y en la actualidad trabaja al servicio de una empresa.

Relató que el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ era un colaborador en su momento, y fue la persona que expidió la certificación laboral al demandante con la finalidad de que lograra ubicarse laboralmente. Expuso que los pagos realizados al demandante eran de manera quincenal y mensual, pago que se le realizaba siempre que se le requería, siendo enfático en que el valor mensual ascendía a \$1.200.000.

El demandante expuso en el interrogatorio de parte rendido que es Tecnólogo en Mantenimiento Mecánico Industrial e Ingeniero Industrial. Que inicialmente distinguió al demandado en el mes de agosto de 2016 mediante una publicación de una oferta laboral en la plataforma OLX, por lo que se contactaron vía chat toda vez que el demandado estaba buscando un administrador de empresas para su negocio DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH, y a pesar de que era Ingeniero Industrial se postuló al cargo, de allí que concretaran una cita.

Que en la cita se acordó que suscribiría con el demandado un contrato de trabajo y unos honorarios por valor de \$1.200.000, junto con el pago de todas las prestaciones sociales, por lo que el 22 de agosto de 2016 se dio inicio al vínculo contractual, cumpliendo jornadas establecidas por ley, reiterando que no existió contrato por escrito por cuanto se había acordado un contrato civil de carácter verbal.

Que si bien milita una certificación que evidencia su afiliación por intermedio de una empresa llamada RED SISTEM, esa situación ocurrió debido a que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

inicialmente el demandado no lo afilió a salud, pero en razón a que se enfermó fue por lo que lo afilió a través de la referida RED SISTEM.

Que cuando llevó a cabo la entrevista con el demandado, allí también se encontraba el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO, último quien es sobrino del demandado. Por tal razón, el demandado a inicios del año 2017 reunió a los empleados del negocio, manifestando que el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO sería el nuevo encargado del negocio, sumado a que el señor BRAYAN CAMILO fue nombrado como el jefe de Recursos Humanos, de ahí que fuera quien le expidiera una certificación laboral.

Que el salario pactado ascendía a la suma de \$1.200.000 mensuales, y a partir del 1º de enero de 2017 se incrementó a \$1.284.000. Que su función consistió en organizar administrativamente toda la empresa, lo cual llevaba a cabo en jornada de tiempo completo, se encargaba de los operarios y contratistas, visitaba obras, entre otras funciones. Refirió que comercialmente la razón social del demandado se denomina NEGOCIOS Y ESTRUCTURAS JH.

El testigo BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO indicó que estudió Filosofía y también es Técnico en Desarrollo de Software, así como que en la actualidad tiene una empresa de desarrollo de software siendo el Gerente General. Que conoce al demandante cuando él como declarante hacía las veces de Director de Operaciones en el negocio del demandado denominado DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH.

Que cuando él ingresó a DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH el demandante ya se encontraba laborando, y tiene entendido que la actividad del actor consistía en contextualizar el negocio del demandado en lo que atañe a los procesos de administración y documentación, pero no conoce qué tipo de relación existía entre el demandante y el demandado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que el lapso temporal en que coincidió con el demandante fue de aproximadamente ocho meses, ya que él como declarante inició actividades en DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH en el año 2016 y se retiró en el año 2018, exponiendo no estar seguro hasta cuando permaneció allí el demandante, pero cree que fue en el año 2017.

Refirió que es el sobrino en primer grado del demandado y expuso que la certificación laboral que expidió a nombre del actor fue a razón de una ayuda con la finalidad de que se pudiese ubicar laboralmente.

El testigo JUSERTH STEVEN CASTELLÓN LEÓN manifestó que es Tecnólogo en Contabilidad y conoció al demandante por cuanto en algún tiempo ayudó al demandado, más exactamente desde inicios del año 2016 hasta mediados del año 2018.

Que en algunas ocasiones vio llegar al demandante al negocio del demandado, pero no sabe qué tipo de relación tenían las partes, precisando que algunas veces vio al actor diligenciando unos formatos.

Que él como declarante trabajaba en la parte operativa del negocio del demandado, como eran las compras de materiales que se necesitaran. No sabe si el demandante suscribió algún contrato con el demandado, sin tener conocimiento el actor cuándo ingresó ni cuando se retiró. Refirió que él no cumplía un horario fijo y dependía del trabajo que hubiese en el momento.

Bajo este escenario, de entrada advierte la Sala que, como lo determinó el *a-quo*, el demandante logró acreditar para el caso de marras la prestación personal del servicio, en tanto, fue el mismo demandado quien aceptó tal circunstancia desde la contestación de la demanda e incluso con el interrogatorio de parte rendido, en el que se refirió que la actividad desarrollada por el actor fue bajo la égida de un contrato de prestación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

servicios, así como que como retribución se le pagaban concepto de honorarios.

Ahora bien, en lo que respecta al elemento subordinante, carga que debía ser desvirtuada por el demandado en atención a los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, e incluso al tenor de lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., el mismo no logró ser derruido.

Lo anterior, como quiera que dentro del plenario milita una certificación emitida por el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO en representación del establecimiento de comercio del demandado denominado DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH, persona quien fue testigo dentro del trámite procesal, documental que fue expedida el 4 de marzo de 2017 en la que se consignó lo siguiente (Fl. 31 – PDF 01 – PROCESO DIGITAL):

***“EL DIRECTOR D GESTIÓN Y HUMANA DE DISEÑOS & ESTRUCTURAS
JH***

CERTIFICA

Que el señor JORGE ARMANDO GARZÓN RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1012318545 de Bogotá D.C., laboró en DISEÑOS & ESTRUCTURAS JH desde agosto de 22 de 2016 hasta el 16 de marzo de 2017, desempeñando el cargo de Jefe de Operaciones en el departamento de Producción y Logística, con un contrato a término indefinido y devengando un salario mensual de \$1.284.00 COP.

En tal sentido, puntualiza esta Colegiatura que si bien el demandado expuso dentro de su interrogatorio de parte que la certificación laboral la expidió el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO sin su autorización, al igual que este último expuso en el testimonio surtido que tal documento lo emitió con la finalidad de acreditarle al demandante para poderse vincular laboralmente, no puede perderse de vista que de una parte, la certificación en mención no fue refutada de falsedad y, de otra, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha trazado el marco de cómo debe analizarse en grado probatorio de



credibilidad de las certificaciones laborales, en sentencia SL4523-2019, Radicación No. 65837 del 23 de octubre de 2019 reseñó:

“En relación a la valoración de esta clase de documentos, la Corte se pronunció en sentencia CSJ SL 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en las sentencias CSJ SL, 23 sep. 2009 rad. 36748; CSJ SL, 24 ago. 2010 rad. 34393; CSJ SL, 30 abr. 2013 rad. 38666; CSJ SL17514-2017, SL2023-2018 y SL4794-2018, en la primera de las citadas la Sala puntualizó:

*“(…) El demandante en el interrogatorio de parte admitió que solicitó para diligencias particulares de él las constancias que le expediera el demandado sobre tiempo de servicios y salario, pero no dijo que su contenido fuera inexacto o contrario a la realidad que de ellas emerge. **El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral...**” (Subrayado por la Sala).*

Es así que de conformidad con lo estatuido en el análisis probatorio dispuesto en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala puede colegir que conforme lo dispuso el *a-quo*, la certificación laboral objeto de análisis goza de pleno valor probatorio, máxime si se tiene en cuenta que fue expedida por una persona que tenía vínculos con el establecimiento de comercio del demandado denominado DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH como lo era el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO, persona quien por demás es sobrino del demandado, de allí que la Sala le asigne plena prueba para la configuración de una verdadera relación laboral al tenor de la primacía de la realidad sobre las formalidades sobre los mismos interregnos de tiempo determinado por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

operador de instancia, esto es, el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 2016 y el 16 de marzo de 2017.

Además, debe tenerse en cuenta que el demandando no acreditó documental alguna de demostrara alguna contrariedad con la consigna proferida por el señor BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO dentro de la certificación laboral, adicional a que de las declaraciones del referido BRAYAN CAMILO ORTÍZ CASTILLO y JUSERTH STEVEN CASTELLÓN LEÓN, a juicio de la Sala resultaron testigos poco contestes a la realidad del asunto, como quiera que si bien manifestaron que conocieron al demandante porque en algunas ocasiones lo vieron en el establecimiento de comercio DISEÑOS Y ESTRUCTURAS JH, lo cierto es que no detallaron aspectos contrarios que evidenciaran a la Sala el contenido de la certificación laboral, situación que sopesa la declaratoria de una verdadera relación laboral.

De otra parte, es menester indicar que a pesar de que el demandado hubiese expuesto en el recurso de alzada que el propio demandante allegó una certificación que expidiera POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS el día 6 de diciembre de 2016 (Fl. 13- PDF 01 – PROCESO DIGITAL), donde se aprecia que el actor estuvo afiliado por intermedio del empleador denominado REDES SYSTEMS desde el mes de diciembre de 2017, tal aspecto no es óbice para determinar lo hasta aquí expuesto, en la medida que resulta palmario la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes de este juicio, la cual fue incluso sometida a acreditación por el encartado a través de la certificación laboral ya analizada, lo que conlleva a que este puntualísimo aspecto sea confirmado.

d. De las indemnizaciones por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales en los términos del artículo 65 del C.S.T., y la sanción por la no consignación de las cesantías reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para este tipo de indemnizaciones, el órgano de cierre ha contemplado que no operan de manera automática, ya que su imposición debe preceder del análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables, tal y como lo ha dicho nuestro máximo órgano de cierre, entre otras en sentencias, SL2958-2015, Radicación No. 4552 del 25 de febrero de 2015, SL8216-2016, Radicación No. 47048 del 18 de mayo de 2016, y más recientemente en la sentencia SL1682-2019, Radicación No. 40221 del 8 de mayo de 2019, SL1771-2021, Radicación No. 81466 del 12 de mayo de 2021, SL1229-2022, Radicación No. 85137 del 5 de abril de 2022, entre otras.

