

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **11001-31-05-017-2018-00596-01**
Demandante: **DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA**
Demandados: **SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA
S.A.S. "SERCOMLOG S.A.S." y COLTANQUES S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los **07 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022 que erigió en legislación permanente el Decreto 806, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte accionante, contra la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA demandó a **SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S. –SERCOMLOG S.A.S.-** y **COLTANQUES S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con la primera de las sociedades relacionadas, entre el 16 de agosto de 2012 y el 1° de febrero de 2018, en el cual la segunda de las sociedades citadas es solidariamente responsable de todas y cada una de las acreencias laborales que surgieron con

ocasión del nexo mencionado; en consecuencia, se les condene a pagarle de todo el tiempo laborado prestaciones sociales –cesantías, intereses y su sanción, primas-. vacaciones, recargos nocturnos, dominicales y festivos, horas extras nocturnas, y en domingos y festivos, indemnizaciones de los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, indexación, lo ultra y extra petita y, las costas.

Como fundamento de las peticiones, narra en la demanda que el accionante laboró mediante contrato de trabajo a término indefinido, para SERCOMLOG SAS, en el periodo referido, desempeñando el cargo de *Analista de Trafico*, con una asignación mensual para el año 2012 de \$870.468 y para el 2018 de \$1.569.000; que las labores del cargo fueron desempeñadas en las instalaciones de la codemandada COLTANQUES SAS, cumpliendo con las exigencias y órdenes impartidas por ésta.

Menciona que realizó su trabajo, dentro de los horarios y bajo supervisión y subordinación de las demandadas; en turnos rotativos de trabajo, así: Primera semana: de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y los sábados y domingos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.; la segunda semana: de lunes a viernes de 2:00 p.m. a 9:00 p.m. y los sábados y domingos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.; la tercera semana: de lunes a viernes de 9:00 p.m. a 6:00 a.m., el fin de semana siguiente descansa; sin que en desarrollo del contrato se le cancelaran horas extras, recargos nocturnos, diurnos, dominicales y festivos a que tiene derecho, y por ende, la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones, que reclama con esta acción ordinaria labora.

También precisa que, por orden de su empleador laboró en la codemandada COLTANQUES S.A.S., quien se ha beneficiado del trabajo al haber prestado el actor sus servicios en las instalaciones de la misma, es solidariamente responsable de todas y cada una de las obligaciones laborales adquiridas en relación con el trabajo del demandante; situación que se corrobora o ratifica porque fue citado a rendir descargos el 18 de diciembre de 2017 “...en los cuales se puede evidenciar, los turnos en que laboraba, su cargo, sus funciones y lugar de

cumplimiento de sus labores...”: alude a que el 15 de mayo de 2018 recurrió al Ministerio de Trabajo en procura de llegar a un arreglo conciliatorio con su ex empleador el que no se dio, conforme acta No. 643 de dicha fecha, emanada de la Inspección RCC 1, presidida por la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social (PDF 03).

La demanda fue repartida al **Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.** (PDF 01), autoridad que, con proveído de 21 de noviembre de 2018 la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (PDF 05).

El accionado **SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S**, dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones declarativas y de condena formuladas por la parte actora, exceptuando la declaratoria del contrato que admite se dio entre las partes, en los extremos mencionados; sostiene que no se da la solidaridad pretendida con la codemandada, toda vez que se convino que el accionante desempeñara el cargo para el cual fue designado, en las instalaciones de COLTANQUES S.A.S. en desarrollo del contrato de colaboración empresarial suscrito entre las dos accionadas, por tanto *“...mal puede establecerse que COLTANQUES S.A.S., es solidariamente responsable de las acreencias laborales causadas en favor del accionante las cuales fueron canceladas a este en forma oportuna por mi representada...”*; menciona que la sociedad le pagó al accionante todas las acreencias que está reclamando con esta acción, y la liquidación final en cuantía de \$1.696.675 le fue pagada mediante transferencia electrónica a la cuenta de nómina aludida del Banco Davivienda.

Dice que obró con absoluta buena fe, durante la vigencia y a la terminación del contrato de trabajo que la vinculó con el demandante y fundada en tal principio, canceló a éste, a su satisfacción y sin reclamo alguno, la totalidad de los derechos legalmente causados en su favor a saber: los salarios, las primas de servicios las vacaciones, los intereses sobre cesantías y el auxilio de cesantía que fue consignado en su totalidad, en forma oportuna durante la vigencia de la

relación laboral, ante los fondos de cesantías y su saldo en la liquidación final de prestaciones sociales, derechos estos que fueron liquidados, con la aquiescencia del accionantes, sobre los factores salariales que las partes expresamente definieron tenían tal carácter. Frente a los recargos que reclama por trabajo nocturno, dominical, festivo, el accionante no acredita haber laborado el tiempo reclamado, no existe autorización expresa y escrita del empleador al respecto, como se estableció en la cláusula novena del contrato de trabajo celebrado entre las partes.

Precisa, que el cargo no era de ANALISTA DE TRÁFICO, sino que las partes convinieron que el trabajador desempeñaría el cargo de PROGRAMADOR DE DISPONIBILIDAD Y DESP, y *“...a partir del 1° de junio de 2016, incrementado su remuneración a la suma de \$1.369.000.00, de igual manera se convino por los contratantes que este cargo fuera desempeñado en las instalaciones de la sociedad COLTANQUES S.A.S., en desarrollo del contrato de colaboración empresarial suscrito entre esa sociedad y mi representada, en el que se estipuló en la cláusula OCTAVA, párrafo segundo, lo siguiente: “En razón al desarrollo del Contrato de Colaboración Empresarial celebrado entre EL EMPLEADOR y la Sociedad Coltanques S.A.S., el trabajador realizará las actividades en las instalaciones o sitio de trabajo de la Sociedad Coltanques S.A.S, con la cual se ha suscrito el respectivo contrato de colaboración empresarial o en el lugar que la Sociedad SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S. determine según la necesidad de las tareas a realizar y teniendo en cuenta que EL TRABAJADOR acepta trasladarse a los lugares que se requiere de su apoyo, siempre que ello no implique desmejora en sus labores, sin que esto signifique que EL TRABAJADOR de la sociedad SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S., adquiera algún tipo de vinculación directa o relación laboral con la Sociedad con la cual se ha suscrito el respectivo Contrato de Colaboración Empresarial” ...”*

En su defensa formuló las excepciones de mérito de pPago, Cobro de lo no debido, Carencia de causa y título en la acción. Compensación, Prescripción (PDF 16).

La demandada **COLTANQUES S.A.S.**, dio respuesta a la demanda por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose a las declaraciones y condenas impetradas por el accionante, considerando que carecen de todo fundamento fáctico y legal, sostiene que no se da la solidaridad por cuanto SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S. *“...obró como verdadero empleador en la relación que*

mantuvo con del accionante y en cumplimiento de un contrato comercial que desarrolló en forma autónoma e independiente, y no como intermediaria o representante de mi procurada...”

En el acápite de RAZONES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEFENSA, sostiene que con el actor no existió contrato de trabajo, habida cuenta de la ausencia de los elementos que determinan la relación laboral, por cuanto el citado señor no prestó sus servicios personales, bajo continuada subordinación y dependencia de esa accionada, razón por la cual no puede ser objeto de las condenas pretendidas en el libelo, que con la codemandada desarrolló contrato de colaboración empresarial, en virtud del cual esas empresas se comprometieron a aunar sus esfuerzos y poner sus recursos al servicio de tal colaboración, para lograr el efectivo eficiente y rentable desarrollo de las actividades consistentes en la explotación de la industria transportado en el servicio público de transporte de mercancía por carretera en la diferentes líneas de carga líquida y seca, el almacenamiento y distribución de mercancías de propiedad de terceros, es decir, la realización de actividades típicas de un operador logístico, mediante la mutua puesta a disposición de los recursos de todo tipo, incluyendo operativos, técnicos, administrativos y comerciales, de los conocimientos y la experiencia y de las instalaciones, equipos y herramientas con que cada parte contaba para tales efectos, repartiéndose entre sí los ingresos que resultaran de esa operación comercial conjunta.

Que fue la codemandada, quien durante la vigencia de la relación laboral que convino con el demandante, le canceló a éste todos y cada uno de los derechos laborales causados en su favor a saber: salarios, auxilios de cesantías, intereses sobre la misma, primas de servicios, vacaciones, por ende, obra el accionante de mala fe al exigir en la demanda el reconocimiento de tales conceptos. Aunado a que COLTANQUES S.A.S., obrando con absoluta buena fe y en todo de acuerdo con lo normado por el artículo 83 C.N., desarrollado en materia laboral por el artículo 55 del C.S.T., amparada en esa normatividad, celebró contrato de colaboración empresarial con la demandada SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S, sociedad ésta que canceló al actor la totalidad

de los derechos laborales causados en su favor, razón por la cual no puede ser acreedora a los derechos pretendidos y mucho menos a la indemnización moratoria petitionada.

En su defensa propuso como medios exceptivos los que denomino: Inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada; Falta de causa y título en la demandante Pago de los derechos legalmente causados, Compensación y, Prescripción (PDF 12).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 9 de noviembre de 2021, resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de PAGO y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuestas por SERCOMLOG S.A.S. y la de la INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES a cargo de COLTANQUES S.A.S., según las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA identificado con la cedula de ciudadanía 79.881.735 y la sociedad SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de agosto de 2012 y el 1° de febrero de 2018.

TERCERO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S y COLTANQUES S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Sr. CAMACHO MONCADA, según las razones expuestas en la parte emotiva de esta sentencia.

CUARTO CONDENAR EN COSTAS al demandante. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo, por valor de \$ 200.000 M/Cte., a favor de cada una de las demandadas

QUINTO: SE ORDENA LA CONSULTA de esta sentencia a favor del demandante. REMÍTASE el expediente al Superior en caso de no ser apelado el fallo o no ser sustentado el recurso...”

III. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandante interpone y sustenta el recurso de apelación, en los siguientes términos:

“(...) Su señoría respetuosamente presentó ante el despacho recurso de apelación en contra del fallo proferido el día de hoy en cuanto al numeral tercero que niega las pretensiones de la demanda en las cuales se le reconoce el pago del trabajo suplementario, horas extras, dominicales, festivos y nocturnos al señor DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA, como trabajador de la empresa SERCOMLOG SAS, SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA y en solidaridad con la empresa COLTANQUES

SA. horas extras, recargos nocturnos, recargos dominicales y festivos que se cumplieron en el periodo comprendido entre el 16 de agosto del 2012 hasta el 1 de febrero del 2018 por las siguientes razones:

Su señoría solicitó que se tenga en cuenta las declaraciones presentadas por los señores Camilo Andrés Barrios y Jairo Chaparro en las cuales manifiestan que como trabajadores también de COLTANQUES que fueron y compañeros del señor Diego Armando Camacho, cumplieron unos horarios de trabajos de los cuales eran unos turnos rotativos los cuales eran de 6am a 2pm y de 2pm a 9pm y de 9pm a 6am entre semana y de (se cortó la grabación) 6:00 de la mañana a 6 de la tarde y 6 de la tarde a 6 de la noche, con esto que pretendo su señoría, demostrar que existieron turnos de trabajo, que los turnos de trabajo comprendían turnos de 8 horas pero que esos turnos, había horarios de 9 de la noche a 6 de la mañana con lo cual había unos recargos nocturnos y habían turnos los fines de semana, sábados, domingos y los festivos.

Igualmente eso se puede corroborar su señoría mediante el acta de descargos y citación a descargos que le hace la empresa SERCOMLOG a mi cliente el día 17 de diciembre del 2017, en los cuales les hacen varios requerimientos y allí se demuestra que se trabajaron los turnos que efectivamente el cumplió con los turnos y esos turnos no fueron reflejados esos pagos de recargos nocturnos y horas extras no fueron reflejados en su pago tal como se demostró en los desprendibles que fueron anexados al despacho tanto por la parte demandante como por la parte demandada.

Entonces si señoría, con esto pretendo demostrar que efectivamente si el señor DIEGO ARMANDO CAMACHO si cumplió unos turnos y por lo tanto esos turnos de trabajo no se le cancelaron como lo he manifestado, que no se le acreditó el pago por parte de la empresa SERCOMLOG SAS de esos pagos, ellos presentaron unos desprendibles como usted lo afirma en el año 2016, presentaron unos pagos de unas horas extras, ahí usted puede notar claramente que si se le reconoció una parte de horas extras pero para el año 2017 y 2018 no se presentaron esos pagos cuando el cumplía los horarios respectivos su señoría, cuando dentro del plenario se ha demostrado tanto con testimonios como los documentos de la misma empresa que si cumplía turnos, que si laboraba en esos horarios y que no se le canceló.

Entonces por lo anterior su señoría, presentó reparo en este numeral de la sentencia y solicitó respetuosamente que se me tenga en cuenta el recurso de apelación interpuesto y que sustentate en debida forma ante el superior. Muchas Gracias...

El juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado José William González Zuluaga (PDF 01 Cdn. 02 Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2002, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 03 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 16 de enero del 2023 (PDF 08 ídem).

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término para alegar en segunda instancia las sociedades demandadas presentaron sus alegaciones, solicitando la confirmación de la decisión de primer grado, por lo sostenido por cada una de éstas, así.

SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S.

JACKELINE VEGA FERNÁNDEZ, (..), obrando en mi carácter de apoderada general de la demandada SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S., estando dentro del término legal establecido para ello, formulo los alegatos de instancia, así: 1. Es acertado el fallo de Primera Instancia que absuelve a mi representada de las peticiones de ajustes salariales y prestacionales, fundadas en las presuntas labores ejecutadas por el actor en jornada que excede la máxima legal, por cuanto en relación con el trabajo suplementario de la prueba está en cabeza de quien alega, por lo cual el demandante debía acreditarlo de manera clara y precisa, como lo ha sostenido la Jurisprudencia del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. 2. El señor Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en la sentencia apelada recordó a la parte actora que le correspondía, conforme los presupuestos del artículo 167 de C.P.G., probar el supuesto hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, señalando respecto a las horas extras, que estas no se presumen. 3. Acorde a lo señalado en los numerales anteriores, le correspondía a la parte actora probar lo afirmado, es decir, aportar la plena prueba sobre la prestación de sus servicios en jornada adicional a la máxima legal, especificando días y horas. Además de los documentos provenientes del empleador, con su firma autorizando el trabajo suplementario o la aceptación de su causación, lo cual no fue acreditado al plenario. 4. En forma reiterada la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos como las sentencias del 2 de marzo de 1949, del 15 de junio de 1949, del 16 de febrero de 1950, del 18 de diciembre de 1953, y recientemente en sentencias como la del 14 de julio de 2009 y la del 15 de Julio de 2008, expuso: “Se impone recordar, como de vetusta lo ha señalado en esta Corporación, que para que el Juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el anónimo del Juzgado no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.(31637) Sentencia 15 de Julio de 2008. Teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, ruego al Honorable Tribunal confirmar la sentencia apelada”.