Bajo este escenario a juicio de la Sala no se constituyen situaciones que enroscen buena fe del encartado la para la absolución de estas sanciones; por el contrario, lo que se advierte es que el demandado no allegó soporte documental que acredite una debida diligencia en cuanto a la relación laboral ocurrida con el demandante, sumado a que el actor elevó derecho de petición el 5 de abril de 2017 solicitando información derivada del contrato de trabajo, sin que el demandado hubiese efectuado respuesta alguna, conductas que sopesan más aun la falta de buena fe regulada por la jurisprudencia a razón de una falta de atención (Fls. 14 a 15 y 17 a 24 y 38 a 43), lo que a su vez conlleva a que se confirme este aspecto con relación a la decisión de primer grado.

Igualmente, se pone de presente que al no haber existido por el demandado inconformidad en lo que respecta al monto dinerario de las condenas indemnizatorias determinadas en primer grado, la Sala no efectúa ningún pronunciamiento, quedando incólume lo allí decidido.

Es así como la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada toda vez que el recurso de alzada no gozó de prosperidad.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el el 17 de agosto de 2022 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada y a favor de la actora. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$500.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2019 00557 01**
Demandante: MAXIMINO UNIVIO CUERVO
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.199.648 y T.P. 187.952 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MAXIMINO UNIVIO CUERVO formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES con el fin que se declare que le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 003115 de 7 de febrero de 2004 por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a partir del 1º de marzo de 2003, bajo los supuestos normativos del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de



1990, asimismo, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, desde la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez, debidamente indexada más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene el pago del incremento pensional por cónyuge a cargo, desde la fecha en que le fue reconocida la pensión de vejez, con los reajustes de ley, debidamente indexada y con los intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que contrajo matrimonio por el rito católico el 28 de junio de 1969 con la señora HERMELINDA CESPEDES, vínculo que fuera debidamente registrado y en la actualidad se encuentra vigente. Además, refirió que convive con su cónyuge bajo el mismo techo desde dicha calenda, y que en esa unión se procrearon dos (2) hijas, que actualmente son mayores de edad.

De otro lado, expuso que su cónyuge depende económicamente de él, toda vez que siempre se dedicó a las labores del hogar y no cuenta con prestación pensional alguna, ni devenga salario o ingresos por actividad económica, ni posee bienes. Agregó que le fue reconocida pensión de vejez mediante la Resolución No. 003115 de 7 de febrero de 2004, por parte del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, de acuerdo a lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, al acreditar los requisitos del régimen de transición. Por último, sostuvo que radicó ante la encartada reclamación administrativa solicitando el reconocimiento de incremento pensional en comento. (Archivo 05).

Mediante auto adiado el 30 de julio de 2019, el Juzgado Cuarto Municipal de Pequeñas Causas Municipales de Bogotá, rechazó la demanda por falta de competencia en razón a la cuantía y dispuso enviar las diligencias a los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad. (Fl. 33 a 34 archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al corresponder por reparto, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito mediante proveído de 9 de septiembre de 2019, avoco conocimiento e inadmitió el libelo introductorio. Una vez subsanada, fue admitida la demanda por auto de 21 de octubre de 2019. (Fls. 41 archivo 01 y archivo 06).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES en su escrito de contestación se opuso a las pretensiones elevadas en su contra, argumentando que no es posible reconocer el incremento pensional por cónyuge a cargo, toda vez que los mismos fueron objeto de derogatoria orgánica a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, según se indicó en la sentencia SU-140 de 2019.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica. (Archivo 10).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de octubre del 2022, absolvió a la demandada y se abstuvo de emitir condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* trajo a colación los artículos 12 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia SU 140 de 2019. Seguidamente, adujo que de las premisas fácticas y normativas ya referidas, era diáfano concluir que los incrementos por persona a cargo fueron objeto de derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia; luego, al verificar la calenda en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

la que se había causado la pensión de vejez del actor, refirió que lo fue con posterioridad al 1º de abril de 1994, luego, era diáfano que no le asiste el derecho al incremento deprecado, por lo que absolvió a la enjuiciada de las pretensiones elevadas en su contra.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Al respecto, manifestó que tiene derecho a recibir el incremento pensional por cónyuge a cargo, dado que convive con ésta y depende económicamente de él, tal como lo establece en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del 1990, ya que le fue reconocida pensión de vejez bajo el amparo de tal supuesto normativo, a partir del 1º de marzo de 2003 por ser beneficiario del régimen de transición, por ende, es procedente el reconocimiento del incremento de acuerdo a la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad y la Corte Constitucional, más si se tiene en cuenta que es un derecho adquirido.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si el demandante tiene derecho al incremento pensional por cónyuge a cargo.

c. Sobre la vigencia de los incrementos pensionales por cónyuge e hijos a cargo, de que trata el Decreto 758 de 1990:

Respecto del incremento pensional por personas a cargo, de que trata el Acuerdo 049 de 1990, para las personas que fueron pensionadas en virtud del régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transición que contempla la Ley 100 de 1993, se tiene que inicialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, estableció en múltiples pronunciamientos que los mismos se encontraban vigentes.

Así podía colegirse que los aludidos incrementos mantenían su vigencia, no obstante, no haber sido incluidos de manera expresa en el régimen de prestaciones que contiene el actual sistema pensional, de ahí, que al no estar expresamente regulados se entendía que conservaban su pleno vigor, al menos frente a quienes se reconoce el derecho al amparo del Decreto 758 de 1990, bien sea directamente o en aplicación al régimen de transición, como en el presente caso.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en providencia SL4051-2018, Radicación No. 60955 del 18 de septiembre de 2018, señaló:

“Ha de indicarse el acierto que tuvo el juez de segundo grado al indicar que el incremento por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, mantuvo su vocación de permanencia aún para las pensiones que fueron otorgadas bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en aplicación de la transición prevista en su artículo 36. Lo anterior, toda vez que se encuentra ajustado a lo reiteradamente aducido por esta Corporación en su pacífica jurisprudencia, particularmente en providencias CSJ SL, 27 julio 2005, radicación 21517, CSJ SL, 5 diciembre 2007, radicación 29741 y CSJ SL, 10 agosto 2010, radicación 36345.

“Se precisa que dicho incremento no surge de manera automática por el simple hecho de que el pensionado se encuentre casado y tenga hijos menores de edad a su cargo. Por el contrario, para la procedencia en el aumento de 14% por concepto de cónyuge o compañera permanente, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 exige que se acredite la condición de dependencia económica de esta [...]”

Postura que además se mantuvo en la sentencia SL809-2020, Radicación No. 68868, del 10 de marzo de dos 2020, en la que estableció:

“Al respecto, como primera medida, cabe recordar, que esta Sala ha considerado y es su criterio actual, la procedencia o pertinencia de los incrementos previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, para quienes les fue reconocida la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del citado Acuerdo, aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por aplicación del régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

transición consagrado en el artículo 36 ibídem. Así, quedó establecido en sentencias CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517, CSJ SL, 5 dic. 2007, rad. 29741, reiterada en CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 36345

De modo tal, que era razonable afirmar que la extinción del derecho a incrementar la pensión en los porcentajes señalados en los artículo 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990, por personas a cargo, eran objeto de prescripción en la medida en que entre la fecha del reconocimiento pensional o del cumplimiento de los requisitos, y la reclamación administrativa hubiese transcurrido un término superior a los tres años previstos en los artículos 488 del C.S.T. o 151 del C.P.T. y de la S.S., aunado a que los incrementos a que aluden los artículos del citado Acuerdo, no forman parte integrante de la pensión por no gozar de los mismos atributos, por lo que podían prescribir si no se reclamaban en tiempo.

Postura que había sido sostenida invariablemente por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral desde la sentencia del 12 de diciembre de 2007, radicado 27.923, ratificada el 18 septiembre de 2012, en los radicados 40919 y 42.300 y en la sentencia del 23 de julio de 2014 radicado 57.367 y SL 2711 del 17 de julio de 2019.

De esta forma, y con fundamento en la doctrina probable emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, respecto a la vigencia de los incrementos pensionales por personas a cargo, es que esta Sala de Decisión se venía apartando de manera respetuosa de la sentencia SU-140 de 2019, a través de la cual la Corte Constitucional dictó la sentencia de reemplazo a la Sentencia SU-310 de 2017 que fuera anulada mediante Auto 320 de 2018; sin embargo, el máximo órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL 2061-2021 con Radicación No. 84054 de 19 de mayo de 2021, indicó sobre el particular:

“En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:

(...)

7. Conclusiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada.”

Bajo ese escenario, la Sala se acoge dicha interpretación del órgano de cierre de esta especialidad, el que por demás se acompasa con la sostenida por la Corte Constitucional, respecto a los incrementos pensionales por persona a cargo previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, que señalan que los mismos perdieron vigencia a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y solo tendrán derecho a aquellos, quienes se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994, por lo que esta Corporación pasa a analizar tal aspecto.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que por medio de la Resolución No. 003115 de 2004, se reconoció pensión de vejez al demandante por ser beneficiario del régimen de transición en cuanto reúne los requisitos previstos en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, como quiera que contaba con más de 40 años a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, resultándole aplicable el Acuerdo 049 de 1990, en la medida en que tal y como se indica en la precitada resolución acreditó un total de 1.007 semanas cotizadas; en lo referente a la fecha de reconocimiento de la pensión, lo fue a partir del 1º de marzo de 2003.

En virtud de lo anterior, en aplicación de la postura asumida recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que reseñó que los incrementos regulados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no se encuentran vigentes a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, por lo que solo tendrán derecho a aquellos que se pensionaron con anterioridad al 1º de abril de 1994; desprendiéndose así que en el caso de autos el demandante al ser pensionado a partir del 1º de marzo de 2003, según la Resolución No. 003115 de 2004 emitida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, no tiene derecho a los incrementos por personas a cargo, en atención a que la norma que los consagraba no se encontraba vigente para la fecha del reconocimiento pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de octubre del 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **19 2017 00778 01**
Demandante: TIBERIO CASTILLO ARDILA
Demandado: COLPENSIONES e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS
 MEXICO S.A.S.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada con cédula de ciudadanía 52.199.648 y T.P. 187.952 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor TIBERIO CASTILLO ARDILA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Lo anterior, con la finalidad de ordenársele a INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. que efectúe el pago con destino a COLPENSIONES de las cotizaciones dejadas de efectuar, previo cálculo actuarial que debe realizar la entidad para lo correspondiente, así como el pago de intereses moratorios en los términos preceptuados en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

Por consiguiente, se declare que es beneficiario del régimen de transición, por lo que se debe condenar a COLPENSIONES a que reconozca y pague la pensión de vejez a la que arguye tener derecho, junto con el pago de retroactivo pensional, indexación, intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que mediante Resolución No. 044116 del 27 de octubre de 2006, el entonces ISS le negó pensión de vejez bajo la égida del régimen de transición, lo que dio lugar a que se agotara la reclamación administrativa, entidad que tuvo como argumento para la negativa del derecho prestacional el hecho que tan solo acreditaba 469 semanas, de las cuales 179 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

Por otra parte, refirió que laboró al servicio de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. por el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1971 y el 14 de julio de 1974, tiempo que asciende a 3 años, 3 meses y 17 días, interregno que no fue cotizado para pensión por dicha demandada.

Adicionalmente, expuso que se reintegró nuevamente a laborar al servicio de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. por el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1976 y el 22 de diciembre de 1983, tiempo que asciende a 7 años, 11 meses y 19 días y respecto del cual la encartada tampoco efectuó aportes pensionales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que por tal razón, los periodos dejados de cotizar por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. ascienden a 585.81 semanas, lo que da lugar al derecho de la pensión de vejez deprecada.

Al unísono, indicó que nació el 15 de abril de 1938, cumpliendo 60 años de edad el mismo día y mes del año 1998, adicional a que, sumando la totalidad de semanas cotizadas incluyendo las del empleador INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S., acredita un total de 1.104.24 semanas, las cuales fueron cotizadas con anterioridad al 31 de diciembre de 2005.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, pues argumentó que debe tenerse en cuenta que es una sociedad diferente a la sociedad denominada INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A.

Seguidamente, expuso que debe apreciarse que como sociedad se encuentra constituida mediante Escritura Pública No. 5989 del 2 de diciembre de 1991 según da cuenta el certificado de existencia y representación legal, de allí que nunca se haya celebrado contrato de trabajo con el aquí demandante, ni mucho menos en los periodos de tiempo por él referidos dentro de los supuestos fácticos de la presente acción.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación de pagar aportes al sistema de seguridad social en pensiones y ausencia de derecho sustantivo.

Por su parte COLPENSIONES refirió en lo atinente al derecho pensional reclamado por el actor, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establece un régimen excepcional para aquellas personas que cumplan con ciertos requisitos de edad o tiempo de servicios, en el cual conservan después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 las prerrogativas legales del régimen anterior al que se encontraban afiliados, por lo que el demandante no cumple con la densidad de semanas para el otorgamiento de la pensión de vejez pretendida.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De otra parte, en lo que respecta a la presunta mora de aportes pensionales por parte INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S., expuso que en esos eventos como entidad no tiene ninguna responsabilidad.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, principio de buena fe, improcedencia de los intereses moratorios, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra, por lo que declaró probadas las excepciones denominadas ausencia del derecho sustantivo e inexistencia de la obligación de pagar aportes al sistema de seguridad social en pensiones propuestas por INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S., inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo debido impetradas por COLPENSIONES.

Para arribar a dicha conclusión, la operadora de instancia indicó en primer lugar que si bien los artículos 22 y 23 del C.S.T. regulan la esencia propia de la constitución de un contrato de trabajo, el artículo 24 de la misma disposición normativa determina que únicamente le corresponde a la parte demandante demostrar en principio la actividad personal del servicio, sin necesidad de exponer el elemento subordinante, como quiera que este último tópico le atañe probarlo a la parte demandada conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Seguidamente, refirió que atendiendo el material probatorio que reposa dentro del plenario, el demandante no logró acreditar la prestación personal del servicio con la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S., carga probatoria que le correspondía según lo preceptuado en el artículo 167 del C.G.P., puesto que en términos generales no se aportó prueba fehaciente que advirtiera esa situación.



Al unísono, refirió que según da cuenta el certificado de existencia y representación de la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S., es una sociedad comercial cuyo domicilio es la ciudad de Bogotá, constituida el 2 de diciembre de 1991, al igual que la parte demandante allegó documental que refiere una presunta relación laboral con una persona jurídica ajena a la aquí demandante, de allí que concluyera la absolución perseguida a razón de pagos de aportes pensionales, al no constituirse relación laboral alguna con la encartada.

En lo que atañe a la pensión de vejez perseguida por el demandante en calidad de beneficiario del régimen de transición, arguyó encontrarse acreditado al plenario que el demandante nació el 15 de abril de 1938, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 56 años de edad, adicional a que cotizó al extinto ISS desde el 12 de mayo de 1993, situaciones que lo harían en principio beneficiario de ese régimen transicional en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al cumplir con la edad allí requerida.

Sin embargo, no fue beneficiario del régimen de transición en tanto, al 1º de abril de 1994 tan solo contaba con 16.14 semana, sumado a que al 29 de julio de 2005 no acreditó 750 semanas al tenor del Acto Legislativo 01 de 2005. Adicionó que, si en gracia de discusión se estudiara la prestación bajo la égida del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el demandante tampoco reúne 1000 semanas en cualquier tiempo, ni las 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que llama la atención el hecho que la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S. ostenta el mismo nombre de la sociedad INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A., sumado a que en ambas funge el mismo representante legal y otros miembros de la junta directiva, de ahí que deba operar el contrato de trabajo respecto de la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO S.A.S.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Que si bien es cierto existió un error en la demanda frente a la individualización de la demandada, se tenía la certeza de que se estaba instaurando ante el mismo empleador.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala como problema jurídico principal deberá auscultar si entre el aquí demandante señor TIBERIO CASTILLO ARDILA y la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., existió contrato de trabajo, ello con el fin de determinar los presuntos aportes adeudados por esta demandada por el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 1971 y el 14 de julio de 1974, así como el comprendido entre el 3 de enero de 1976 y el 22 de diciembre de 1983.

De gozar con vocación de prosperidad la situación que procede, la Colegiatura entrará a analizar la pensión de vejez perseguida por el demandante.

c. Del caso en concreto:

En tratándose de la configuración del contrato de trabajo, es menester acotar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al próximo empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, según sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, SL2240-2022, Radicación No. 88672 del 28 de junio de 2022, SL2186-2022, Radicación No. 89890 del 29 de junio de 2022, SL2189-2022, Radicación No. 90418 del 29 de junio de 2022, entre otras.

Bajo este escenario, en el transcurrir del trámite procesal se practicó el interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que en la actualidad no labora y que no se encuentra pensionado.

Refirió que laboró al servicio de INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A. que es una multinacional, en el área de minería ya que su actividad consistía en el mantenimiento de motores eléctricos, al igual que se encuentra domiciliado en la ciudad de Bogotá hace aproximadamente 40 años, sin que dicha empresa le hubiese efectuado aportes pensionales por cuanto para la época no existía cobertura por parte del ISS.

De otro lado, la parte demandante allegó como pruebas documentales dos cartas proferidas por una sociedad ajena a la aquí demandada denominada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A., enmarcándose allí también dicha sociedad como ICA, donde en términos generales se le precisa al actor no existir soportes suficientes de pago de aportes pensionales sobre los extremos que persigue en este proceso, al igual que para dicha calenda no existía cobertura por



parte del ISS en lo que atañe al pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones (Fls. 11 a 13 – PDF 04 – ANEXOS DEMANDA – JUZGADO DE ORIGEN).

Igualmente, milita una comunicación expedida por el antiguo ISS el 25 de septiembre de 2007 en la que se le indica al demandante que en lo que respecta a los pagos adeudados por la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., demandada en este proceso, no aparecía aporte alguno, al igual que obra documento proferido por persona jurídica ajena a la pasiva el 10 de julio de 1974, más exactamente el sujeto jurídico INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS DE MÉXICO S.A.S., donde se relató acerca de una finalización del contrato de trabajo del actor para dicha data (Fls. 22 a 23 – PDF 04 – ANEXOS DEMANDA – JUZGADO DE ORIGEN).