Por su parte **COLTRANQUES S.A.S**, sostuvo:

“(..).1. No cumplió la parte actora con la carga probatoria que permitiera al a quo satisfacer sus pretensiones, toda vez que no demostró los fundamentos facticos en los cuales apoyaba sus peticiones, en este caso, el reconocimiento de salarios por tiempo extra, dominical y festivo y el reajuste de prestaciones sociales con la consiguiente indemnización moratoria.

2 El Juzgador de Primera Instancia de manera acertada y aplicando los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, indicó que el actor no acreditó el número exacto de horas o periodos de tiempo por los cuales solicitaba el mencionado reajuste, limitándose a señalar que laboró en jornada suplementaria que no aparece demostrada en el proceso.

3. El actor prestó sus servicios a la demandada *SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S.*, sociedad que lo sometió a subordinación y dependencia, sin que mi representada hubiese tenido injerencia en el desarrollo de sus actividades, razón por la cual, mal puede reputarse solidaria en los presuntos derechos demandados..." (PDF 07 Cdo. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, se observa que no fue motivo de reparo alguno la decisión de instancia en lo atinente a declarar la existencia del contrato de trabajo del demandante, a término indefinido, con *SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGISTICA S.A.S.*, entre el 16 de agosto de 2012 y el 1° de febrero de 2018; considerando como último cargo desempeñado el de *Analista de Tráfico*- y como salario mensual básico final la suma de \$1.569.000; como se colige de la contestación de la demandada dada por cada una de las accionadas (PDFs 12 y 16) y, se corrobora básicamente, con la documental de los PDFs 04 y 17 respectivamente: contrato de trabajo (fls. 1 a 8 y 9 a 16), certificación laboral expedida el 10 de febrero de 2018 por la Líder Nacional de Nomina de la ex empleadora (fl. 9), liquidación de prestaciones sociales (fls. 10 y 19, 20); algunos comprobantes de pago de salario (fls. 12, 37 a 48 y 39 a 58), citación y diligencia de descargos llevada a cabo el 19 de diciembre de 2017 (fls. 50 a 68), OTROSI al contrato, en el que se determina en la cláusula primera el cargo y funciones, así: "...**PRIMERA- CARGO Y FUNCIONES:** Hemos decidido de acuerdo a nuestra libre y espontánea voluntad, que **EL TRABAJADOR** a partir del 01 de Junio de 2016 ocupara el cargo de **Analista de Tráfico**, para el cual deberá desempeñar las funciones que se desprenden de la

naturaleza del cargo...” (fls.17 y 18 PDF 17); entre otros documentos militante en el expediente.

Por consiguiente, atendiendo los reparos de la apelante, la controversia en esta instancia se centra en determinar si: **(i)** Hay lugar al pago de horas extras o trabajo suplementario nocturno, dominical y festivo, recargos nocturnos, dominicales y festivos que se reclama; y consecuentemente, de encontrarse acreditado lo anterior, **(ii)** procede la reliquidación de pretensiones que se solicita en la demanda.

Respecto al primer cuestionamiento, esto es el **trabajo suplementario nocturno, dominical y festivo y los recargos correspondientes**, debe indicarse que los artículos: *158 del CST*, prevé que la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal; *el 159 ibídem* prevé el trabajo suplementario o de horas extras, como aquel que excede de la jornada ordinaria y en todo caso el que excede de la máxima legal; *el 160 ídem* modificado por el apartado 25 de la Ley 789 de 2002 y el 1° de la Ley 1846 de 2017, determina el horario del trabajo diurno y nocturno, así: “...1. Trabajo diurno es el que se realiza en el periodo comprendido entre las seis horas (6:00 a.m.) y las veintiún horas (9:00 p.m.). – 2. Trabajo nocturno es el que se realiza en el período comprendido entre las veintiún horas (9:00 p.m.) a las seis horas (6:00 a.m.) ...”:

A su vez, el *artículo 161 ídem*, establece la duración de la jornada máxima legal en 8 horas al día y 48 a la semana, y el artículo 22 de la Ley 50 de 1990 el límite del trabajo suplementario, al señalar “...En ningún caso las horas extras de trabajo, diurnas o nocturnas; podrán exceder de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales...”. Asimismo, el *artículo 166* de la norma sustantiva laboral, permite elevar el límite máximo de horas de trabajo contemplado en el artículo 161 “...en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza necesiten ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos sucesivos de trabajadores, pero en tales casos las horas de trabajo no pueden exceder de cincuenta y seis (56) a la semana...”; el *artículo 168 ibídem*, modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990, determina la remuneración del trabajo nocturno y del suplementario, previendo: “...1o) el trabajo nocturno, por el

solo hecho de ser nocturno se remunera con un recargo del treinta y cinco por ciento (35%) sobre el valor del trabajo diurno, con excepción del caso de la jornada de treinta y seis (36) horas semanales previstas en el artículo 20 literal c) de esta ley. - 2o) El trabajo extra diurno se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno... - 3o) El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco por ciento (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno...” y; el artículo 179 ídem, determina el salario en caso de turnos, consagrando “...Cuando el trabajo por equipos implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, las partes pueden estipular salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, siempre que estos salarios comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales...”.

Ahora, sobre la acreditación o demostración de dicho trabajo, la jurisprudencia legal ha sido pacífica al determinar que quien pretende su pago debe probar el número de horas diarias laboradas, debiendo quedar plenamente demostrado en el proceso los siguientes supuestos: “...a) La permanencia del trabajador en su labor, durante horas que exceden la jornada pactada o la legal.- b) La cantidad de horas extras laboradas debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, pues no le es dable al fallador establecerlas con base en suposiciones o conjeturas.- c) Las horas extras deben ser ordenadas o por lo menos consentidas tácitamente por el empleador y, en ese sentido, deben estar dedicados a las labores propias del trabajo y no a cualquier tipo de actividades...” (Sent. SL1225 de 2 de abril de 2019, Rad. 69487).

Se indica en el hecho sexto de la demanda que, el trabajador realizó su trabajo encomendado dentro de los horarios y bajo la supervisión y subordinación de las demandadas, en turnos rotativos de trabajo, en horarios comprendidos así: Primera semana: de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 2:00 p.m. y los sábados y domingos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.; la segunda semana: de lunes a viernes de 2:00 p.m. a 9:00 p.m. y los sábados y domingos de 6:00 a.m. a 6:00 p.m.; la tercera semana: de lunes a viernes de 9:00 p.m. a 6:00 a.m., el fin de semana siguiente descansa; (fls. 4 PDF 03); supuesto fáctico que fue negado por la ex empleadora, precisando en lo que respecta al tema específico, que no acredita el accionante en primer lugar, haber laborado en jornada nocturna y mucho menos la autorización expresa y escrita de la sociedad para laborar en

esa jornada, conforme lo señalado en la cláusula novena del contrato de trabajo celebrado entre las partes, la cual transcribe (fl. 10 PDF 16).

En el contrato de trabajo se estableció en la cláusula novena, como JORNADA DE TRABAJO. “...*EL TRABAJADOR se obliga a laborar la Jornada Ordinaria Diurna o Nocturna dentro de las horas señaladas por EL EMPLEADOR, pudiendo este hacer ajustes o cambios de Horario cuando lo estime conveniente o asignar la jornada. Por el acuerdo expreso o tácito de las partes podrán repartirse las horas de la Jornada Ordinaria en la forma prevista en el Artículo 164 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Artículo 23 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que los tiempos de descanso entre las secciones de la Jornada no se computan dentro de la misma, según el Artículo 167 del Código Sustantivo del Trabajo., **Parágrafo:** Para todos los efectos, los pagos de trabajo suplementario o de horas extras, serán discrecionales DEL EMPLEADOR y para el reconocimiento y pago del trabajo suplementario o en horas extras, dominical o festivo, EL EMPLEADOR o sus representantes deben autorizarlo previamente por escrito; en consecuencia EL EMPLEADOR, no reconocerá ningún trabajo suplementario o en horas extras o en día de descanso obligatorio que no haya sido autorizado previamente o avisado por escrito...*” (fls. 5 PDF 04 y 15 PDF 17). Al proceso se allegó documento denominado OTRO SI PARA MODIFICAR EL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO CELEBRADO ENTRE DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA Y SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S., donde en la cláusula segunda del mismo, se pactó “...**SEGUNDA – REMUNERACION:** Como consecuencia de lo anterior, como contraprestación a su servicio, el trabajador recibirá la suma de Un millón trescientos sesenta y nueve mil peso m/cte (\$1.369.000), por concepto de salario básico mensual y se pagara quincenalmente. Dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos de que trata los capítulos I, II y III del título VII del C.S.T...” (fls.17 y 18 PDF 17); así como los desprendibles de pago de los periodos 2013-01-31, 2014-01-31, 2015-01-31, 2016-01-31, 2012-12-15, 2013.06-15, 2013-12-15, 2014-05,15, 2014-12-15, 2015-06-15, 2015-12-15, 2014-01-15,2015-11-15, en los cuales se registra el reconocimiento o pago por concepto de HORAS EXTRAS FIJAS DIURNA al demandante (fls. 39 a 57 PDF 17).

También se escuchó en declaración a los señores Camilo Andrés Barrios González, Jairo Alberto Chaparro Díaz y Misael Segura Perdomo; los dos primeros compañeros de trabajo del accionante y; el último Jefe Nacional de Operaciones de Coltanques SAS, quienes sobre el tema materia de controversia,

sostuvieron los dos primeros, pues el tercero dijo no conocer al demandante y respecto al horario de trabajo no se le cuestionó, lo siguiente:

El primero de los aludidos, **Camilo Andrés Barrios González**, mencionó que él laboró en Coltanques SAS, entre junio y el 23 de diciembre del año 2017, allí fue compañero de trabajo con el demandante, desempeñando ambos el cargo de Analista de Tráfico, especificó en qué consistía el mismo, precisando que el actor era mucho más antiguo que él en la empresa, pero no refirió época de ingreso de éste; manifestó que aquel, según lo que le comentó, estaba vinculado “...él ya estaba bajo el vínculo con la empresa SERLOG si no estoy mal, pero no recuerdo que tipo de contrato tenía...” pero que “...nosotros éramos lo mismo, realizábamos la misma labor, los mismos turnos todo lo mismo entre nosotros...”, precisó que trabajaban por turnos los cuales eran programados por la jefe inmediata de ellos o por el director de área “...trabajábamos turnos doce horas, dos días de 12 horas de 6:00 de la mañana a 6:00 de la tarde, 6:00 de la tarde a 6:00 de la mañana, los elaboraba nuestra Jefe que en ese tiempo se llamaba DENIS, no sé si hoy en día todavía se encuentra ahí, nos elaboraban esos turnos o el Director del área que se llamaba Hermes, el señor Hermes nos elaboraba los turnos de esa manera...”, que “...ellos lo elaboraba para todo el grupo igual como de la misma manera...”.

Expuso que la programación de los turnos no era enviada al correo “...esos turnos no, por medio de comunicación no nos lo hacían saber, pues yo cuando entre a la empresa me dijeron los turnos son de tal manera pero no nos los enviaban como tal al correo o de alguna manera escrita a nuestros correos para saberlos cumplir, ya uno sabía que eran dos turnos se sabía que eran dos turnos en la mañana y dos en la noche y descansábamos 2, de esa manera trabajábamos nosotros...”, y que era igual para todos incluido el demandante, que compartieron o cumplieron turnos simultáneamente; las programaciones no sufrían variaciones o modificaciones “...no, nunca se realizó ninguna modificación siempre fue de esa manera...”.

También indicó que “...solamente nos remuneraban un sueldo básico, sin horas extras, ni nocturnos, solo el básico, normal...”, que para el demandante era igual “...si a él, yo si tengo conocimiento que a él tampoco, solamente con el sueldo básico, pero no le remuneraban lo que eran las horas nocturnas y tiempo extra...”, que ese sueldo básico era superior al salario mínimo, sin precisar su monto “...no nunca supe, no la verdad nunca supe cuánto

le remuneraba a él, no la verdad no...”, tampoco tuvo en sus manos un desprendible de pago del accionante.

Frente al cuestionamiento que le hiciera el apoderado de Coltanques SAS, si podía precisar concretamente cuántas horas, cuántos días, específicamente le dejaron de pagar al accionante, ya que había afirmado que no le cancelaban recargos ni tiempo suplementario, contestó “...no exactos y precisos no sabría decirle, no pues no se específicamente cuanto tiempo estamos hablando, no tengo conocimiento, pero en lo que lleve trabajando 6 meses, sé que en ese tiempo no se pagaban las horas extras, ni recargos...”; manifestó que en el desempeño del cargo de Analistas de Tráfico, manejaban o tenían conocimiento de información sensible para la empresa, como “...temas de vehículos, de seguridad de los vehículos, donde se encontraban los vehículos, tipos de mercancías, que transportaban, que llevaban a donde iban, donde llegaban, donde pernoctaban, ese era el tema de información sensible que nosotros manejábamos de la empresa...”, ellos –los analistas de tráfico- determinaban si la carga necesita o no escolta “...si correcto, también teníamos que determinar eso, que tipo de carga se escoltaba y que tipo de carga no...”, al igual que decidían si cambiaban o no una ruta dependiendo alguna eventualidad que se presentara “...si claro alguna vez tocaba realizar, detener o desviar las rutas, ya se por temas de seguridad, meteorológicos, lo que se presentara en el momento...”; que tales circunstancias, en su sentir, conforme le preguntó el juez, permitían en la empresa catalogar o clasificar el cargo desempeñado por el demandante como de confianza y manejo “...yo sé que todos los del área si teníamos ese cargo de manejo y confianza y pues ya todos entrábamos directamente por la empresa por eso mismo...”, condición que afirma estaba contenida “...en el de él no sé muy bien, pero en el contrato creo que sale esa labor especial del cargo...”