Así las cosas, como lo concluyó la operadora de instancia, el demandante no logró demostrar el elemento atinente a la prestación personal del servicio con la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., en tanto, del caudal probatorio referenciado en precedencia, demuestra que la aquí encartada no es la misma persona jurídica que INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A.

Esto se acompasa con el hecho que confrontado el certificado de existencia y representación legal de la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. (Fls. 1 a 7 – PDF 04 – ANEXOS DEMANDA – JUZGADO DE ORIGEN), se aprecia que la misma fue constituida mediante Escritura Pública No. 5.989 el 2 de diciembre de 1991 expedida por la Notaría Séptima de Bogotá, e inscrita el 30 de enero de 1992; circunstancia por la cual, palmario resulta que para la fecha en que el actor ostentó contrato de trabajo con esta, no existía.

Aunado a ello, no puede perderse de vista que los aspectos hasta aquí expuestos, guardan plena congruencia con lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte rendido, pues fue claro en exponer que tuvo una presunta relación laboral con la persona jurídica denominada INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A.

En tal sentido, contrario a lo expuesto por la parte accionante en su alzada, en el sentido de indicar que la persona jurídica INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS



S.A. es similar a la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., incluso teniendo algún parecido en los socios que conforma cada sociedad, tal aspecto no es suficiente para estimar una relación laboral con la aquí encartada. Ello por cuanto confrontados los certificados de existencia y representación de ambas compañías, se aprecia que ambas surgieron a la vida jurídica en fechas distintas, tanto así que la demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. como ya se indicó, se constituyó en el año de 1991, lo que claramente evidencia que no existía para las anualidades alegadas por el actor en su *petitum*.

Adicionalmente, la compañía INGENIEROS CIVILES Y ASOCIADOS S.A. ni si quiera fue llamada a este juicio, lo que impide que la Sala efectúe alguna valoración o reproche sobre esta sociedad.

Lo hasta aquí expuesto, conduce a que deba confirmarse el aspecto de que no es procedente declarar alguna relación laboral del demandante para con INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., lo que impida el reconocimiento de los pagos de aportes pensionales perseguidos.

Bajo este escenario, también se puede concluir que el demandante no es merecedor de la pensión de vejez alegada, máxime si se tiene en cuenta que confrontada la historia laboral aportada por COLPENSIONES con fecha de actualización el 25 de abril de 2022 y la copia de su cédula de ciudadanía, nació el 15 de abril de 1938, lo que en principio lo haría beneficiario del régimen de transición en los términos de la Ley 100 de 1993, como quiera que al 1º de abril de 1994 contaba con 55 años de edad.

Sin embargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, si bien el actor cumplió 60 años de edad el 15 de abril de 1998, no cuenta con el número de semanas para la prestación perseguida, pues de una parte no cuenta con 1000 semanas y de otra, no ostenta 500 semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad exigida para pensión, ya que entre el 15 de abril de 1978 y el 15 de abril de 1998 acreditó 180.15 semanas. Tampoco acredita requisitos de prerrogativas anteriores al Decreto 758 de 1990, tales como la Ley 71 de 1988 o Ley 33 de 1985, ya que en principio no acredita 20 años



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

de servicios; circunstancia por la cual, la decisión de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en las consideraciones de la presente decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

La señora NURY ZABALA PRIETO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., por no haber cumplido con su deber de buen consejo; asimismo, se declare que PORVENIR S.A. no cumplió con su deber de información y que debe estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Consecuencialmente, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes que cotizó al régimen de ahorro individual con solidaridad y a esta última entidad a aceptar dichos rubros y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 23 de mayo de 1990. Finalmente, pretende se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES el 23 de mayo de 1990, régimen en el que alcanzó un total de 54.29 semanas cotizadas en pensiones; que posteriormente, en mayo de 1994 se afilió a ING hoy PROTECCIÓN S.A. y en la se encuentra afiliada a PORVENIR S.A.

Sostuvo que el asesor de PROTECCIÓN S.A. no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, como tampoco elaboró una proyección de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Enfatizó que el asesor dijo que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se acabaría, empero, que en el régimen que administra se podía pensionar a cualquier edad, sin explicar la afectación que ello implicaría sobre su mesada y el bono pensional, en si no le informó sobre las desventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, por ende, con esa información sesgada suscribió el formulario de vinculación a ese fondo.

Seguidamente, refirió que cumplió la edad de 47 años el 20 de julio de 2012, calenda para la cual ya estaba afiliada a PORVENIR S.A., sin embargo, esa administradora nunca le comunicó sobre la oportunidad de retornar al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

régimen de prima media antes de llegar a esa edad, ni de la prohibición legal de trasladarse de régimen con posterioridad al cumplimiento de la misma.

Precisó que actualmente cuenta con más de 1280 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y que el 23 de mayo de 2018 solicitó a PROTECCIÓN S.A. la invalidación de su afiliación, pedimento que fue denegado; igualmente, mencionó que solicitó su traslado de régimen a COLPENSIONES, el cual fue denegado. (Fls. 90 a 107 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda. Refirió que no existió omisión en su deber de información, ya que el contrato de afiliación que celebró con la gestora es plenamente eficaz, en tanto reúne todos los requisitos para su existencia, eficacia y validez, en especial la expresión de voluntad de la demandante; luego, no existió vicio alguno en su consentimiento ni se le ocultó información antes de afiliarse a ese fondo, de lo cual da cuenta el formulario que suscribió para trasladarse a ese fondo.

Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la innominada o genérica. (Fls. 164 a 171 archivo 01).

Por su parte, COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se formulan. Señaló que no existe prueba que permita evidenciar que a la gestora se le hizo incurrir en error por parte de la administradora de pensiones, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento, menos aún, se observa manifestación alguna de inconformidad por parte de la gestora, por el contrario, se advierte que las documentales que obran en el plenario se encuentran sujetas a derecho y se llevaron a cabo de manera libre y voluntaria, sin observaciones sobre presión alguna, igualmente la actora no cumple con los requisitos de las sentencia SU 062 de 2010.

Como excepciones de mérito propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

con prestación definida, 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 la innominada o genérica. (Fls. 220 a 250 archivo 01).

A su turno, PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación a ese fondo fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, además, siempre garantizó el derecho de retracto a través de las comunicaciones que realizó mediante periódicos de amplia circulación en las que informaba de las reformas introducidas por la Ley 797 de 2003, prohibición de traslado en la cual se encuentra incurso.

Como excepciones formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (Fls. 187 a 214 archivo 01).

Mediante auto adiado el 28 de julio de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, avocó conocimiento de las presentes diligencias, en atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA22-11918 y PCSJBTA22-15 del 2 de febrero y 1º de marzo de 2022. (Archivos 08 y 09).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de agosto de 2022, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante NURY ZABALA PRIETO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR S.A., último fondo donde se encuentra afiliada la demandante, a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media y recibir todos los dineros que le fueren trasladados.

TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (...)

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* hizo mención al literal b) de artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ibidem*, además refirió que la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta jurisdicción ha explicado el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones desde su creación y ha sido más exigente con el paso del tiempo, enfatizando en las etapas que lo componen. Refirió que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas no conocen sobre la incidencia que aquella pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple manifestación genérica, de ahí, que desde allí corresponde a las administradoras de pensiones dar cuenta que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrearía el traslado de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Agregó, que la carga de la prueba en casos como el aquí debatido, está en cabeza de los fondos de pensiones, sin que en el plenario obre prueba que permita evidenciar que se cumplió con tal deber, lo que no se acredita con el formulario de afiliación, ni se evidencia confesión alguna en tal sentido en la declaración vertida por la demandante en el trámite procesal, en esa medida, declaró la ineficacia del traslado y no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y contenidas.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, expuso que no compartía la decisión de primer grado, ya que vulnera tres principios fundamentales del derecho como son la confianza legítima, la inescindibilidad de las normas y sostenibilidad financiera. El primero señala que el Estado no puede cambiar de manera súbita las reglas de juego que regula las relaciones, pues obliga a presentar una prueba que no existe y además no se tuvo en cuenta las manifestaciones de la actora en su declaración que permiten evidenciar que se le brindó la debida información, además el efecto del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 es dejar libre al afiliado para que se pueda afiliarse al régimen que pertenezca, por lo que el traslado de los recursos debe efectuarse en los términos del artículo 113 de la citada norma.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Además, el efecto de la decisión no puede ser el de retrotraer las cosas a su estado original, pues es un efecto de las nulidades, lo cual no se declara en estos procesos, pues con ello se incumple el principio de inescindibilidad de las normas, más si se tiene en cuenta que en el régimen de prima media no genera rendimientos, ni tampoco procede el traslado de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Además, con los traslados horizontales que realizó ratificó su decisión de permanecer a ese régimen, por lo que solicita se revoque la decisión de primer grado.

Por su parte, COLPENSIONES en su alzada, refirió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado, establecida en la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Además, mencionó que no se evidenció algún vicio del consentimiento, ya que no obra prueba que así lo demuestre, más si se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte, la actora no manifestó que el traslado fue voluntario, por el contrario, decidió realizar traslados en el régimen de ahorro individual donde permaneció por más de veintiocho (28) años.