Por su parte el testigo **Jairo Alberto Chaparro Díaz**, adujo que trabajó con el demandante “...en la empresa COLTANQUES, hace un tiempo fuimos compañeros de turno cuando estuvimos trabajando los dos en la empresa...”, que él –el testigo- estuvo en dicha empresa “...yo trabaje con ellos un lapso de 5 años aproximadamente, desempeñando funciones como manejo y monitoreo de flota en la cual pues yo trabaje haciendo turnos rotativos de 8 horas de domingo a domingo, estuve trabajando aproximadamente, es que no recuerdo bien el año, pero finalice más o menos sobre el año ... 2016 finalice servicios con ellos...”, que tenía

contrato a término indefinido con Coltanques SAS, su cargo también era el de analista de tráfico al igual que el del actor, pero que tenía entendido que éste “...estaba trabajando con esa temporal, pero nosotros internamente le llamábamos temporal por qué no era un vínculo cómo yo tenía contrato indefinido con COLTANQUES sino simplemente...”; que fue compañero de trabajo del accionante “...aproximadamente trabajé con él los últimos 3 años por que el desempeñaba funciones en otras áreas y ya los últimos tres años fue cuando ya fue directamente el vínculo con él en el sentido que nos teníamos que compartir las funciones en el turno de trabajo...”, “...compartimos porque digamos se hacía la misma función pero lo que cambiaba era como el tipo de carga, porque pues se monitoreaban un área de líquidos, se tramitaba un área de carga seca, se monitoreaba un área de carga masiva, entonces pues él era más que todo con el área líquida, y después ya poco a poco, si se compartían esas funciones, a veces se digamos que internamente en el área se hacía rotación de funciones, entonces a veces yo tenía que encargarme del área líquida y él encargarse del área sea y así sucesivamente...”.

Que la labor la ejecutaban en turnos rotativos, mediante programación que elaboraban los jefes, “...esos turnos eran rotativos, pero que pasaba, resulta que en esa área había mucha rotación de personal, no todas las veces esa programación era por parte de los jefes, si porque pues digamos yo trabajé, yo podía estar de 6:00 a 2:00 y resulta que en un momento determinado alguna persona tuvo que renunciar o alguna persona pasa una incapacidad y ellos directamente empezaban era a modificarle la programación a los que en ese momento estaban ahí y alargarles el turno o en ese momento seguir de largo o en su debido momento, si usted terminaba una jornada de mañana y esperaba la jornada de tarde posiblemente o se iba de noche o repetía turno en la mañana...”, que esos turnos eran en ocasiones “...estamos hablando que hubieron veces que eran turnos de 12 a 14 –habla de horas-, turnos por cubrir personas que estaban ausentes...”, pero que la jornada normal comprendía “...turnos de 8 horas a excepción de los días lunes que tenía claro que los días lunes eran turnos de 12 horas para cubrir el descanso o el cambio del turno del turno entrante, es decir si el turno nocturno terminaba, tenía que obviamente para cubrir sueño tenía que el lunes, el turno de mañana y el turno de la tarde doblar 12 horas para tener que en la noche descansara y se entrara el martes en la mañana...”, dijo que no sabía si al actor le remuneraban las horas adicionales a la jornada normal “...no, no lo tengo claro señor...”, pero que a él –al deponente- si se las pagaban “...a mi si me remuneraban las horas, no le puedo decir que el 100% pero si en parte, se trataba en lo posible de remunerar con tiempo, pero a veces el tiempo por una u otro motivo como le digo por la rotación de personal, eso se volvía como una cosa en el limbo...”, y al accionante “...si a él también le trataban de remunerar con tiempo pero pues por lo que le digo, por la rotación de personal era como o sea, era por el momento como un pañito de agua tibia para uno seguir laborando...”.

Expuso que el cargo de analista de tráfico “...si estaba catalogado como personal de manejo y confianza, ya que se manejaban temas de demasiado delicados con respecto al tema de monitoreo de cargas, pues obviamente se entiende que nosotros teníamos conocimiento de contraseñas, tipo de documentos demasiado y cargas valiosas, las cuales pues teníamos que obviamente velar por la seguridad y pues todo eso es información de carácter crítico en esa empresa, por eso se manejaba ese esquema de manejo y confianza...”; que al ser el demandante compañero también manejaba esa información sensible de la compañía “...al ser compañero mío sí, tenía que manejar las mismas reglas...”; precisó que desconoce si al actor le efectuaron pagos por recargos nocturnos, festivos y dominicales, o cuantas horas extras le quedaron adeudando, ni cuantas horas festivas, nocturnas trabajó aquel “...no, no las recuerdo, en lo que yo trabajé con él, ya dentro de área de tráfico y seguridad, ya que él ya quedaba únicamente ya los dos últimos años que quedo directamente solo en el área, ya al mando del señor Hermes y al mando del señor Vicente, él trabajaba los mismos turnos que yo, pero como le decía por cantidad de hora y eso pues yo digamos en ese sentido no le ponía cuidado porque ¿pues mi situación laboral era diferente a la de él por lo que mi contrato era indefinido y el contrato de él no tengo conocimiento de que tipo era, pero pues era diferente porque él no trabajaba con COLTANQUES directamente...”

También se practicó prueba de interrogatorio de parte, así:

El representante legal de COLTANQUES SAS –Juan Carlos Torres Londoño, dijo que el demandante “...fue contratado a través de la empresa de servicios complementarios si señora y contratado por servicios complementarios, el cual le pagaba todas sus acreencias laborales, ellos directamente...”, había laborado “...como analista de tráfico, en seguimiento a la carga y según la información que tengo según la demanda, del 2012 al 2018...” ; que las labores las desempeñan en turnos rotativos, los que para ese personal –analista de tráfico- “...eso va de acuerdo a la promesa de servicio de los clientes...”, “...digamos que, como le explico, nosotros los clientes como tal son diversos y de una u otra manera los carros están circulando en las calles de nosotros hay restricciones hay bloqueos, entonces de acuerdo a cómo se esté moviendo los carros están los analistas de tráfico haciéndole seguimiento a la mercancía de esos vehículos ...”; los cuales “...lo maneja directamente nuestra aliada estratégica, nosotros contratamos a SERVICIOS COMPLEMENTARIOS para que le haga el seguimiento a esos vehículos a través de la empresa de SERVICIOS COMPLEMENTARIOS, y eso es potestativo de ellos, potestativo de SERVICIOS COMPLEMENTARIOS...”; precisó que la prestación del servicio del accionante se desarrolló “...en las instalaciones de COLTANQUES...”.

La representante legal de SERCOMLOG SAS –Jackeline Vega Fernández, sostuvo que el demandante había laborado para esa sociedad, en el cargo de analista de tráfico, especificando las funciones que éste cumplía; sobre el horario precisó “...no hay un horario exacto si, por qué debido precisamente a tantos cambios y a situaciones climatológicas, como en el anterior ejemplo, el tipo de carga, si es en ruta nacional o si es en ruta local. entonces no habría un horario específico de inicio de labor con el señor cuando se firmó un otrosi, se organizó el tema de los horarios, o más que los horarios, del cumplimiento de su gestión...”, reiteró que el demandante no había un horario fijo, porque “...el cargo de él como lo mencionaba desde un principio al ser de confianza y manejo se pactaron unas horas extras, más que pactar no, se le aclaró, se le dijo en el OTROSI precisamente, el que se le incrementaría el salario precisamente porque no podíamos decir cuantas horas ni que días, sino existía la posibilidad de algunas horas extras, entonces que se iba a cubrir con ese aumento de salario, si señor...”; que el pago de las horas laboradas por fuera de la jornada ordinaria “...estaban incluidas dentro de su salario, si señor, si se le cancelaron....”.

El demandante – Diego Armando Camacho Moncada, precisó que suscribió el OTROSI al contrato el 1° de junio de 2016, que estaba establecido turnos rotativos para la prestación del servicio, pero que no le pagaban recargos nocturnos, ni dominicales ni festivos “...turnos rotativos en la empresa COLTANQUES, son unos turnos que hay que desarrollar en la empresa como analista de tráfico eso es una malla de turnos que está aprobada por el gerente de tráfico y seguridad don Hermes Gonzales; esa malla de turno consiste en horarios, de 6:00 de la mañana a 2:00 de la tarde, cambia 2:00 de la tarde a 9:00 de la noche, cambia de 9:00 de la noche a 6:00 de la mañana en horario nocturno, los fines de semana son 12 horas que hay que laborar de 6:00 de la mañana a 6:00 de la tarde y de 6:00 de la tarde a 6:00 de la mañana incluido los lunes festivos, esa es la malla de turnos...”, pero que no se los pagaban “...no están siendo pagados solo están siendo bajo el sueldo básico es lo que se paga quincenalmente, porque vinieron pagando quincenalmente, no pagaron digamos los horarios dominicales ni los festivos ni los horarios nocturnos en los que yo labore dentro de la compañía, dentro de COLTANQUES...”; que el pago reflejado en los comprobantes como HORAS EXTRAS FIJAS “... eso era un bono que lo disfrazaban de esa manera como horas extras fijas ya que representaba como un dinero extra...”, “...fue como una recompensa simplemente...”, que su remuneración era la suma fija como salario básico de \$1.569.000, que no comprendía concepto alguno adicional.

Que la programación de turnos “...se hacía mediante personas allegadas al gerente de tráfico y seguridad, don Hermes González, esas personas elaboraban la malla de turnos se la preparaban a don Hermes, don Hermes daba su aprobación y pues ya lo remitía a todos los analistas de tráfico para que cumpliéramos ese horario, cada persona tenía un horario y tenía que cumplir esos horarios distintos...”, y se los comunicaban “...por medio correo electrónico podía ser el viernes o finalizando la semana, o bueno cada uno ya sabía que horario nos correspondía porque pues ya llevábamos años como antigüedad, entonces ya sabíamos que horarios nos correspondía trabajar...”, que esa programación podía variarse si se presentaba alguna eventualidad el clima, circunstancias personales de otros terceros, la clase de carga, el destino de la misma u otros factores “...por decir si un compañero estaba en el horario del día de 6 a 2 de la tarde y había un compañero que tuvo una calamidad doméstica, ese compañero que estaba en el día lo podrían pasar a la hora de la noche para que hiciera ese reemplazo...”, “...como tiene muchos clientes COLTANQUES digamos la carga más crítica esa es a la que más había que hacerle seguimiento 24 horas, si un compañero tenía una incapacidad, o se le presentó un problema había otra persona de pronto de la carga que no fuera así tan importante que pasaba a hacer ese reemplazo, a reemplazar a esa otra persona...”.

Los medios de prueba referenciados, analizados en conjunto atendiendo los principios de libre formación del convencimiento y el de la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS), no permiten determinar con la precisión y certeza necesaria, que real y materialmente al demandante se le quedó adeudando tiempo suplementario o recargo alguno de ley, dado que si bien los testigos escuchados, quienes dijeron haber sido compañeros de trabajo del actor, manifestaron que la labor la desarrollaban en turnos rotativos, que podía ser en horario diurno y nocturno; no hay manera de determinar efectivamente cuántos horas extras diarias eventualmente laboraba el actor y en qué jornada; recordemos que no es posible al operador judicial hacer cálculos o suposiciones para elevar una eventual condena en los términos peticionados.

En efecto, adviértase que los deponentes aunque refirieron haber laborado con el actor, en turnos rotativos, sus versiones no coinciden con lo referido en la demanda respecto al horario de los mismos, nótese que Camilo Andrés Barrios González dice que estuvo entre junio y diciembre de 2017 como compañero del demandante en la empresa COLTANQUES SAS, que los turnos eran de “...doce horas,

dos días de 12 horas de 6:00 de la mañana a 6:00 de la tarde, 6:00 de la tarde a 6:00 de la mañana...”, que “...ya uno sabía que eran dos turnos se sabía que eran dos turnos en la mañana y dos en la noche y descansábamos 2, de esa manera trabajábamos nosotros...”; cuando en la demanda se afirma que eran de 8 horas diarias, el cambio o la rotación se hacía cada semana y el descanso se daba hasta la finalización de la tercera semana; indicó igualmente dicho deponente que la programación una vez la conocían, sin explicar porque medio adquirirían ese conocimiento, pues fue enfático en aseverar que no la enviaban al correo, contrario a lo admitió el demandante; no se podía variar o modificar, lo que contradice el otro testigo –Chaparro Díaz- y el propio accionante, al indicar que habían circunstancias en que se modificada dicha programación por diferentes factores, a manera de ejemplo porque algún compañero no asistiera a trabajar por calamidad, enfermedad, como lo refirieron éstos, o por situaciones incluso climáticas o meteorológicas, de la carga, de la ruta, de la mercancía, etc..

Igual sucede con Jairo Alberto Chaparro Díaz, su versión no concuerda con lo referido en la demanda, ya que aunque expuso que la jornada normal u ordinaria era de 8 horas, también mencionó que había una excepción los días lunes, ya que en estos días “...tenía claro que los días lunes eran turnos de 12 horas para cubrir el descanso o el cambio del turno del turno entrante, es decir si el turno nocturno terminaba, tenía que obviamente para cubrir sueño tenía que el lunes, el turno de mañana y el turno de la tarde doblar 12 horas para tener que en la noche descansara y se entrara el martes en la mañana...”; y es que no podemos entrar a considerar como lo hace la recurrente, que dado que los testigos aludieron a la ejecución de la labor en turnos diurnos y nocturnos, ya quedaba demostrado por parte del accionante el cumplimiento del trabajo extra y de recargos reclamado, para elevar las condenas solicitadas.

Téngase en cuenta, en ese orden de ideas que, no hay manera de establecer, contrario a lo referido por la apelante, que días de la semana laboró el actor en determinada jornada –diurna y nocturna-, en que horario específicamente; circunstancia que, impide realizar algún cálculo; como quiera que el juez, como ya se indicó, tiene vedado hacer hipótesis o conjeturas para

determinar un eventual número de horas extras y recargos dejados eventualmente de pagar.

Y es que ni siquiera, porque en la comunicación de citación a descargos y en esa misma diligencia llevada a cabo el 19 de diciembre de 2017; se relacionen algunos días y sus turnos, se puede determinar con la precisión y claridad necesarias que en los mismos laboró trabajo suplementario o algún recargo de los reclamados; ello dado que, aunque se registran los días: 27 de noviembre de 2017, en el turno de 6:00 a.m.; el 30 de noviembre de 2017 “...Usted llegó a las 15:04 es decir una hora y cuatro minutos después de su hora de ingreso, y ausentándose de su lugar y jornada laboral sin solicitar ni gestionar permiso con antelación ni presentar soportes que justifique su ausencia...”; el 7 de diciembre de 2017, turno de 9:00 p.m.; el 13 de diciembre de 2017, turno de 6:00 p.m; 15 de diciembre en turno de 6:00 a.m.; el 17 de diciembre de 2017 “...no se presentó a su lugar y jornada laboral...” (fls. 50 a 67 PDF 04); no se indica o determina si cumplió la jornada normal u ordinaria, si hubo trabajo extra en qué número o cantidad, pues lo que se advierte que en uno de esos ni siquiera asistió a laborar y en otro lo hizo luego de la hora de entrada y se retiró antes de concluir el turno; por lo que la información contenida en esas documentales aunque se advierte que trabaja por turnos y en jornada diurna y nocturna, no es suficiente entidad y concreción, para considerar que hubo trabajo suplementario y su cantidad; ya que esos aspectos no se advierten de la misma.

En ese orden, no hay medio de prueba que lleve a acreditar real y materialmente cuantas horas extras laboró el actor diariamente y no le fueron reconocidas; ya que se reitera, quedo demostrado en el proceso, que la empresa en algunos períodos mensuales, reconocía o pagaba “HORAS EXTRAS FIJAS”; y si bien, para los dos últimos años de vigencia del contrato, no se advierte tal reconocimiento, pues no se aportaron los comprobantes de ese tiempo; se reitera, tampoco quedo determinada con la precisión y claridad necesaria la causación del tiempo reclamado; ya que no existe medio de convicción alguno que así lo determine, lo que impide edificar alguna condena; pues el demandante

no logró probar de manera precisa y concluyente, que realmente laboró horas extras, que se le dejaron de cancelar así como los recargos nocturnos, en dominicales y festivos; carga de la prueba que le competía y que no logró acreditar en el plenario (Arts. 167 del CGP y 1757 del CC).

Y es que, debe recordarse que era la parte demandante, al afirmar que había tiempo insoluto, quien debió acreditar el número concreto de horas extras que no le fueron cancelados, al igual que los recargos nocturnos en dominical y festivo; sin que tal labor hubiere quedado demostrada con la suficiencia, claridad y precisión necesarias para que saliera avante las súplicas de la demanda; pues se insiste, el dicho de los testigos no es de la contundencia necesaria para determinar específicamente cuantas horas extras laboraba el demandante, que días a la semana y en qué jornada, para definir una eventual condena; aunado a que la tesis de la parte demandada, que no fue materia de controversia, es que por la actividad desplegada por el actor se consideraba como un trabajador de confianza o manejo, que de ser así, lo excluiría de la regulación sobre jornada máxima legal de trabajo, en los términos del literal a) del artículo 162 del CST.

Entonces, al no haber logrado la parte demandante, acreditar en debida forma cuantas horas extras real y materialmente laboró, así como jornadas nocturnas y en dominical y festivo; no queda otro camino que avalar la decisión absolutoria en ese sentido, habida consideración que en gracia de discusión de considerarse que la jornada era de doce horas, lo que se reitera no quedo debidamente probado, entonces fueran 4 horas diarias, esto es las que excedían de la jornada máxima y así elevar una eventual condena; por cuanto como ya se indicó, no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

La jurisprudencia legal, sobre este punto, precisó: *“... Además, no es admisible el argumento del casacionista cuando pretende probar de la jornada máxima legal, el número de horas extras laboradas, pues como ya se ha dicho, entre otras, en la CSJ SL 8675/2017 “No es posible (...) que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino*

que ello debe ser resultado de demostración una a una (...)" (Sent. CSJ SL 1225-2019. Rad. 69487 de 2 de abril de 2019).

Por consiguiente, no hay lugar a edificar condena alguna por el tiempo suplementario, así como por recargos nocturnos, en dominical y festivo, lo que releva a la Sala de pronunciarse respecto a reliquidación pretendida, como quiera que su estudio dependía de la prosperidad de la condena por horas extras y demás aspectos enunciados, que no salió avante; tal como lo concluyó el juez a quo, motivo por el cual se confirmará la sentencia

De esta manera quedan resueltos los temas de apelación, reiterándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en el recurso.

Ante lo adverso de la decisión del recurso a la parte apelante, se le condenará en costas (Numeral 1°, art. 365 CGP). Fíjese como agencias en derecho, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2021, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C. dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO ARMANDO CAMACHO MONCADA** contra **SERVICIOS COMPLEMENTARIOS EN LOGÍSTICA S.A.S.** y **COLTANQUES S.A.S.**, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11000-31-05-031-2019-00407-01
Demandante: **ALICIA SUAREZ FONSECA**
Demandados: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y
SOCIEDAD EDUCADORA SIMÓN BOLIVAR LTDA -COLEGIO
MILITAR SIMON BOLIVAR-**

En Bogotá D.C. a los **7 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA**, procede a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las entidades pensionales accionadas y el grado jurisdiccional de consulta en cuanto a la Administradora Colombiana de Pensiones – **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

ALICIA SUAREZ FONSECA instauró demandada contra **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA -COLEGIO MILITAR SIMON BOLIVAR-** para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara, entre otras cosas, que trabajo para la **SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA -COLEGIO MILITAR SIMON BOLIVAR-**, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1985, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1986, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1987, del 1 de febrero de 1988 al 25 de agosto de 1989, en el cargo de profesora de bachillerato, último salario \$39.310.00; que la sociedad omitió afilarla al sistema de seguridad social y no realizo lo aportes a

pensión de los periodos de 1985, 1986 y 1987; que debe pagar el cálculo actuarial a COLPENSIONES; se declare que cotizó desde el 1 de febrero de 1985 al 31 de diciembre de 2014, más de 1000 semanas a COLPENSIONES, que es beneficiaria del régimen de transición y del Acuerdo 049 de 1990, aprobado Decreto 758 de 1990, que tenía más de 750 semanas según lo contemplado acto legislativo 01 de 2005; que se declare nulo o ineficaz el traslado y la afiliación al Fondo PROTECCION S.A, por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos y las consecuencias negativas, en consecuencia de la nulidad PORVENIR S.A., deben trasladar todos los rendimientos a COLPENSIONES; que se declare que PORVENIR SA solo compareció para efectuar los traslados del capital de las cuentas pensionales, que se declare como consecuencia del traslado inicial a PROTECCIÓN al quedar nulo o ineficaz, el mismo, también era realizado para PORVENIR; después de varias declaraciones adicionales a las anteriores solicita se condene a la SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA -COLEGIO MILITAR SIMON BOLIVAR- a pagar COLPENSIONES el cálculo actuarial por los periodos de los años 1985, 1986 y 1987, se condene a COLPENSIONES a entregar el cálculo actuarial a la Sociedad citada y registrar en debida forma en la historia de la demandante los periodos citados. Asimismo, se condene como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de afiliación a PROTECCIÓN y PORVENIR, a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES; Se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, aceptar y recibir el traslado de todos los aportes; se condene a COLPENSIONES, desde el 20 de septiembre de 2013 fecha en que cumplió estatus pensional e incluirla en nómina a partir de la fecha en que se haga efectivo el retiro del sistema general de pensiones, se condene a COLPENSIONES a liquidar la pensión con una tasa de reemplazo el 90% en aplicación acuerdo 049 de 1990, por corresponder a la norma más favorable. En subsidio solicita se declare la nulidad del traslado y la afiliación a PROTECCIÓN S.A. por cuanto no existió una decisión informada, autónoma y consciente, al no conocer los riesgos y consecuencias del traslado, que es beneficiaria régimen de transición, se declare que como consecuencia de la nulidad del traslado y afiliación a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, debe trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos a COLPENSIONES, que se declare que PORVENIR S:A. solo compareció para efectuar

los traslados de capital de las cuentas pensionales de la demandante; que se declare que como es nulo el traslado a PROTECCIÓN S.A., también lo será el realizado a PORVENIR S.A.; que PORVENIR S.A. debe enviar a COLPENSIONES todos los detalles del traslado de aportes, que COLPENSIONES como consecuencia de declarar la nulidad debe activar la afiliación y recibir todos los aportes. Y requiere las peticiones de condena de que como consecuencia de la nulidad del traslado con PROTECCIÓN SA, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, se condene PORVENIR S.A. a enviar el detalle del traslado de aportes, se condene COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante desde su fecha de afiliación como beneficiaria del régimen de transición artículo 36 ley 100 de 1993, a aceptar y recibir el traslado de todos los aportes, y demás derechos que pueda reconocerse de forma ultra y extra petita, y se condene en costas.

Como fundamento de las peticiones la accionante expuso que nació el 20 de septiembre de 1958, se encontraba vinculada al régimen de prima media desde el 22 de marzo de 1988; para la fecha de la demanda contaba con 58 años; que laboró para la SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA, COLEGIO MILITAR SIMON BOLIVAR, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1985, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1986, del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1987, del 1 de febrero de 1988 al 25 de agosto de 1989; la sociedad omitió afiliarla en los periodos de los años 1985, 1986 y 1987; que cotizó más de 1.000 semanas desde el 1 de febrero de 1985 al 31 de diciembre de 2014, que tenía 750 semanas cotizadas a julio de 2005; adquirió el estatus pensional el 20 de septiembre de 2013, por haber laborado así: “ a. Del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1985 - Colegio Simón Bolívar b. Del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1986 - Colegio Simón Bolívar c. Del 1 de febrero al 30 de noviembre de 1987 - Colegio Simón Bolívar d. Del 1 de febrero de 1988 al 25 de agosto de 1989- Colegio Simón Bolívar e. Del 18 de abril de 1991 al 30 de noviembre de 1991 - Corporación Liceo la Sabana. f. Del 23 de abril de 1992 al 4 de diciembre de 1992 -Corporación Liceo la Sabana. g. Del 5 de abril de 1993 al 19 de noviembre de 1993 - Nuevo colegio del Carmen. h. Del 1. de marzo de 1995 al 31 de diciembre de 1997 - Instituto Henao y Arrubla. i. Del 15 de enero de 1998 hasta la fecha - Colegio Nuestra señora del Rosario”; el 17 de febrero de 1995 fue trasladada a PROTECCIÓN S.A., no se le brindó la información

adecuada y completa para proceder al cambio de régimen; que le informe sobre las ventajas, pero no sobre las desventajas del cambio; que se encuentra afiliada a PROVENIR S.A. (PDF 02Demanda Folios 1-19 y PEF 07EscritoDeSubsanación).

El proceso le correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, (PDF 05ActaDeReparto). Mediante providencia del 11 de julio de 2019, admitió la demanda y ordeno correr traslado a los demandados. (PDF 08AutoAdmiteDemanda)

Dentro del término legal, **COLPENSIONES** contestó la demanda. Sostuvo frente a unas peticiones declarativas que no se opone ni allana por no ser encaminada en contra de ella y con relación a las otras se opuso afirmando que carecen de fundamento factico o jurídico, o no estar afiliada actualmente a Colpensiones; se opuso a las condenas, peticiones subsidiarias y de condena exponiendo las razones. Con relación a algunos hechos sostuvo que eran ciertos fecha de nacimiento, edad, afiliada a Porvenir, conforme con la documental allegada, otros que no le constaban.

Precisó que siempre ha actuado de buena fe; que del escrito de demanda se colige que la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, por lo que no puede retornar al régimen de prima media, por ausencia clara de lo requisitos legales y jurisprudenciales para su procedencia de acuerdo con lo previsto en la ley y especialmente las sentencias C-1024-2004, SU-062-2010 y SU-130-2013, proferidas por la Corte Constitucional, lo que imposibilita legalmente su traslado al régimen de prima media con prestación definida, y expone argumentos facticos y jurídicos.

Formuló como excepciones de fondo que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (PDF 17ContestaciónDemanda)

A su turno **PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos indicó ser ciertos los relativos a la edad, afiliación y traslado de la demandante, con relación a los demás hechos precisó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, argumentó que la decisión tomada por la accionante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre.

Alegó que en el momento en que la demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional, **PORVENIR S.A.**, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, más adelante, por varias normas legales y reglamentarias.

Manifestó que si bien existía una obligación para las administradoras del Sistema General de Pensiones de entregar información dada a quienes pretendiesen vincularse a ellas, era una información necesaria, veraz y suficiente, pero nada más, sin mayor especificación, por lo tanto, no había obligación de brindar una asesoría, de dar un buen consejo incluso para desincentivar la afiliación, ni mucho menos una doble asesoría, tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen,

pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con posterioridad.

Señaló que no existía razón para considerar que en este caso la demandante no contara con la capacidad suficiente para dar su consentimiento en el acto de vinculación a la demandada por carecer del entendimiento suficiente para comprender las implicaciones del acto jurídico que estaba llevando a cabo, pues no había duda de que sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban suficiente idoneidad y aptitud para entender las consecuencias del acto de traslado de régimen de pensiones.

Agregó que no puede descargarse totalmente el deber de informar en la Administradora de Pensiones, pues en virtud del principio de igualdad dicha obligación también recae sobre el afiliado, quien es conocedor de su situación particular y concreta de sus expectativas laborales, que en últimas son las que permitirán acceder a un mejor derecho pensional, situación que se escapa del conocimiento de la AFP.

De modo que, si la actora consideraba que el traslado al RAIS le ocasionaba perjuicios, tuvo oportunidad para retirarse de la demandada y regresar a su anterior administradora. No puede afirmarse que desconociera esta oportunidad, por estar consagrada en una norma cuyo conocimiento se presume.

Además, alegó que no tiene ningún sentido, y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Es claro, por lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo: manejar los fondos y las cuentas individuales. No están en poder de la administradora, ya que por

exigencia de la ley estuvo obligada a invertir las en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar.