Además, faltó a los deberes que como afiliada le incumben, de ilustrarse sobre las características del sistema general de pensiones. De otro lado, señaló que la ineficacia del traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y vulnera el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Por último, si en caso dado solicita que, en caso de confirmarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de esa entidad a la devolución efectiva de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados, ya que no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto no los reciba, además solicita no se descuente lo correspondiente a seguros de invalidez y vejez.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

c. Del caso en concreto:

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, en este punto cabe precisar que el presente asunto debe ser analizado bajo la institución de las ineficacias y no del régimen de las nulidades, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL1859-2022, con Radicación No. 90488 de 16 de mayo de 2022, en la que expuso; *“El examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, según las sentencias CSJ SL1688-2019; CSJ SL1689-2019; CSJ SL3464-2019 y CSJ SL1465-2021, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas de retornar las situaciones a su estado inicial, conforme lo indica el artículo 1746 del CC, como también se orientó en los fallos CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1421-2019, el primero reiterado en los CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019”*. Dicho esto, es diáfano que la Sala no ahondara en los argumentos expuestos por COLPENSIONES y PORVENIR en su apelación, respecto a las particularidades de las nulidades.

Ahora, es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que suscribió la actora el 12 de abril de 1994, con DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. (Folios 173 archivo 01), el cual se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de esa misma anualidad como se aprecia de la certificación del SIAFP, en el cual igualmente se observa el traslado horizontal que realizó posteriormente a PORVENIR S.A. (Fl. 5 archivo 07); formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares,*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la actora en la declaración de parte que depuso señaló que, estando en el banco donde labora en la actualidad, fue convocada a una reunión con los asesores de DAVIVIR, fondo de propiedad del banco, por lo que se afiliaron a esa administradora, más por lealtad con su empleador. Resaltó que, al acabarse ese fondo, se trasladó a PORVENIR, previo a una reunión que se llevó a cabo con los asesores de esa demandada, quienes le dijeron que se podían pensionar a cualquier edad, que COLPENSIONES se iba a acabar y además le entregaron obsequios para afiliarse, pero, no le indicaron cual iba a ser su escenario pensional, solo decían que eran mejores que el fondo público.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de parte de DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

	Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia a declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR, no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales hacen alusión las demandadas en sus apelaciones, se debe memorar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros y las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, al que hacen alusión PORVENIR y COLPENSIONES, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

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

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

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.



“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.

“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:

“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, desestimándose así los argumentos expuestos por las encartadas en su alzada sobre el particular.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1481-2022, Radicación No. 88768 del 3 de mayo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“Por tal razón, se impondrá la devolución a COLPENSIONES de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, no solo de sus rendimientos y comisiones por administración, como lo dispuso la juez de primera instancia, sino también, el reintegro de los valores cobrados por la AFP PORVENIR S. A., a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas y que le corresponderá a la demandada PORVENIR S. A. asumir con cargo a sus propios recursos pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al RPM administrado por COLPENSIONES (CSJ SL2877-2020).

“De conformidad con lo expuesto, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se modificará y adicionará el numeral segundo de la decisión de primer grado, para imponer a cargo de PORVENIR S. A., que, además de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y sus rendimientos y comisiones por administración, traslade las sumas percibidas a título de aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y primas de los seguros previsionales, cobradas durante el tiempo en que la demandante permaneció en tal administradora.

Así las cosas, se adicionará y modificará la orden emitida en primera instancia.
SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia proferida el 1º de agosto de 2022 por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, a fin de disponer:

SEGUNDO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación efectuada y en consecuencia **CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por administración indexados a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES (COLPENSIONES)**. La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

porcentaje correspondiente a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo que estuvo afiliada a esa administradora.

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.

De la misma forma, deberá proceder la demandada PROTECCIÓN S.A., frente a la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a DAVIVIR e ING.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 36 2017 00653 01
Demandante: GERMÁN YESID VILA CARCAMO
Demandado: ECOPETROL S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el proceso en el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., con ocasión de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, la cual fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor GERMÁN YESID VILA CARCAMO formuló demanda ordinaria laboral en contra de ECOPETROL S.A., con la finalidad que se declare que el contrato de trabajo que existió entre las partes terminó de manera injustificada el 12 de noviembre de 2014 en razón a su estado de salud; por tanto, su despido es ineficaz ya que la demandada no solicitó autorización al MINISTERIO DEL TRABAJO. Igualmente, solicita se declare que padece limitaciones físicas y restricciones laborales por su condición de salud y debilidad manifiesta, además, pretende se declare que la relación laboral se ha desarrollado sin solución de continuidad.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a la demandada a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a uno



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

superior acorde con su estado de salud, para lo cual deberá llevar a cabo un estudio de su puesto de trabajo y mantener las condiciones del contrato sin afectar su salario y permanencia en atención a su estado de salud, igualmente, se condene al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión dejados de cancelar por el despido, junto con las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita se declare que la encartada debe pagar la sanción de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como consecuencia del despido injustificado por cuestiones de salud del que fue objeto, en consecuencia, pretende se condene al pago de dicha sanción, suma que debe ser indexada e intereses moratorios sobre los valores no indexados, más lo *ultra y extra petita*.

1.2. SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo que se vinculó con la demandada por medio de un contrato de trabajo a término fijo desde el 7 de febrero de 2012 hasta el 12 de noviembre de 2015, siendo su último cargo el de técnico II VPR y su último salario la suma de \$3.870.880.

Refirió que sufrió luxación posterior de codo derecho, lo que lo incapacitó y limitó laboralmente, por lo que el médico de la empresa accionada emitió incapacidades entre el 27 de enero y el 25 de febrero de 2013. Además, narró que ha padecido de *“síndrome gripal complicado, sinusitis frontal, vértigo secundario a obstrucción de la rompa de Eustaquio y obstrucción de la trompa de Eustaquio”*, por lo que en valoración de 25 de noviembre de 2013 se efectuaron restricciones de trabajo en alturas y exposición a humos y vapores, a su vez, se ordenó su reubicación laboral para trabajo en altura y se expidieron incapacidades.

Seguidamente adujo que, ante la persistencia de sus problemas de salud, según examen de RX de senos paranasales realizado el 28 de noviembre de 2013 se concluyó que padecía de *“Sinusitis frontoetmoidomaxilar de muy probable origen bacteriano”* y en examen de 5 de diciembre de 2013 que determino que padecía de *“Sinusitis frontoetmoidomaxilar bilateral, aunque con mayor compromiso izquierdo”*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Enfatizó que el otorrinolaringólogo en valoración de 11 de diciembre de 2013 solicitó mantener la restricción ordenada por el médico tratante a consecuencia de los mencionados diagnósticos.

Que a razón del diagnóstico de 3 de enero de 2014 de *“Sinusitis crónica etmoidal bilateral”*, se generaron incapacidades, empero, el 2 de enero de 2014 fue sometido a una cirugía de *“Antrostomía maxilar intranasal vía meato medio endoscopia bilateral etmoidetomía anterior vía endoscopia transnasal bilateral”*, expidiéndose incapacidad por veinte (20) días, en razón a los diagnósticos de Sinusitis maxilar crónica, Sinusitis etmoidal crónica e Hipertrofia de los cornetes nasales.

Adicionalmente, en vigencia del vínculo laboral con la enjuiciada, fue diagnosticado con síntomas de depresión y trastornos de ansiedad generados por el estrés laboral, por lo que en valoración de 11 de abril de 2014, se recomienda valoración por psicología ocupacional, valoración por psiquiatría y restricción para trabajo en alturas, por lo que médico psiquiatra ordenó y otorgó veintidós (22) días de incapacidad del 17 de abril de 8 de mayo de 2014, lo anterior con la observación de *“Trastorno mixto de ansiedad y depresión”*.

Relató, que en valoración de 15 de abril de 2014 el actor informó de conductas de acoso por parte de su jefe, lo que se colige en su historia clínica. Además, el médico especialista en salud ocupacional el 23 de abril de 2014 emitió recomendaciones de psicoterapia, control por psiquiatría y restricción para trabajo en alturas por el diagnóstico de *“Estado mixto depresivo-ansioso”*. Acorde con lo anterior y pese al pleno conocimiento que tenía la encartada de sus padecimientos y tratamientos médicos a razón de su estado de salud, terminó el contrato de trabajo el 12 de noviembre de 2014, sin previa autorización del MINISTERIO DEL TRABAJO.

Además, la convocada a juicio a través de su personal médico practicó los exámenes de retiro, el que en valoración de 25 de noviembre de 2014 indicó que era apto con restricciones, que podía laborar a nivel, que padecía los diagnósticos de episodio depresivo moderado, trastornos del metabolismo de los ácidos grasos, enfermedad diverticular del intestino y aumento anormal de peso, padecimientos que aún persisten, por lo que fue diagnosticado con trastornos de ansiedad,



esquizofrenia, esquizofrenia paranoide y cefalea, lo que llevó a su hospitalización en la Clínica Psiquiátrica Isnor de Bucaramanga y que se emitió dictamen que arrojó un 41.1% de PCL. Finalmente, refirió que elevó reclamación ante la demandada, la que fue despachada de manera negativa. (Fls. 274 a 298 archivo 01).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada ECOPETROL se opuso a las pretensiones de la demanda. Arguyó que el 12 de noviembre de 2014, dio por terminado el contrato de trabajo a término fijo por el modo legal de expiración del plazo fijo pactado, consagrado en el artículo 61, literal c) del C.S.T., subrogado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990, previo aviso de terminación del mismo, por ende, no se puede declarar la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, toda vez que no se trató de un despido, sino de la finalización del plazo pactado por las partes al suscribir el contrato, por lo que no era necesario permiso del Ministerio del Trabajo. De otra parte, indicó que a la terminación del contrato el actor no se encontraba incapacitado y la sintomatología relacionada con su estado emocional de depresión había mejorado evidentemente desde el 15 de agosto de 2014, fecha en la que terminó su tratamiento psicológico.