Señaló la buena fe objetiva de la AFP demandada, que se traduce en un deber de o comportamiento que se expresa a través de las reglas de honestidad, corrección, transparencia, diligencia, responsabilidad consideración del interés del otro, entre otros deberes, que siempre ha actuado de buena fe; que es importante poner de presente que la accionante se preocupó por su situación pensional de cara a la llegada de la vejez, conociendo ya los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, que la oposición al traslado no es por voluntad de la AFP sino por expresa disposición legal, que lo prohíbe cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años de llegar a la edad reglamentaria; que lo que motiva a la demandante a solicitar la nulidad o ineficacia de su traslado no reposa en la forma como se produjo sino en el supuesto hecho de no cumplirse sus expectativas sobre el eventual monto de la pensión que recibiría, y cita la sentencia de proferida por la Sala Laboral de la Corte expediente 31989. Formuló las excepciones de mérito de *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe”*. (PDF 37ContestacionDemanda).

La demandada, **PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos acepto la fecha de nacimiento de la demandante, expresó que no le constan otros hechos o no ser ciertos, que la demandante suscribió de manera libre, voluntaria e informada formulario de vinculación el 17 de febrero de 1995; expuso la validez y eficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, la irretroactividad de las normas jurídicas, falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM, la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, obligaciones de los consumidores financieros, para lo cual cito la ley 1328 de 2009, el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento, y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando

se declara la nulidad y o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

El Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del día 27 de agosto de 2020, resolvió:

“RESUELVE: PRIMERO: DECLARAR la existencia de tres contratos de trabajo a término Indefinido entre SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA en calidad de empleador y ALICIA SUAREZ FONSECA en calidad de trabajador por los periodos comprendidos entre el 01 de febrero al 30 de noviembre 1985, 01 de febrero al 30 de noviembre 1986 y 01 de febrero al 30 de noviembre 1987.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA a pagar el valor del cálculo actuarial, calculo actuarial realizado por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a favor la señora ALICIA SUAREZ FONSECA por los periodos comprendidos entre el 01 de febrero al 30 de noviembre 1985, 01 de febrero al 30 de noviembre 1986 y 01 de febrero al 30 de noviembre 1987.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen realizado por la señora ALICIA SUAREZ FONSECA CORREAL, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo a la demandante como válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

CUARTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS Protección S.A. a que traslade a PORVENIR S. A. las sumas de dineros que descontó de los aportes realizados por la demandante correspondientes a gastos de administración seguros entre otros.

QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a que traslade a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que cancelo la demandante por concepto de aportes junto con sus rendimientos e interés sin que pueda descontar suma alguna correspondiente a gastos de administración, seguros entre otros.

SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que realice el cálculo actuarial por los periodos comprendido entre el 01 de febrero al 30 de noviembre 1985, 01 de febrero al 30 de noviembre 1986 y 01 de febrero al 30 de noviembre 1987 calculo actuarial que deberá cancelar SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA.

SEPTIMO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado de régimen.

OCTAVO: CONDENAR a pago de costas y agendas en derecho a las demandadas a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. NOVENO: Como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverse a los intereses de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se concede el grade jurisdiccional de consulta en el evento de que ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES no apele la sentencia”.

Se concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo a favor de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCION.

Como sustento de su decisión determino la existencia de la relación de trabajo de la demandante con la demandada SOCIEDAD EDUCATIVA SIMON BOLIVAR LTDA, después de hacer mención al a los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., así como los medios de pruebas particularmente el dicho de Maritza Mantilla, y las certificaciones expedidas por dicha demandada folios 21 a 25 del expediente, en los periodos demandados.

En cuanto a al traslado de régimen trajo a colación el precedente jurisprudencial que sobre el tema ha trazado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial el señalado en la sentencia 68852 del 3 de abril de 2019 sentencia SL 1452, así como la sentencia SL 12136 2014.

Expuso que a través de la línea jurisprudencial se han establecido unas reglas dentro de las cuales se ha indicado, como el deber de información, que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente del consentimiento informado, y de la carga de la prueba, pues a todos los fondos encargados de administrar las pensiones les corresponde cumplir con los deberes que les impuso la ley y el deber de información impuesto desde la expedición de la Ley 100 de 1993.

III RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la decisión, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES apeló la decisión argumentando lo siguiente, en términos generales:

“De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el HTB en orden, de establecer que a la señora ALICIA SUAREZ FONSECA no le asiste el derecho de reintegrarse al régimen de prima media de un lado en consideración (inaudible) del año 2013, a encontrarse a menos de 10 años de adquirir la categoría de pensionado al respecto señalar de presente la fecha de nacimiento de la accionante, esto es 20 de septiembre de 1968 así mismo se entiende que no tiene requisito para retornar o migrar nuevamente al régimen de prima media, de igual forma de acuerdo con lo manifestado tanto por la demandante en el interrogatorio y los testimonios no se observan vicios en el consentimiento que permitan definir que su afiliación AL RAIS preste mérito para declarar la nulidad o la ineficacia aunado a lo anterior no cumple los requisitos establecidos por vía jurisprudencial retratados por la corte constitucional en sentencias C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, frente a esto se debe considerar en igual forma en el salvamento de voto del magistrado RIGOBERTO ECHEVERRY en sentencia SL1452 de la CSJ en el sentido de que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia del traslado simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no

resultado acorde a sus aspiraciones, contrario a ello estima prudente que se analicen las circunstancias particulares de cada caso, y que no se establezcan o reivindiquen reglas generales automáticas que minen la estabilidad del sistema pensional y desconozcan principios fundamentales como la autonomía y libre escogencia. como consecuencia de lo anterior ante la imposibilidad de dar tránsito a la de traslado está en cabeza de la obligación de autorización de la historia laboral como consecuencia del pago del calcula actuarial de parte del colegio simón Bolívar improcedente de igual forma reconocer la pensión de vejez de la parte actora al amparo de la prima media tal como lo manifestó este despacho aun no encuentra el canon de semanas requeridas y necesarias y de igual forma no está cobijada bajo el régimen de transición de igual forma no está cobijada bajo el régimen de transición de esta manera sucinta dejo mi alegato. (...)

A su turno, **PORVENIR SA**, también interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, con la finalidad de que la misma se revoque en lo que se refiere a la ineficacia, argumentando, en términos generales, para tal efecto que:

“Interpone recurso de apelación, en lo que se refiere a la ineficacia del régimen pensional y condena en costas impuestas en contra de porvenir

En el presente proceso se logró evidenciar que el traslado del régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, sin presiones e informada () solidaridad de manera verbal lo certificado y las características y condiciones y propias del régimen al cual está afiliado, en este sentido no puede pasarse por alto el formulario de afiliación diligenciado es claro en señalar esta información que se le recibió.

El formulario de afiliación suscrito por la demandante no es uno de los formularios a los que se refiere la jurisprudencia por la CSJ puesto que en este formulario de afiliación se le indico de manera clara “manifiesto que he sido asesorada de manera suficiente a cerca del significado del régimen de transición del cual son beneficiadas las personas que al 1º de abril de 1994 tuvieron 35 años o más siendo mujeres, 40 o más siendo hombres o 15 años más de servicios régimen que dan derechos a sus beneficiarios que se hayan trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad a pensionarse en las condiciones de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de pensiones que se les aplique con anterioridad a la fecha citada, así mismo este formulario dice que consciente de ello hago constancia que realizo de forma libre espontanea sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual habiendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios del régimen particularmente sobre el régimen transición, bonos pensionales y sobre los requisitos legales para acceder a la pensión que otorga el sistema así mismo selecciona a Porvenir para que maneje los recursos y más adelante indica que se le dio información sobre la posibilidad del derecho de retracto En este sentido y en concordancia con lo señalado por la demandante en el interrogatorio que fue realizado es claro que esta recibió informe acorde y sujeta a la ley para la fecha de afiliación, por lo tanto el diligenciamiento del formulario de afiliación, y haber recibido información de manera verbal materializa la voluntad de esta de pertenecer a dicho régimen pensional las expresiones materializadas en el formulario de afiliación no se le puede restar ningún tipo de validez puesto que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad de esta en solicitar un traslado a un régimen pensional a un traslado de AFP por lo cual no resuelta el caso indicar que no recibió información puesto que si bien la CSJ ha sido enfática en señalar que existe un deber y una carga por parte de las AFP es importante que esta se refiera a que la frase o la sola reseña de traslado de manera libre y voluntario no genera manifestaciones del deber, o la información que suscribió

Para el caso que nos convoca es claro que el formulario de afiliación contiene información adicional a la frase de trasladarse de manera libre y voluntaria adicionalmente no puede pasarse por alto los traslados horizontales realizados por la demandante pues de acuerdo con lo que se dijo en los alegatos de conclusión mediante sentencia SL (..) y sentencia (..) de 2018 genera manifestaciones inequívocas de la demandante en pertenecer a uno u otro régimen pensional, en consideración a lo anterior no resulta caso obligar a lo

imposible a mi representada y traer medios probatorios distintos o construir elementos probatorios que no le resultan al caso más aun cuando mi representada cumplió a cabalidad lo dispuesto en la ley para la fecha de afiliación.

Respecto a los gastos de administración se debe dejar claro que estos tienen sustento en la ley 100 de 1993, por ende al devolverlos causara un perjuicio a mi representada en favor de la demandante más aun cuando estos emolumentos no se encuentran en cabeza de mi representada fin que pretendían que cubriese los riesgos que están cubiertos a la fecha y adicionalmente se deja presente que los gastos de administración se utilizan para realizar los distintos movimientos financieros los que se encuentran depositados a la fecha en la cuenta de ahorro individual de la demandante

En igual sentido la superintendencia financiera en concepto 2019- 152169-003-00 indicó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia lo procedente seria que se respeten las restituciones mutuas que se hayan realizado y que no se ordene el traslado de la prima de seguros provisional y que tampoco se ordene la devolución de las comisiones de las cuotas de administración que han sido a las cuentas de ahorro individual del afiliado y que corresponde al trabajo de la administradora en mover dichos recursos, dada la autoridad doctrinal de esta entidad se considera que los criterios antes expuestos merecen ser considerados y debidamente ponderados en el caso presente.(...)

(...)”.

La demandada PROTECCION S.A, también interpuso recurso de apelación para lo cual expuso, en términos generales:

“...Solicita sustentar el recurso de apelación y se revoque la sentencia solo en lo relativo en la condena a esta administradora en la devolución de cuotas de administración y seguros la comisión de administración de la prima de seguro (..) descuentos autorizados de la ley 100 de 1993, y del artículo 20 y modificado por la ley 797 de 2013 que faculta o autoriza a las AFP a realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados a los afiliados al sistema general de pensiones el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima de seguro provisional y opera en ambos regímenes tanto en el RAIS como en el régimen de prima media obra como prueba en el expediente certificado de rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante donde se demuestran que se obtuvieron rendimientos y ganancias que fueron devueltos al fondo de pensiones Porvenir, con la condena de primera instancia que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados adicionalmente lo descontado por administración de seguros se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por a recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, además de esto ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual realizado por la buena gestión por Protección sustento esto en el artículo 1746 Código Civil y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 31889 MP Eduardo López Villegas, adicionalmente a esto hay que dejar de presente que el Decreto 2555 de 2010 señala que el manejo de los recursos administrados por la AFP es vigilado por la superintendencia financiera de Colombia por lo que es preciso poner de presente que esta entidad el concepto del 17 de enero de 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad por la ineficacia de la afiliación debe dársele lo aplicado en el artículo 7° del decreto 3995 de 2008, que establece que con el traslado de régimen se debe trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía mínima del cual tampoco se mencionó en esta sentencia respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de administración, y frente a la prima de seguro provisional se debe manifestar que está ya fue girada a una aseguradora para que en caso de un existir un siniestro de (..) o invalidez tal como se manifestó en los alegatos dicha compañía pagará una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos inclusive la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de

afiliación de la parte demandante y mi representante esta imposibilitada de realizar una devolución y trasladársela en este caso a Porvenir y posteriormente a Colpensiones, toda vez que en este caso la aseguradora en un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en este contrato que suscribió la demandante con Protección.”

La juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos por las entidades pensionales.

Recibido el expediente inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto, el 10 de septiembre de 2020, al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01ActaReparto Cuaderno Segunda Instancia).

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 04 ídem); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 7 de febrero de 2023 (PDF 08ActaReparto ídem).

En el término concedido en segunda instancia para alegar, las partes presentaron escrito de alegatos, en los siguientes términos: La demandante:

“... es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que en el proceso la entidad demandada no logró demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradora de fondos de pensiones demandada faltó al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas, que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe brindar a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. De igual forma, en la Sentencia de mayo de 2019 SL 1689, de la Dra. Clara Cecilia Dueñas, dejó sentado que la “información necesaria” a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de: - Características. - Condiciones. - Acceso. - Servicios. Por lo tanto, el acto jurídico de cambio de régimen pensional debe estar precedido de una ilustración el trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias de traslado. Por otra parte, solicito a este Despacho que acoja la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que aborda el tema que aquí se debate, tales como Rad. No.31314 del nueve (9) de septiembre de dos mil ocho (2008), en la sentencia SL12136-2014, Radicación n° 46292 del 3 de septiembre de 2014, Sentencia SL19447-2017 radicación No 47125 del 27 de septiembre de 2017 y en la sentencia laboral SL17595-2017 Radicación n.° 46292 del dieciocho (18) de octubre de dos mil diecisiete (2017), SL4964-2018, de las cuales se puede colegir: • Que la ineficacia del traslado se genera, como consecuencia de la falta de información en la que

han incurrido los fondos al momento de la afiliación.. • No se puede entender que se dio una información por la simple suscripción del formulario que cuenta con la impreso de que se afilio de manera libre, voluntaria y sin presiones. • La nulidad del traslado de régimen pensional, opera tanto para las personas que tenían el régimen de transición como aquellas que no. Sobre este último punto fue clara la corte en sentencia laboral en sentencia SL 14522-2019 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas se manifestó frente al tema aquí debatido, indicando que desde la creación de los Fondos de pensiones surgió la obligación de brindar información a sus clientes y a sus usuarios frente a lo que era el régimen su funcionamiento sus ventajas y sus desventajas, información que no puede ser sustituida por el diligenciamiento de un formulario de afiliación. Para cerrar la intervención, se hace alusión a la sentencia STL3186-2020 Radicación 57200, por medio de la cual se revocó por vía de tutela una decisión de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que desconoció el precedente en materia de ineficacia del traslado, en donde la Corte Suprema de Justicia fue enfática defendiendo la línea jurisprudencial sobre este asunto, que data de 2008: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción”. “Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área”. Con base en los argumentos anteriores, se le solicita al despacho CONFIRMAR la decisión de primera instancia, la cual se encuentra ajustada a derecho, a la ley y a la jurisprudencia, y de conformidad con las pruebas que obran dentro del expediente” (PDF 05 Alegatos Demandante cuaderno segunda instancia).

Demandada, PORVENIR

“En el presente caso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y sustentado en debida forma, respetuosamente solicito REVOCAR la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Lo anterior, fundado en los siguientes argumentos: Cabe señalar que, previa asesoría personalizada en la oficina de la actora, su afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con mi representada. Esto, máxime si se tiene en cuenta que la demandante recibió, previo a su afiliación, una asesoría por parte de esta AFP sin que hubiera manifestado cualquier clase de inquietud u objeción, pues fue más bien atraída por los beneficios del RAIS que decidió trasladarse al Régimen Privado de Pensiones. Igualmente, debe tenerse en cuenta que a la actora le era absolutamente exigible un deber de diligencia que permitiera, al inicio o a lo largo de su permanencia en el RAIS, indagar y/o cuestionar los conceptos y eventos propios del régimen elegido para objetar la gestión del fondo y reconsiderar su decisión dentro de la oportunidad legal, razón por la cual es inexcusable que aduzca desconocimiento alguno, como también es inadmisibles predicar de ella la calidad de una afiliada lego. Por su parte, considera mi representada que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP PORVENIR se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados, quienes repetitivamente han confesado (i) no querer

a las AFP para la absolución de las dudas y conceptos propios del régimen de su escogencia, como (ii) tampoco leer con detenimiento y cuidado los documentos que suscriben vinculando su derecho pensional. Lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que para la época de vinculación con mi representada, se le ofreció una asesoría que le permitió contar con el respaldo que esperaba de esta AFP; que le dio las garantías que le permitieron hacer su traslado de régimen y que le permitió hacer frente a la gestión de su derecho pensional a lo largo de los años sin que, como lo admitió en su interrogatorio de parte, en cualquier momento hubiera presentado reparos u objeciones a la gestión de este Fondo Pensional, acto que solo se manifiesta hoy de manera conveniente desconociendo las consecuencias de sus propias decisiones. Ahora bien, cabe señalar que en virtud de su condición de afiliada, la relación entre la demandante y la administradora del RAIS fue de carácter administrativo y esta se manifiesta en varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une al usuario con la administradora de pensiones y con las prestaciones, sin que de ninguna manera pueda concluirse que frente al afiliado existe una posición dominante que inexorablemente coloca en una mejor situación a la AFP al momento de materializarse la vinculación. Esto, encuentra razón precisamente en el hecho de que no se está discutiendo un contrato y de allí que no sea posible negociar las condiciones y efectos de la afiliación que están impuestos desde las normas de orden público, particularmente, desde la norma que regía el deber de información para la fecha del momento de traslado. Lo anterior, encuentra fundamento en que, para la fecha del momento del traslado, la norma que regía el deber de información correspondía al numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 estableciendo lo siguiente: "Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado. 1 " Así las cosas, resulta claro que para la fecha en la cual se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la demandante. En igual sentido, debe advertirse que tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, luego, tampoco era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así hasta entonces lo exigía expresamente y, se reitera, fue solo con posterioridad que dicho requerimiento fue impuesto por el ordenamiento jurídico vigente. Sin perjuicio de eso, se reitera, la hoy demandante ha gozado, desde el inicio de su vinculación hasta la presente fecha, de las calidades personales y laborales que no permiten atribuirle la calidad de afiliada lego; pues entendía perfectamente el funcionamiento del régimen de su escogencia y el impacto de las decisiones que tomaba de forma libre y suficientemente informada hasta el punto de que fue de manera libre y voluntaria que realizó su afiliación al Fondo de Pensiones hoy demandado. De igual forma, si se tiene en cuenta que para cuando la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13° de la Ley 100 de 1992 y que en estricto derecho esta no contaba con limitante alguna para retornar al régimen de Prima Media transcurridos tres (03) años desde la vinculación inicial con mi representada, no debe perderse de vista que, tanto en vigencia de esa norma como en vigencia de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (cinco años desde la selección inicial), la señora SUÁREZ FONSECA desechó las múltiples oportunidades que el ordenamiento jurídico le otorgaba para retomar el modelo de pensión (1 Decreto No.663 de 1993, artículo 97, numeral 1) ofrecido por Colpensiones y por el contrario, de manera libre; voluntaria; y espontánea confirmó su fidelidad dentro del RAIS reafirmando su intención de obtener su derecho pensional con mi representada, fidelizando la gestión de este fondo pensional durante su vida laboral, siendo que sólo 25 años después de su traslado inicial (tal y como se evidencia de su historial de vinculaciones SIAFP), de manera extemporánea y conveniente se preocupa por gestionar su interés prestaciones y reconocer que ahora sí le resulta más beneficioso retornar al Régimen de Prima Media que años atrás decidió abandonar. Ahora bien, en este punto es importante resaltar que la causa real que lleva a inconformidad a la demandante a incoar la acción de ineficacia no obedece a otra cosa más que al monto de la mesada pensional, elemento el cual, resulta a todas luces insuficiente para considerarse como elemento que viciara su

voluntad como afiliada al RAIS, máxime si se tiene en cuenta que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables; pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, mientras que en el RAIS las mismas se reconocen dependiendo única y exclusivamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados dentro de su respectiva cuenta individual. Al respecto obsérvese lo establecido por la Superfinanciera en concepto No. 2019152169- 003 del 15 de enero de 2020: “No obstante, en cuanto a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, si bien su finalidad es en ambos casos la “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones”, en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM), los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) las pensiones y prestaciones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados”. En este orden de ideas, debe indicarse que la orden impartida a mi representada respecto de la devolución de los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia resulta improcedente como quiera que las sumas correspondientes a los gastos de administración gozan de una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por la AFP PORVENIR S.A., de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada en la medida que precisamente fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente en el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos -cuyos rendimientos fueron reconocidos de forma permanente e inexcusable a la señora demandante-. Sobre el particular, es importante advertir que no se corresponde con las normas legales sobre las restituciones mutuas que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Es claro, por lo tanto, las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales ya se agotaron o extinguieron al haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo, esto es, el de manejar los fondos y las cuentas individuales; y que, por lo tanto, no están en poder de la AFP PORVENIR S.A, quien, acatando las disposiciones vigentes, las invirtió en la obtención de la rentabilidad mínima que el marco normativo le obliga garantizar, motivo por el cual resultaría improcedente la devolución de estas. En igual sentido, debe indicarse la devolución de las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse en los términos previstos por la norma específicamente dispuesta para ello, esto es, el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 como disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado: “De esta manera, la normatividad existente permite inferir que en caso de resultar necesario un traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, lo procedente, además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral de la afiliada, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos”, lo cual debe hacerse también cuando se declare la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, “...respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genere los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino” 2. (2 Superintendencia Financiera de Colombia.). Como se observa, es claro incluso para la autoridad competente y reguladora de la actividad en cuestión que las sumas descontadas por

concepto de gastos de administración y seguros previsionales no deben ser trasladadas al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante, la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual. Ahora bien hay que decir que en el caso de que se considere que como efectos de la ineficacia deben existir restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que, respecto de Colpensiones, la AFP ha actuado como un agente oficio involuntario, en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro (el manejo de los aportes de un afiliado) y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes, de haber sido gestionados por el encargado. Si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad. Es decir, de considerarse que habrá lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, basta subrayar ante el juez fallador que las determinaciones que adopte deberán estar en consonancia con la declaratoria que, como lo ha explicado en reiterada jurisprudencia la H. Corte Suprema Justicia, supone que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior sin solución de continuidad sin que la afiliación al RAIS hubiese existido. Resulta claro, entonces, que para todos los efectos de traslados de recursos del régimen de prima media debe tenerse en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones, de tal suerte que con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de declararse ineficaz una afiliación al RAIS, constituiría un híbrido absolutamente extraño y alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia exigir entregar a Colpensiones los recursos de la cuenta individual del afiliado con los rendimientos obtenidos en el RAIS, cuando lo que se ha manejado por parte de esta doctrina de la Corte es que las cosas deben volver a su estado anterior, esto es, debe considerarse como si el afiliado siempre hubiese mantenido su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, para todos los efectos, lo que en sana lógica implica que los rendimientos que deben entregarse son los que habrían tenido sus aportes en ese régimen. Por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que, desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional, consecuentemente, deberá desestimarse la condena en costas. Puesto que, según lo establecido en el artículo 365° del Código General del Proceso, aplicable a estos procesos por cuenta del artículo 145° del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, solo se aplicará en casos de que sea vencido en la sentencia de primera instancia o al ratificarse por el superior lo dicho por el juez de primera instancia. Debido a todo lo anterior, presento los alegatos de conclusión.” (PDF 06AlegatosDmandadoPorvenir cuadernos segunda instancia)

Demandada Colpensiones:

“No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora ALICIA SUAREZ FONSECA y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. En ningún momento se logró observar VICIO DEL CONSENTIMIENTO, En lo relativo a los vicios del consentimiento el mismo cuerpo normativo reza en su artículo 1508 “Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son error, fuerza y dolo.”, y con la concurrencia de uno de los anteriores, el contrato se declarara nulo. Tratándose de la afiliación al sistema pensional, lo primero que debe decirse es que los afiliados al mismo cuentan con el derecho de escoger libremente a que régimen se afilian, tal como lo indica el literal e) del canon 13 de la Ley 100 de 1993.} Es así que el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el

cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Por lo anterior se puede concluir, que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende, no se le vulnero ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda contrario sensu a la señora demandante se le respeto su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, era una persona que gozaba de toda capacidad legal. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el Artículo 83 de la Constitución Política del año 1991, manifiesta que "las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas", por lo que de alegarse por parte de la demandante que la AFP a través de sus asesores comerciales, mediante maniobras engañosas, efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.), con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.), es a esta misma a quien le corresponde única y exclusivamente, desvirtuar la buena fe del Fondo de pensiones. Frente al dicho de la parte actora DE QUE EL ISS NO ESTABA EN CONDICIONES, es de señalar que este se trasformó a COLPENSIONES la cual fue creada bajo la ley 1151 de 2007, donde el congreso de la república le dio vía libre a la entidad que yo represento, e iba garantizar los derechos de los afiliados del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA. Es de recordar que en SENTENCIA STC8762-2017 M.P ALVARO FERNANDO GARCIA, Radicación N° 76001-22-03-000-2017-00209-01 se manifiesta que la APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU 062 DE 2010 Y DILIGENCIAMIENTO DEL FORMULARIO DE TRASLADO. Cuando el afiliado al Régimen de Ahorro Individual desee que se le aplique lo establecido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia SU 062 de 2010, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento y entrega del formulario de traslado al Instituto de Seguros Sociales, en adelante el ISS, acompañado de una comunicación en la que manifieste su intención de acogerse a la referida sentencia y de una fotocopia de su documento de identificación. Con base en lo anteriormente señalado, se puede determinar que los asesores de la AFP le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía a la misma, el efectuar el traslado, las cuales la accionante manifestó conocer y comprender, al suscribir de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación. De igual forma en la Circular de la Superintendencia Financiera manifiesta "Lo anterior, teniendo en cuenta la circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como COLPENSIONES realicen dicha asesoría a partir de 01/10/2016 a las mujeres de 42 años o mayores, y hombres de 47 años o mayores, desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán trasladar de Régimen sin antes haber recibido dicha asesoría, por lo cual dicha restricción NO ES RETROACTIVA y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la Superintendencia Financiera de Colombia" Se puede concluir, que la parte demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado y que fue de manera libre y voluntaria su afiliación al régimen de ahorro individual, por ende no se le vulnero ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de esta demanda contrario sensu a la señora demandante se le respeto su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS, era una persona que gozaba de toda capacidad legal. Así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado; No es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga. Es de RESALTAR La carga dinámica de la prueba no puede ser

aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación, y en desigualdad de las partes involucradas en un proceso. El artículo 167 de la ley 1564 de 2012, precisa: ARTÍCULO 167. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Así las cosas, la regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias. Por lo anterior, se debe resaltar la importancia que en este tema concede la Corte Constitucional a las consecuencias económicas de las diferentes posiciones sobre la sostenibilidad financiera del Sistema. El principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los Colombianos de manera sostenida e indefinida y la posición asumida por la Corte en los fallos relacionados con nulidad o inexistencia del traslado entre regímenes pensionales, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, en tanto genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del Sistema Pensional, al desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados en la medida en que surgen, de manera contingente de la declaración judicial respectiva. La estabilidad financiera se garantiza en la medida en que el sistema general de pensiones percibe y mantiene, a través de medios jurídicos y financieros, los fondos económicos adecuados que le permitan pagar mes a mes a una mayor cantidad de pensionados y obtener un ahorro para precaver la satisfacción de las pensiones futuras, bajo la permanente orientación de subsanar con urgencia cualquier desventaja contra el bienestar general. De todo lo anterior no es procedente que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del Régimen de prima Media al RAIS y en consecuencia COLPENSIONES deba aceptar el traslado de la demandante, pues a la fecha cuenta con más de 50 años de edad, y por lo tanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 artículo 2º, literal E: “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”. Señala lo que denomina fundamentos jurídicos y jurisprudenciales. (PDF07AlegatosDemandadoColpensionesCuadernossegunda instancia)

IV. CONSIDERACIONES

Del recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta.

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las instituciones pensionales demandadas, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad y sustentados en su oportunidad. Igualmente se analizará la decisión en consulta a favor de Colpensiones, por ser el Estado garante.

Problema jurídico.