Formuló como excepciones de fondo las de falta de causa e inexistencia de la obligación del empleador, pago, buena fe, prescripción y la genérica. (Fls. 274 a 298 archivo 01).

1.3 REFORMA DE LA DEMANDA:

La parte actora reformó los hechos y las pretensiones de la demanda que impetró en contra de ECOPETROL S.A. En esa medida, solicita se declare que la terminación del contrato de trabajo que se produjo el 12 de noviembre de 2014 es ineficaz, por cuanto la demandada omitió solicitar autorización para su terminación al MINISTERIO DEL TRABAJO y el finiquito se produjo en razón a su estado de salud. Igualmente, pretende se declare que el aviso de terminación del contrato es ineficaz ya que se expidió y notificó en la misma fecha de suscripción del contrato,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

el cual se ha desarrollado sin solución de continuidad desde el 7 de febrero de 2012. Asimismo, se declare que la accionada omitió practicar la correspondiente valoración con el fin de determinar el origen de su enfermedad y la pérdida de su capacidad laboral como consecuencia de la misma.

Consecuencialmente, pretende se ordene a la encartada lo reintegre a un cargo igual o de mejores condiciones al que venía desempeñando al momento de la terminación del contrato, se condene al pago de la indemnización de que trata el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, junto con los salarios, prestaciones sociales y los aportes al sistema general de seguridad social dejados de percibir desde la fecha de la terminación del contrato el reintegro, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, la indexaciones de las sumas reconocidas y las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, expuso que suscribió contrato de trabajo a término fijo con la demandada, el 7 de febrero al 6 de agosto de 2012, para desempeñar el cargo de Técnico II-VPR, el cual se prorrogó hasta el 4 de noviembre de 2013, fecha en que se dio por terminado. Adujo que el 5 de noviembre de 2013, como requisito para suscribir un nuevo contrato, se le practicaron al demandante los respectivos exámenes médicos para su reingreso, en el que se indicó que era apto y sin ninguna restricción para trabajar en alturas y para desempeñarse en el cargo.

Destacó que el 13 de noviembre de 2013, suscribió con la demandada un segundo contrato a término fijo para continuar desempeñando el mismo cargo, con vigencia hasta el 12 de noviembre de 2014, sin embargo, el mismo día en que suscribió el contrato, la empresa le notificó que lo daría por terminado el 12 de noviembre de 2014. Preciso que el último salario que devengó fue de \$3.870.880 y que los servicios médicos que requería eran prestados directamente por la demandada.

Refirió que el 25 de noviembre de 2013 fue diagnosticado con síndrome gripal complicado, sinusitis frontal aguda y obstrucción de la trompa de Eustaquio, motivo por el cual el médico tratante recomendó reubicación laboral para no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

trabajar en alturas por siete días y el especialista en salud ocupacional en esa misma calenda emitió restricciones de carácter temporal para trabajar en alturas y evitar exposición a humos y vapores, a su vez, continuo con sus tratamiento, por lo que fue diagnosticado con Sinusitis frontoetmoidomaxilar bilateral aunque con mayor compromiso izquierdo, en virtud de ello el 2 de enero de 2014 fue sometido a una cirugía.

Que debido a las restricciones laborales y a las frecuentes incapacidades comenzó a ser objeto de acoso laboral por parte del ingeniero EDISSON ROCHA CASTRO, quien anteriormente había sido su jefe en el departamento de servicios industriales y era funcionario de la empresa demandada, lo cual fue puesto en conocimiento del jefe de talento humano el 25 de marzo de 2014, hechos que se encuentran en investigación disciplinaria ante la procuraduría delegada primera para la vigilancia administrativa de la ciudad de Bogotá.

Debido a la depresión causada por estos hechos el 11 de abril de 2014, asistió a consulta con medicina laboral, siendo diagnosticado con estado depresivo, el 15 de abril de 2014 asistió a valoración por psicología, en donde fue diagnosticado con reacción a estrés agudo y episodio depresivo leve; entre tanto, el 16 de abril de 2014 fue valorado por psiquiatría, por lo que fue diagnosticado con trastorno de adaptación y trastorno mixto de ansiedad y depresión, por lo que comenzó a ser tratado con medicamentos antidepresivos.

El 23 de abril de 2014, fue valorado nuevamente por el especialista en salud ocupacional, quien concluyó que su diagnóstico era estado mixto depresivo – ansioso; relató que el 16 de mayo de 2014 fue valorado nuevamente en el área de salud ocupacional, recomendando que continuara con las mismas restricciones; y que el 15 de julio de 2014 asistió la valoración por psicología en la que la especialista indicó que la sintomatología presentada al inicio del proceso iba en mejora, por lo que concluyó el tratamiento.

No obstante, para esa fecha todavía continuaba en tratamiento psiquiátrico, siendo la última consulta con el psiquiatra el 26 de agosto de 2014. Además, el 29 de septiembre de 2014, asistió a cita médica en la que se determinó el mismo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

diagnóstico de depresión y el 16 de octubre de 2014, también asistió a consulta por medicina, y asistió a citas de psiquiatría el 7, 16 y 29 de octubre de 2014, sin embargo, el 12 de noviembre de 2014 la enjuiciada dio por terminado el contrato de trabajo, pesar al tratamiento médico en el que se encontraba y del cual conocía la empresa.

Sostuvo que la empresa terminación del contrato laboral se produjo sin que la demandada hubiera solicitado autorización al Ministerio de Trabajo, dada su condición de salud, empero, con posterioridad a la terminación el 19 de noviembre de 2014, asistió control por siquiatria por parte de la empresa, en la que se indica que el paciente se encuentra hace siete meses en tratamiento con psiquiatría y el 25 de noviembre de 2014, le practicaron los exámenes de retiro en la que se indicó que había sido diagnosticado con episodio depresivo moderado, trastornos del metabolismo de los ácidos grasos, enfermedad diverticular del intestino y aumento anormal de peso, siendo el concepto médico apto con restricciones.

Adujo que el 18 de diciembre de 2014, asistió nuevamente a consulta con psiquiatría, siendo diagnosticado con trastorno de la personalidad, no especificado y trastorno depresivo recurrente actualmente en remisión, pero su tratamiento se vio interrumpido por la terminación de la relación laboral, el cual solo pudo continuar hasta abril de 2016 como beneficiario en el sistema de salud de su cónyuge, y en la actualidad se encuentra en tratamiento psiquiátrico.

Finalmente, señaló que tampoco fue objeto de valoración para determinar el porcentaje de disminución de su capacidad laboral por parte de la empresa, ni fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y que el 27 de julio de 2017 presentó reclamación administrativa a la demandada la cual dio respuesta negativa a sus pedimentos. (Fls. 314 a 336 archivo 01).

1.4 CONTESTACIÓN DE LA REFORMA A LA DEMANDA:

ECOPETROL contestó la reforma a la demanda con oposición a las pretensiones. Indicó que el 12 de noviembre de 2014, dio por terminado el contrato de trabajo a término fijo por el modo legal de expiración del plazo fijo pactado, consagrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en el artículo 61, literal c) del C.S.T., subrogado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990, previo aviso de terminación del mismo, por ende, no se puede declarar la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, toda vez que no se trató de un despido, sino de la finalización del plazo pactado por las partes al suscribir el contrato, por lo que no era necesario permiso del Ministerio del Trabajo. De otra parte, indicó que a la terminación del contrato el actor no se encontraba incapacitado y la sintomatología relacionada con su estado emocional de depresión había mejorado evidentemente desde el 15 de agosto de 2014, fecha en la que terminó su tratamiento psicológico.

Se ratificó en las excepciones que propuso en la demanda inicial, de fondo las de falta de causa e inexistencia de la obligación del empleador, pago, buena fe, prescripción y la genérica. (Fls. 387 a 396 archivo 01).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 4 de agosto de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver de acuerdo a las pretensiones elevadas en el libelo genitor, su reforma, los escritos de oposición y la fijación del litigio, se centra en determinar si es procedente declarar ineficaz la terminación del vínculo laboral que existió entre las partes, lo cual aconteció el 12 de noviembre de 2014, dada la condición de salud y debilidad manifiesta del gestor, en consecuencia la procedencia del reintegro, el pago de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios, prestaciones y las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones dejados de cancelar desde el despido y por todo el tiempo que estuvo desvinculado.

En cuanto al vínculo laboral, dijo que no es objeto de discusión que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo, desde el 7 de febrero de 2012



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

al 12 de noviembre de 2014 de cargo Técnico VRP, pues lo aceptó la encartada en la contestación, se colige igualmente la certificación del 26 de junio de 2018 allegado por la demandada y las copias de los contratos.

Así mismo, está acreditado la existencia de un preaviso en el último contrato de trabajo a término fijo por el término de un año del que iba del 13 de noviembre de 2013 al 12 de noviembre de 2014, y que este preaviso quedó fechado el 13 de noviembre de 2013.