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si: **(i)** Se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez de primera instancia, o, por el contrario, si no hay lugar al mismo y por lo tanto deba absolverse a las entidades accionadas de las súplicas de la demanda. **ii)** Si obró bien el juzgador de instancia al ordenarle a la sociedad Protección S.A. y Porvenir S.A. que devuelva el dinero del fondo de pensión mínima, los rendimientos, entre otros y; **iii)** De otra parte, en el escenario del grado jurisdiccional de consulta, deberá evaluarse lo desfavorable a la accionada Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras, en las sentencias STL 4126-2013, Rad. 34552; STL 4255-2013, Rad. 51237 y CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Sobre la ineficacia de traslado.

Frente al primero punto materia de controversia, debe indicar la Sala que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante *“...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”*, ya que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar *“...precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público...”*, por cuanto la ley les impuso a las AFP un deber de servicio público *“...acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...”* (Sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019).

Y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso del tiempo se ha

acrecentado, pues inicialmente se tenía el *deber de información necesaria* (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); luego, *la de asesoría y buen consejo* (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de *doble asesoría* (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por consiguiente, concierne a los jueces determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional de la demandante, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación.

Es preciso recordar, que el objeto del sistema general de seguridad social en pensiones es el aseguramiento de los habitantes del territorio nacional frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante diferentes tipos de prestaciones económicas, y por ello la Ley 100 de 1993 creó el sistema de protección pensional dual, en el que coexisten dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en ese momento por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 12), respetándose entre ellas las reglas de libre competencia.

Ahora, dentro de las características de los sistemas pensionales se consagra como primordial que la vinculación sea “...libre y voluntaria...”, y para tal efecto, el afiliado “...manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”, y agrega tal norma que “...el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley...” (literal b art. 13 Ley 100 de 1993)

Respecto al enunciado “...libre y voluntaria...” contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “...que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (SL 12136 de 2014)

También, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de esas entidades “...suministrar a los usuarios de los servicios que prestan **la información necesaria** para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...” (resaltado fuera de texto).

Frente a la información necesaria que menciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la jurisprudencia, entre otras, en sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019; precisó que la misma debe contener “...la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones...”, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión.

Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que “...es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los

elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida...” para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes, “...evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...”.

Sumado a ello, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Respecto al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló “...al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario...”; criterio que se reiteró en las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, en las que se agregó “...la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...” (SL357-2022 Rad. 85723).

Debe indicarse que en este sentido, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se viene edificando desde el mes de septiembre de 2008, distinguiéndose, entre otras en la estructuración de su criterio, el cual ya fue sustentado las sentencias de casación: 31989 y 31314 del 8 de septiembre de 2008; 33083 de 2011; SL12136-2014, radicado 46292; SL413-2018, radicado 52.704; SL361-2019, radicado 63.615; SL1688-2019, radicado 68.838; SL4875-2020, radicado 85.325; SL4680-

2020, radicado 84.741; SL373-2021, radicado 84.475; SL3168-2021, radicado 87.797; SL3871-2021, radicado 88.720; SL1217-2021, radicado 85.054 y más recientemente, este año, las sentencias SL755-2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

En consecuencia, al ser indudable el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, de brindar un consentimiento informado a los usuarios del sistema antes de que estos acepten el servicio ofertado, mediante un procedimiento que garantice la comprensión de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al nuevo régimen, no es posible acoger la tesis de la recurrente Porvenir, en el sentido que el formulario que firmo la demandante es diferente al analizado por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido que no puede entenderse cumplida dicha exigencia, porque en el formulario de afiliación no se colige ninguno de los requerimientos exigidos por la jurisprudencia para considerar un consentimiento informado. En efecto revisado el formato de solicitud de afiliación de 17 de febrero de 1995 (PDF45AnexosDeLaContestación, folio 1), simplemente se observa, en el apartado de Voluntad de Selección y Afiliación, se indica que “... la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado de forma libre y espontánea y sin presiones (...)” sin información que indique las consecuencias del traslado, por tanto, se reitera, no da certeza que la entidad cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquella tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extraer del citado documento.

Se advierte que en comunicación suscrita por PROTECCION a la apoderada de la demandante con relación a la asesoría brindada a la demandante al momento de la afiliación señala:

“... En cuanto a la copia de la asesoría brindada al momento del traslado de régimen, manifestamos que dicha asesoría se realizaba de manera presencial con el fin de abordar el total de las inquietudes que pudieran presentarse y por tal motivo no se tiene soporte del mismo, no obstante, el fondo de pensiones obligatorias Protección S.A, tuvo a su disposición, un grupo de asesores idóneos prestos a brindar la información que considerara pertinente.”

Adicionalmente, es importante señalar que las Leyes que regulan el Sistema General de Pensiones son públicas y Protección S.A. facilita el conocimiento de las mismas a través de nuestros diferentes canales de servicio como página web, oficinas de servicio al cliente, línea de servicio y asesorías personalizadas, así nuestros clientes pueden tomar las decisiones para su futuro.” (PDF45AnexosDeLaContestación, Folio 5-6)

De tal suerte que el documento de afiliación aludido no acredita ni contiene lo requerido por la jurisprudencia, lo que se corrobora con la respuesta que le dio Protección a la apoderada de la demandante, en donde manifiesta que la información fue verbal, sin que obre medio de prueba que acredite qué información se le suministro.

Asimismo, revisado el formulario de afiliación a Porvenir (PDF38AnexosDeLaContestacion, folio 71), tampoco se advierte que se le hubiese informado las consecuencias que conllevaba la afiliación, simplemente se realizan afirmaciones que presumen un conocimiento, pero no se detalla la información que se le suministra, por lo que tampoco cumple con lo previsto por la jurisprudencia.

De otra parte, debe recordarse que dentro de la dinámica de los procesos de ineficacia o nulidad de régimen pensional, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta indispensable que la respectiva administradora de pensiones demuestre dentro de la litis el respectivo consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal información; y aunque en principio, se conforme a lo establecido en el CGP se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las

normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustrara a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

“3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado.

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

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

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

Debiéndose agregar en este sentido que dicha Colegiatura en sentencia de casación SL4373-2020, Radicación 67556 de fecha 28 de octubre de 2020, precisó que: *“En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional”.*

En ese orden de cosas, observa la Sala que no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa medio de prueba alguno que permita afirmar que la demandante, antes de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 17 de febrero de 1995, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna; suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento.

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia relativa al hecho que la demandante hubiere firmado los formularios pre-impresos de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a las respectivas administradoras de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por parte del fondo de pensiones, pues estando en medio el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, acorde lo adoctrinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a ésta, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otros aspectos, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral¹.

En el interrogatorio de parte, la demandante, como lo señaló la Juez de primera instancia, indicó que frente a Colmena (después Protección), que nunca tuvo una asesoría, que cuando llegó al Colegio venía del Seguro Social, que

¹ Entre otros proveídos de casación, pueden examinarse las Sentencias: SL 1688-2019, Radicación 68.838; SL4373-2020, Radicación 67556; SL 4680 de 2020, Radicación 84.741; SL 845 de 2021, Radicación 83.444.

nunca les asesoraron, y en relación a Porvenir se trasladó en el año 2003 cuando estaba en el colegio Nuestra Señora del Rosario, que le dijeron que no tenían en cuenta la edad, que le llegaron extractos pero más información no le llegó, que el asesor de Porvenir lo único que le explicaron que era un fondo privado que tenía unos beneficios y que no tenían en cuenta el tiempo ni nada, llenaron el formulario, no recuerda que decía el formulario, que le dijeron que le daban un bono, que le dijeron que el seguro social se iba acabar, de tal suerte que de tales manifestaciones no se advierte que la demandante hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a ésta, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional.

Es de indicar que la circunstancia de que se encuentre establecida la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que: *“...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”* tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”* o, que se deba acreditar la intención del retracto; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) 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...”* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la

ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la hoy extinta AFP COLMENA, después PROTECCION S.A. y la hoy demandada Porvenir S.A. hubiesen cumplido con su deber de dar a conocer a la demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado natural anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

En este punto se debe precisar, que en aquellos eventos en los que mediante sentencia judicial se admite la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sus efectos se producen desde el mismo momento en que se generó el acto que dio origen a dicha ineficacia, vale decir, en el caso concreto, desde que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 17 de febrero de 1995, cuando tan solo tenía 37 años, pues "*...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)...*" (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión del juzgador de primer grado, en este aspecto.

Referente a lo señalado, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar que lo declarado es la ineficacia del traslado, de acuerdo con el análisis efectuado por la juez de primera instancia y la jurisprudencia y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento. Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4360 de 2019, reiterada en sentencia SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

"(...) Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico.

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando

falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

[...] En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia...

Se reitera que la circunstancia de que la juez de primera instancia empleó la expresión nulidad, en realidad se advierte como se dijo, del análisis que efectuó, con base en la jurisprudencia de la Corte, sobre el deber de informar de manera clara, completa y comprensible se trata materialmente de la declaratoria de ineficacia del traslado y no propiamente de la nulidad.

Ahora bien, la juez en su sentencia ordenó inicialmente a PROTECCION a trasladar a PORVENIR S.A, la totalidad de sumas de dinero que descontó correspondientes a los gastos de administración, seguros, entre otros de los aportes que realizó la demandante, y PORVENIR deberá trasladar a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante, junto con los rendimientos y los intereses sin que sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros, a su vez la demandada Colpensiones deberá elaborar el cálculo actuarial correspondientes a los periodos laborados por la demandante a favor de la SOCIEDAD EDUCADORA MILITAR SIMON BOLIVAR LTDA, y recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

Al respecto debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión

mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones, por lo tanto lo dispuesto por el a quo, se acompasa con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media no solamente deben trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra actualmente COLPENSIONES debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el aludido Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se impone la confirmación de la decisión de primera instancia sobre el particular.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

“(…) Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima»”

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el

reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

De otra parte, considera PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. que no hay lugar a trasladar dentro de los valores ordenados con destino a Colpensiones, lo relacionado con los gastos por administración; sin embargo tal manifestación no es atendible, como quiera que la ineficacia del traslado de régimen pensional supone negarle efectos al mismo, como si dicho acto nunca hubiese ocurrido, por lo que ha de entenderse que la demandante nunca se cambió al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, las AFP están obligadas a devolver, incluso, los gastos y comisiones de administración, con cargo a sus propias utilidades, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, “...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones...” (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021).

Finalmente, se advierte en el grado de jurisdicción de consulta que la carga impuesta a Colpensiones de realizar el cálculo actuarial, por los periodos indicados que no realizó la afiliación de la demandante la SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA, y afiliar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida, que tales cargas no son más que las consecuencias legales de lo decidido, pues la primera es necesaria para hacer efectiva la obligación insoluble de la sociedad mencionada con el sistema de seguridad social en pensiones, y la segunda al declararse la ineficacia del traslado debe continuar la relación anterior.

No sobra señalar que la juez no declaró que la demandante se beneficiaba del régimen de transición ni tampoco ordenó el pago de pensión alguna, aspectos estos que no forman parte del recurso pues la parte presuntamente perjudicada por tales consideraciones como sería la demandante no interpuso recurso alguno, circunstancia por la cual la Sala no hará mención a estos aspectos, a pesar de aludir a los mismos el apoderado de Colpensiones cuando interpuso recurso de apelación.

Y con relación a la condena de costas impuestas a PORVENIR, a que aludió el apoderado de ésta cuando interpuso el recurso, se advierte que en su sustentación no expuso o señaló razón o motivo de su queja, circunstancia por la cual en virtud de lo expuesto inicialmente la Sala no tiene competencia para examinar dicho aspecto, sin embargo, no sobra señalar que las costas se imponen conforme a lo preceptuado por el artículo 365 del CGP.

Así quedan resueltos tanto los recursos de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES.

V. COSTAS

Se condena en costas en esta instancia a las recurrentes toda vez que el recurso fue resuelto de manera desfavorable, COLPENSIONES, PROTECCION S.A., y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000) a cargo de cada una de las instituciones pensionales apelantes.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 27 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALICIA SUAREZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., PORVENIR S.A. y SOCIEDAD EDUCADORA SIMON BOLIVAR LTDA -COLEGIO MILITAR SIMON BOLIVAR-**

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las instituciones pensionales demandadas recurrentes, **COLPENSIONES, PROTECCION S.A., PORVENIR S.A.**, en su condición de recurrentes. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000) a cargo de cada una de las instituciones pensionales accionadas.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el párrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100208-01

En Bogotá D.C., hoy Trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 06 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GLORIA LEONOR GOMEZ VASQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