Frente a la estabilidad laboral reforzada que se depreca de manera principal en la demanda, hizo mención al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 2000; a su vez, que la Corte ha dejada claro en lo que respecta a la estabilidad laboral reforzada por razones de salud que regula el artículo 26 de la ley 361 de 1997, en sentencia SL058 de 2021 que para la protección de la estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que al momento del despido del trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubiera concedido una incapacidad médica, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física o sensorial con el carácter de moderada, esto es que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, así en esta sentencia de 2021 reitera las sentencias SL 14134 de 2015, SL 10538 de 2016, SL 5163 de 2017, SL 11411 de 2017 y SL 4609 de 2020.

De acuerdo a lo reseñado por la Corte, el empleador debe tener conocimiento de la pérdida de capacidad laboral superior al 15%, la que puede ser calificada con posterioridad a la fecha de terminación del vincula laboral. Postura reafirmada en la misma anualidad es en este mismo año en la sentencia SL 11239 de 2022, SL1327 de 2022, SL 1159 de 2022, SL996 de 2022 y SL 1034 de 2022, entre muchas otras que reafirman la postura.

Adicionalmente, recordó que la jurisprudencia ha establecido que el artículo 26 de la norma en comento, si consagra que el despido de un trabajador en condición de discapacidad se presume discriminatorio; no obstante, como toda presunción admite prueba en contrario y por tanto la misma puede ser derruida por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

empleador si acredita que la terminación del contrato se dio con una por una justa causa y no en razón de la discapacidad.

De cara a lo indicado, y al examinar el acervo probatorio, señaló que si bien no desconocía que para la fecha de expiración del plazo pactado en el contrato a término fijo el demandante contaba con quebrantos de salud y había sido atendido por profesionales de salud en relación a sus patologías, tanto por sinusitis y por los trastornos de ansiedad, de lo cual podría tener una noción la empresa demandada por cuanto en múltiples ocasiones eran profesionales contratados por estas las que lo atendieron, no se puede entrever que el demandante hubiera sido diagnosticado con una pérdida de capacidad laboral superior al 15%, de la que el empleador fuera consciente para la fecha de terminación del contrato de trabajo el 12 de noviembre del 2014.

De otro lado adujo, que de las documentales allegadas al plenario no se puede determinar que el actor hubiera puesto en conocimiento los quebrantos de salud de manera directa al empleador y que fuera sujeto de alguna protección especial o garantía, pues el hecho que un médico contratado directa o indirectamente por Ecopetrol lo atendiera, no permite presumir que tuviese conocimiento de las situaciones de salud del demandante, máxime cuando la historia clínica cuenta con reserva legal, a la cual no se puede acceder sin autorización expresa del paciente, aspecto de lo que no se tiene constancia ni mucho menos de que en la vigencia de la relación laboral se hubiera iniciado algún proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral.

En cuanto, al dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIONES DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 25 de marzo de 2021, precisó que determina un 45,50% de PCL y fecha de estructuración de las patologías que dan lugar a la pérdida de capacidad laboral del 29 de octubre de 2020, siendo su origen común, por lo que no se puede determinar que existiera un nexo causal entre el estado de salud y la finalización del contrato, a lo que se suma que la estructuración es posterior a la terminación del vínculo laboral.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Agregó que, no se podía presumir la mala fe por parte de ECOPETROL de desconocer el estado de salud del demandante y dar por terminado el contrato de trabajo, pues remitió el preaviso con suficiente antelación e invocó una causal objetiva para finalizar el contrato, que lo fue la expiración del plazo pactado, lo cual no resulta arbitrario y está dentro del marco de las facultades con las que cuenta el empleador en los términos del artículo 46 del C.S.T., además de constituir una causal legal. En esa medida, concluyó que el actor al 12 de noviembre de 2014 no gozaba de la estabilidad laboral reforzada, lo que conllevó a que se relevara del estudio de las demás pretensiones, absolviendo a la demandada.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Teniendo en cuenta que la decisión fue totalmente desfavorable a las pretensiones de la parte demandante, y que no se interpuso recurso alguno, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación del contrato de trabajo, en caso positivo, se estudiará la viabilidad de las demás pretensiones de la demanda.

c. De la existencia del contrato de trabajo:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al descender al *sub-examine*, se advierte que pese a que, en una de las pretensiones de la reforma de la demanda, consistía en que se declarara que la relación laboral entre el actor y la demandada se desarrolló sin solución de continuidad desde el 7 de febrero de 2012, lo cierto es que tal como lo concluyó la juez de instancia, no es objeto de debate que entre las partes existieron dos contratos de trabajo a término fijo que se extendieron del 7 de febrero de 2012 al 4 de noviembre de 2013 y del 13 de noviembre de 2013 al 12 de noviembre de 2014, en los que el gestor desempeñó el cargo de Técnico II- VRP, y que era apto sin restricción alguna para desempeñar el cargo, según el examen de ingreso que se le realizara el 5 de noviembre de 2013 como requisito para suscribir el segundo contrato; además que dichos vínculo contractuales finalizaron por el modo legal de la expiración del plazo pactado, pues así se expuso en la demanda, su reforma, y además fue aceptado por la convocada a juicio en la contestación a la demanda y su reforma; e igualmente, tales aspectos quedaron fuera de debate en la fijación del litigio, situaciones que igualmente se coligen con las documentales que reposan a folios 22 a 28 y 300 a 310 del archivo 01.

Adicionalmente, si en gracia de discusión se ahondara en tal aspecto, se advierte que tal pedimento no gozaría de prosperidad, dado que el primero de los contratos se prorrogó por tres periodos más iguales o inferiores como lo establece el numeral 2º del artículo 46 del C.S.T., observándose que antes de iniciar la cuarta prórroga las partes acordaron el 5 de agosto de 2013, mediante un otrosí que el contrato se prorrogaría por tres (3) meses hasta el 4 noviembre de 2013, y a su vez el 5 de agosto de 2013 se le informó al actor de la terminación de dicho contrato el día 4 de noviembre de 2013.

Con posterioridad, el actor y la demandada suscribieron un nuevo contrato a término fijo por un (1) año, desde el 13 de noviembre de 2013 al 12 de noviembre de 2014, igualmente el día que suscribe el segundo contrato de trabajo, recibe la carta en la que se le informa que ese contrato finaliza el 12 de noviembre de 2014, y que el último día hábil del mismo debía gestionar el paz y salvo con la empresa demandada y a su vez se le entregarían las cartas para realizar el examen médico de egreso y la carta para retiro de cesantías. (Fls. 299 a 310 archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, es claro que el empleador demandado comunicó con suficiente antelación la no prórroga de los contratos de trabajo a término fijo que acordaron, es decir, que lo fue en un plazo no inferior a treinta (30) días, como lo establece el numeral 1º del artículo 46 del C.S.T., por lo que la notificación de tal comunicación no luce arbitraria ni ilegal, a la luz de la norma sustantiva laboral. En esa medida, las pretensiones relacionadas con la declaratoria de una única relación laboral y que el aviso de terminación es ineficaz al haberse expedido y notificado en la misma fecha de suscripción del contrato, no gozan de prosperidad por los motivos antes expuestos.

d. De la estabilidad laboral reforzada:

Ahora, en torno al problema jurídico planteado considera esta Colegiatura necesario traer a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL882-2022, Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, en la que refirió que la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).

“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido



unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.

“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:

“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.

“Y añadió, que tales preceptos, además,

“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).

“Los cuales han tenido un desarrollo legal, debido a los compromisos internacionales del Estado Colombiano, entre los que se encuentran, con trascendencia para la definición de legalidad del fallo impugnado, los siguientes:

“[...] Ley 82 de 1988 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su 69a. reunión, Ginebra, 1983”; [...]; Ley 361 de 1997 “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de la personas con limitación y se dictan



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

otras disposiciones.”; Ley 762 de 2002 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999); [...]; Ley 1287 de 2009 “Por la cual se adiciona la Ley 361 de 1997.”; Ley 1346 de 2009 “por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.”; y la ley estatutaria 1618 de 2013 “por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).

“De ahí que se haya señalado en el fallo CSJ SL3723-2020, que esta prerrogativa tiene por principal propósito «brindar protección contra la discriminación en el trabajo, esto es, de recibir un trato diferente o excluyente por un motivo ilegítimo (entendida esta como lo prevé el C111 de la OIT y los artículos 7 al 14 de la R169 que es complementaria o reglamentaria del C159)», lo que, a su vez, se traduce en «la materialización de la readaptación profesional y en el empleo de las personas con una discapacidad relevante en el trabajo, cuyo fundamento específico internacional, para el mundo del trabajo, se encuentra en el C159 y las recomendaciones 99 y 168 de la OIT». Por ello, en perspectiva de la jurisprudencia constitucional (CC C531-2000) y laboral:

“[...] carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato. [Subraya añadida por la Sala]

“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.” (Subrayado por la Sala).

Adicionalmente, la Alta Corporación dijo en sentencia SL1916-2022, Radicación No. 86378 de 1º de junio de 2022:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

***“[...] Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral*”**

“Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha:

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

*“En adición al argumento también se ha puesto de presente que, en principio, tales afectaciones son atendidas por el sistema de salud bajo las incapacidades temporales, que precisamente buscan su restablecimiento; no obstante, esta figura no comporta per se una situación que genere el amparo, pues como se tiene sentado por esta sala, **que no toda afección de salud es merecedora de la protección foral**, solo aquella relevante; esto, bajo el convencimiento de la importancia de no desdibujar la finalidad de la garantía instituida por el legislador.*

“Frente a este punto valga memorar la sentencia CSJ SL3723-2020, en la que se explicó:

“En la sentencia CSJ SL12998-2017 y, más recientemente en la SL2841-2020, se recalcó en qué consiste la protección a la estabilidad y cuál es su justificación, para que no se desdibuje el propósito de la norma en comento al ser aplicada, cual es la no discriminación en el empleo de quien puede prestar el servicio a pesar su condición de discapacidad relevante y garantizar la adaptación y readaptación laboral de la persona, y no se desvíe su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros.

*“En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una **condición de discapacidad relevante**, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ahora, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4555-2021, Radicación No. 83533 de 27 de septiembre de 2021, expuso sobre la estabilidad laboral reforzada en contratos de trabajo a término fijo, lo siguiente:

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

[...]

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

(...)

“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo. Ese momento, en los contratos de trabajo a término fijo, se materializa cuando se comunica el preaviso al trabajador y el vencimiento del plazo del contrato no es más que la ejecución de esa decisión de no prorrogar. Inclusive, el empleador podría cancelar los 30 días del preaviso, sin que el trabajador deba prestar el servicio.”

Dicho esto, se advierte que obran en el plenario respuesta emitida el 10 de mayo del 2017 por la demandada, en la que se accede a expedir documentos solicitados por el actor, entre ellos, historia clínica; igualmente, reposan boletas de regreso al trabajo en el que se indican periodos de incapacidad concedidos al actor del 28 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

enero al 22 de febrero de 2013 por accidente fuera de trabajo, también obra Historia Clínica del demandante que da cuenta de luxación posterior del codo derecho en el periodo antes referido, concepto médico laboral del 25 de noviembre de 2013, certificados de incapacidad por los días 29 de noviembre de 2013 y 3 de diciembre al 4 de diciembre del 2013, en virtud de una sinusitis. (Fls. 35 a 38, 59 a 61, 62 a 99 archivo 01).

A su vez, obra informe del concepto de médico laboral de 11 de abril de 2014, en el que se diagnostica al demandante con estado depresivo y se le recomienda de manera temporal valoración por psicología ocupacional, psiquiatría y restricción para trabajo en alturas y cita por salud ocupacional con resultados de evaluación, formato de solicitud de orden de servicios por psicología del 15 de abril de 2014, e incapacidad del 17 de abril al 8 de mayo de 2022, y consulta por psicología de 15 de abril de 2014. (Fls. 102 a 106 archivo 01).

También milita en el expediente a nombre del actor formatos de Remisión de Ecopetrol para valoración y manejo por médico psiquiatra y psicología ocupacional del 11 de abril de 2014. Informe del concepto médico laboral de 23 de abril de 2014 y del 16 de mayo de 2014 en el que se diagnostica estado mixto depresivo ansioso del demandante y se recomienda de manera temporal psicoterapia, control por psiquiatría, restricción para el trabajo en alturas y se cita salud ocupacional con resultados de evaluación, a su vez, obra control médico del 10 de junio y de 9 de julio de 2014 en el que se señala que se debe hacer un control por psiquiatría. (Fls. 107 a 121 archivo 01).

Informe de evolución por psicología del 15 de julio de 2014, en el que se advierte que se logró recuperar la estabilidad emocional del paciente y se da por concluido el proceso de tratamiento psicológico. (Fls. 122 a 123 archivo 01).

Además, reposan controles médicos del 6 de agosto de 2014, 29 de septiembre de 2014, 16 de octubre de 2014, en los que se precisa presencia de un trastorno mixto de ansiedad y depresión con colon irritable, certificado de consulta del 19 de noviembre de 2014, en el que se indica que el demandante asiste el 07, 16 y 29 de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

octubre y el 19 de noviembre de 2014 como consecuencia de un episodio depresivo moderado y se formulan medicamentos. (Fls. 127 a 131 archivo 01).

De otro lado, milita examen de retiro del 25 de noviembre del 2014, en el que se indica resultados normales, no obstante que cuenta con restricciones del trabajo en alturas, espacios confinados y excavaciones. (Fls. 133 a 137 archivo 01).

De la misma forma, se allegó Historia Clínica que da cuenta de consultas realizadas por el demandante con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo por psiquiatría en los años 2016 y 2017 por antecedentes de depresión y ansiedad, en las que es remitido a psiquiatría, también obra dictamen médico laboral de 28 de marzo de 2017, realizado por el doctor Francisco Javier Sánchez al demandante, por los diagnósticos de esquizofrenia y trastorno mixto de ansiedad y depresión en el que lo califica con un 41.1%, con fecha de estructuración 18 de marzo de 2017 y origen común. (Fls. 139 a 206 archivo 01).

También se practicó en el curso del proceso, dictamen por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, fechado el 25 de marzo de 2021, por los diagnósticos de *“Esquizofrenia, no especificada, Trastorno de ansiedad, no especificado, Trastorno de la personalidad, no especificado, Trastorno depresivo recurrente actualmente en remisión, Trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente, Trastorno mixto de ansiedad y depresión y Trastorno paranoide de la personalidad”* los que calificó con un 45.50%, con fecha de estructuración de 29 de octubre de 2020, por enfermedad de origen común.

Por su parte, el demandante en la declaración de parte que depuso aceptó que respecto al contrato que suscribió el 13 de noviembre de 2013, ese mismo día recibió la carta de preaviso para la terminación de trabajo por expiración de plazo fijo pactado del 12 de noviembre de 2014. Que la accionada conocía desde el inicio de su enfermedad a través del médico ocupacional, pues fue quien lo remitió al psicólogo y al psiquiatra, además que sus jefes de departamento y supervisores conocían de las restricciones laborales.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Sostuvo que al ingreso del último contrato a término fijo a un año que pactó con la demandada, le practicaron un examen de ingreso el cual indicaba que no tenía ninguna restricción laboral, a la pregunta de si había autorizado al departamento de recursos humanos para que consultara su historia clínica ya que este es un documento que goza de reserva, dijo “*no pedí la autorización*”, pero que el médico ocupacional era conocedor de su estado físico y mental como funcionario de la empresa.

Bajo ese escenario, se recuerda que al momento en que las partes suscribieron el contrato de trabajo a término fijo a un año, el 13 de noviembre de 2013 el actor era apto para desempeñar el cargo para el cual fue contratado; a su vez, no se puede soslayar que tal como lo concluyó la juez de primer grado, no se advierte una mala fe de parte de la encartada, frente al hecho de haber notificado el pre aviso de terminación del contrato de trabajo el 12 de noviembre de 2014, en la misma calenda en la que el promotor suscribió el contrato, más si se tiene en cuenta que el empleador es libre de escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades, entre las cuales se encuentra el contrato a término fijo el cual goza de plena legitimidad dentro del ordenamiento jurídico, según se ha expuesto de manera reiterada por la jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL3579-2022; a lo que se suma, que si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado, tal como se indicó en sentencia SL3108-2022.

En consonancia con lo anterior, si bien no se puede desconocer que con posterioridad a la suscripción del mencionado contrato, el actor comenzó a padecer diferentes quebrantos de salud como ya se expuso ampliamente, lo cierto es, que no se podría decir que el finiquito de la relación contractual fue con ocasión de la condición de salud del demandante, pues para la fecha en la que la pasiva entregó la carta de preaviso al trabajador, no tenía como saber que la salud de este a futuro se vería afectada, aunado a que no existe evidencia de que la demandada hubiese conocido de tal situación, pues recuérdese que desde la contestación dijo no conocer la historia clínica del gestor dada la reserva legal de dicho documento, lo cual confirmó el actor en la declaración de parte que rindió, en la que refirió que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

no autorizó la consulta de tal documento, sin que el hecho de que el empleador prestara directamente los servicios médicos, conlleve a concluir de manera fehaciente que por esa situación tenía conocimiento a ciencia cierta de su estado de salud, más aún la reserva de dicha información por parte de los galenos.

De otra parte, no puede pasar por alto la Sala que de acuerdo al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca, el 25 de marzo de 2021, en la que se calificó al demandante con una PCL del 45.50% por los diagnósticos de Esquizofrenia, no especificada, Trastorno de ansiedad, no especificado, Trastorno de la personalidad, no especificado, Trastorno depresivo recurrente actualmente en remisión, Trastorno depresivo recurrente, episodio moderado presente, Trastorno mixto de ansiedad y depresión y Trastorno paranoide de la personalidad, se advierte que la fecha de estructuración de tales padecimientos es posterior a la finalización, esto es más de cinco años después de terminado el contrato, pues la estructuración se determinó el 29 de octubre de 2020 por enfermedad de origen común, como viene de verse.

En virtud de lo anterior, y de acuerdo con las pruebas recaudas en el trámite procesal no es posible inferir que la terminación del contrato devino como consecuencia del estado de salud del promotor, pues ello ocurrió por la expiración del plazo pactado, de ahí, que no era necesario que el empleador obtuviera permiso administrativo por no haber renovado el contrato de trabajo.

Como corolario de lo expuesto, no le queda otro camino a esta Colegiatura que confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

SIN COSTAS en esta instancia.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

CARLOS ALBERTO CORTES CORREDOR
Magistrado