GLORIA LEONOR GÓMEZ VÁSQUEZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy en día la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicha entidad, y trasladarla del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy en día ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, así mismo solicito que se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., omitió la obligación de asesorarla, respecto a la posibilidad de retornar I.S.S. hoy COLPENSIONES, que en consecuencia de lo anterior

se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación suscrita con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy en día la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., acto seguido se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. su traslado a COLPENSIONES, junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad, se ordene a COLPENSIONES, activarla en el sistema, que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso y todo lo que resulte ultra y extra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de septiembre de 1967, que al momento de presentación de la demanda cuenta con 53 años cumplidos como se demuestra en la copia de la cédula de ciudadanía, indicó que inició su vida laboral cotizando en el ISS administrado hoy por COLPENSIONES un total 71 semanas y que en toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.184 semanas; manifestó que el 01 de enero de 1996 se trasladó del ISS a HORIZONTE S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, sociedad administradora de pensiones del RAIS, según consta en el formulario de afiliación del 22 de febrero de 1996, que la razón del traslado se dio teniendo en cuenta la información entregada por el asesor del fondo de pensiones el cual le indicó que era mejor estar en el fondo privado, que HORIZONTE S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A., entre los años 2003 y 2004, no le remitió ninguna comunicación con el fin de informarle la posibilidad que tenía de trasladarse de régimen antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión de vejez, así como tampoco ninguna otra comunicación que le sirviese de asesoría pensional, que no le realizó ningún estudio de la pensión probable y omitieron también asesorarla sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario con el ánimo de evitarle un detrimento de cara a su mesada pensional, informó que el 04 de diciembre de 2020 por iniciativa propia solicitó a PORVENIR S.A., un estudio de su pensión probable, que mediante respuesta de fecha 04 de enero de 2021 la entidad informó que tendría derecho a una mesada pensional la cual ascendería a la suma de \$877.803.00 y que no era de su competencia informar el valor de la mesada que le hubiese correspondido en COLPENSIONES, señaló que existe un vicio del consentimiento al momento del traslado de régimen toda vez, que fue engañada en su buena fe, dado que creyó en la promesa de un mayor beneficio pensional y no fue informada sobre las ventajas y desventajas de la decisión de trasladarse de régimen pensional, que posteriormente solicitó a COLPENSIONES el traslado, en cumplimiento del artículo 6 del C.P.L. y de la S.S., que mediante comunicación del 11 de marzo de 2021 COLPENSIONES rechazó la solicitud de traslado.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Archivo 05, fls. 18 a 20).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de Sostenibilidad Financiera del Sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (Archivo 06, fls. 12 a 17).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 06 de mayo de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante GLORIA LEONOR GOMEZ VASQUEZ al RAIS administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como consecuencia, condeno a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, igualmente declaró que la demandante GLORIA LEONOR GOMEZ VASQUEZ, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al RPMPD, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condenó en COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia solicitó que se revoque de manera integral y en su lugar se absuelva PORVENIR S.A., argumentó que *“el traslado fue eficaz y válido, que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio del régimen de la parte demandante que ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 conduce a que el acto jurídico vinculación con PORVENIR S.A. es eficaz y en ese sentido para la reclamación del presente proceso se encuentra prescrita, preciso que en este asunto ninguno de los presupuestos legales fueron alegados y menos resultaron demostrados en el proceso, advirtió que en el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico de acuerdo a los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 del C.P.T. y de la S.S., que además contiene la declaración que trata el artículo 114 de la ley 100 de 1993 esto es que la selección fue libre y espontánea y sin presiones sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del C.G.P., que por lo anterior probatoriamente no es estable desconocer frente al deber de información con el que cumplió PORVENIR S.A., advirtió que la demandante en el interrogatorio que absolvió, manifestó que le fue otorgada a una asesoría que duró más de una hora que se le dio la información pertinente en este asunto, que la demandante manifestó que frente a los rendimientos no le puso cuidado, frente a otras preguntas que se le realizó respondió de manera evasiva y que si conocía el tema de los aportes voluntarios características del RAIS, que la demandante no presentó inconformidad con la AFP y que finalmente no manifestó ninguna queja, indicó que la demandante la mueve una expectativa pensional y no por una supuesta ausencia de información en relación con el contenido del formulario de afiliación, insistió que el mismo es un documento avalado autorizado por la Superintendencia Financiera de Colombia donde la demandante firmó de manera libre y voluntaria tal y como lo expresó en el interrogatorio absuelto en este proceso el artículo 271 en la Ley 100 de 1993, señaló que PORVENIR S.A. no cuenta con más pruebas del cumplimiento con sus deberes para con la parte demandante al momento de la vinculación y que lo anterior no se ajusta a la realidad procesal por cuanto PORVENIR S.A. cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión de la prueba que realizó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, alego que PORVENIR S.A., aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte demandante ha estado vinculada con ellos, producto de una decisión libre e informada lo que se acredita no solamente con el formulario de afiliación sino con la declaración que rindió la demandante, así como la conducta de la afiliada que permaneció en el RAIS por más de 20 años, sin*

haber presentado ningún tipo de inconformidad y manifestó haber recibido dichos extractos pero que simplemente no le interesaban leerlo puesto de que su profesión principal es de contaduría pública, afirmó que las pruebas analizadas de manera crítica y en conjunto permiten concluir que la intención de la parte demandante es permanecer en el RAIS, que además de lo anterior no se cumplió con las características que se le imponen como consumidora financiera que acredita el interés también de ella preocuparse o de informarse en dichos extractos, que no se deben devolver todos aquellos aportes incluyendo gastos de administración y solicitó de que en el hipotético y remoto evento de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez y así se confirmara la sentencia de primera instancia, no puede olvidarse que el artículo 213 literal b de la Ley 100 de 1993 menciona cuáles son aquellos dineros que se deben retornar cuando existe el cambio de régimen esto es el saldo de la cuenta individual incluido el rendimiento, advirtió que lo anterior es lo que impide que legalmente se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma frente a los gastos de administración que se causan en los dos regímenes pensionales y no se puede desconocer que PORVENIR S.A. realizó una administración de los recursos y lo hizo de buena fe, que estos gastos no se pueden trasladar a Colpensiones ya que se generaría un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad con pensiones, aduciendo a la prescripción que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., sugirió que en este orden de ideas los gastos de administración y primas de seguros al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales, pues estos no financian la prestación de vejez y por ende pues estos aportes o gastos de administración no pueden retornar al RPMPD.”.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia, manifestó que; *“no se evidencian vicios del consentimiento o dolo pues no hay una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas pues había cotizado un total de 71.57 semanas con el ISS y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez, señaló que también es importante resaltar nuevamente que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 del 1993 y no es beneficiaria del régimen de transición por semana de manera que no son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional como la SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010, alego que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPMPD pueda resultar superior al que va recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado de la demandante se haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta que la demandante en el presente caso se encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir y no se logra probar una información equivocada o fallas por parte de la AFP PORVENIR S.A., máxime si se tiene en cuenta que para el traslado de la demandante en el año 1996 los fondos solo tenían la obligación de brindar*

información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar a la ineficacia aquí decretada, advirtió que lo que aquí existió es de interés o descuido por parte de la demandante y se evidencio que ella misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.”.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la parte demandante solicito la confirmación de la sentencia, por su parte la demandada Porvenir solicito se revoque el fallo, para lo cual indicó como razones jurídicas; que la ineficacia del traslado de régimen no fue demostrada, que se garantizo el derecho al retracto, a la libre escogencia, que frente a la acreditación del deber de información este ha evolucionado imponiendo cargas probatorias inexistentes, la demandada COLPENSIONES guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 11 de marzo de 2021 y su respuesta el 11 de marzo de 2021, donde le fue negado el traslado al RPMPD (Archivo 06, fls. 55 a 60).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO

INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho

proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS,

los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° 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
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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 perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de

punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 28 de septiembre de 1967 (archivo 01, fl. 23), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre 01 de abril de 1992 y el 01 de febrero de 1996 un total de 71 semanas (Archivo 05, fl. 69 a 100), iii) que el 22 febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de abril de 1996 (fl. 66) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.135 semanas (Archivo 05 fl. 69 a 95).

Por otra parte, absolvió **interrogatorio de parte** la demandante, quien informó que nació el 28 de septiembre de 1967, su nivel de estudio es profesional, como contador público, que actualmente se dedica al comercio, señaló que actualmente no percibe una pensión, que las circunstancias en que efectuó el traslado del ISS hacia el fondo privado administrado por PORVENIR S.A., se dieron en el año de 1996 cuando estaba trabajando en una serviteca, recibimos una asesoría por parte de HORIZONTE donde le informaron que casi que era imposible tener una pensión porque teníamos que cotizar 3.000 semanas y que al trasladarse a HORIZONTE, podía tener el beneficio de un bono al final de la cotización, manifestó que fue una asesoría más de una hora y las personas que estaban ahí se trasladaron, que en la reunión hicieron preguntas, que ella se enfocó en el tema de las 3.000 semanas y pensó en que nunca las iba alcanzar, que también le indicaron que a la edad de los 57 años se podía pensionar pero con 3.000 semanas cotizadas, afirmó que no indagó cuantas semanas tenía, solo sabía que estaba obligada a afiliarse para poder estar en nómina y asumió que lo único que conseguiría sería un bono pensional el cual la motivó a pasarse a HORIZONTE porque de no tener nunca una pensión por ser imposible completar 3.000 semanas, pero que en su caso ese tema no fue de su interés, que con respecto de aportes voluntarios si recibió más información ya que de otros fondos llamaban a ofrecerlos pero nunca le intereso trasladarse, que ni siquiera entendía las propuestas, señaló que en el año 2020 se enteró de que tenía la opción de trasladarse al RPMPD y que nunca recibió asesoría del tema, que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, con una convicción y certeza en la buena fe de la información que estaba dando el funcionario y así poder tener una pensión íntegra y digna.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se

le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Gómez Vásquez asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”*, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) 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...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, reflexión que por tanto conduce a acceder a este punto de apelación. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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, 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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales

mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Por último, respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad

aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Porvenir S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca apporto pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada PORVENIR S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 22 de febrero de 1996 con efectividad el 1 de abril de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman dadas las resultas del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GLORIA LEONOR GÓMEZ VÁSQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

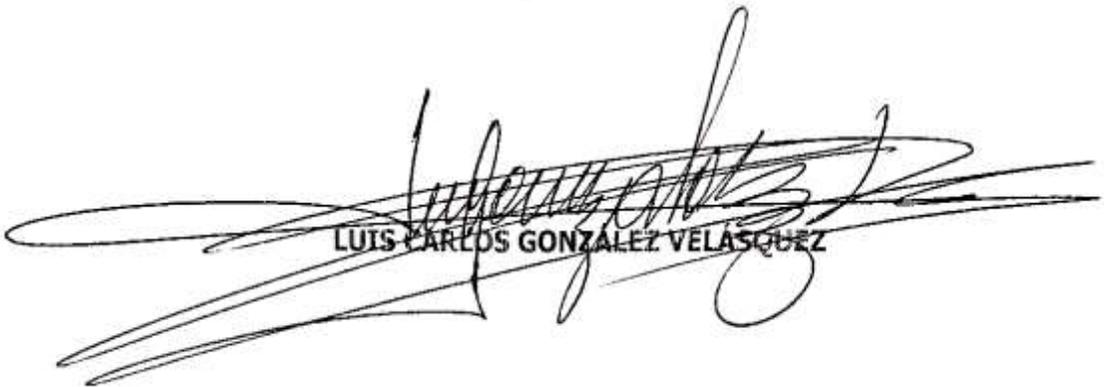
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105032202100239-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo – Contrato Realidad – Prescripción.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, contra la sentencia proferida el 08 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CARLOS VICENTE MUÑOZ MUÑOZ** en contra de **INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS INGESTRUCTURAS S.A.S.**

ANTECEDENTES

CARLOS VICENTE MUÑOZ MUÑOZ, instauró demanda ordinaria laboral en contra de INGENIERIA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS INGESTRUCTURAS S.A.S., para que, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, del 24 de enero de 2012 al 28 de febrero de 2019, en el cual se desempeñó como auxiliar de ingeniería, devengado como último salario la suma de \$2.822.528; se condene a la demandada, al pago de la prima de servicios del año 2019, cesantías e intereses, por todo el tiempo laborado, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, la indexación, lo ultra y extra petita, así como las agencias en derecho y costas del proceso.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, prestó sus servicios de manera personal, continua e ininterrumpida, para INGENIERIA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURA INGESTRUCTURAL S.A.S., de forma subordinada, desde el 24 de enero de 2012, desempeñando el cargo de auxiliar

de ingeniería y, devengando como último salario la suma de \$2.822.528.

Indicó que, el 28 de febrero de 2019, presentó su renuncia, mediante comunicación escrita dirigida a su empleador, entregada al gerente general HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, quien además de fungir como socio de la empresa demandada, también es su hermano; relacionó algunos de los proyectos y actividades que ejecutó, como trabajador de INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURA INGESTRUCTURA S.A.S. y advirtió que, prestó sus servicios personales de forma exclusiva para ese empleador, quien le pagaba el salario, en efectivo o mediante transferencia electrónica, realizada desde su cuenta bancaria; no obstante, los aportes al sistema de seguridad social, fueron efectuados a nombre de HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, pese a ser trabajador de la persona jurídica. Refirió que, el 31 de enero de 2017, la demandada, le dijo que le cancelaría las cesantías y los intereses de las cesantías, para lo cual elaboró una liquidación contrato de trabajo y le dijo que una vez la firmara, le realizaran el pago; no obstante, nunca le pagaron lo reflejado en ese documento, adeudándole a la fecha los salarios y prestaciones sociales reclamadas con esta acción (Archivo 01).

Contestación de la demanda

Notificada de la demanda, **INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS INGESTRUCTURAS S.A.S.**, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones; en cuanto a los hechos, dijo en su mayoría que no eran ciertos, salvo los relacionados con el señor HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, de quien dijo fue el verdadero empleador del demandante y con quien esa compañía, subcontractaba algunos servicios, pero, que con el señor CARLOS VICENTE MUÑOZ MUÑOZ, no existió ningún vínculo laboral, ni concurren los tres elementos previstos en el artículo 23 del CST, para declarar un contrato de trabajo entre las partes. Propuso las excepciones de inexistencia de contrato de trabajo, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, falta de legitimación de la causa por pasiva y la genérica (Archivos 04, 06 y 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 08 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción; declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS INGESTRUCTURAS S.A.S., del 24 de febrero de 2012 al 28 de febrero de 2018; condenó a la demandada, al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, la sanción previstas en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, prima de servicios, los cuales deben ser indexados; impuso el pago de intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por cesantías y primas de servicios, a título de indemnización moratoria conforme al artículo 65 del CST; condenó en costas a la demandada.

Del recurso de apelación

Inconformes con la anterior decisión los apoderados de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, manifestó su inconformidad respecto a la declaratoria parcial de la excepción de la prescripción, que considera no operó en este caso, pues, sólo con la sentencia, se está declarando la existencia del contrato de trabajo y es a partir de ahí que se hicieron exigibles los derechos laborales reconocidos; y porque, no prescribiendo el auxilio de cesantías, igual suerte deben correr los intereses sobre las cesantías y las sanciones por la no consignación de las cesantías en un fondo y el no pago de intereses sobre las cesantías, pues, tiene su origen en esa misma prestación.

La **demandada**, por su parte, insiste en que dentro del proceso quedó demostrado que el verdadero empleador del demandante, era su hermano el señor HAROLD MUÑOZ MUÑOZ y no esa sociedad, fue él quien lo afilió al sistema de seguridad social integral y quien le daba órdenes e instrucciones al demandante, por lo que, solicita revocar la sentencia de primera instancia, en su totalidad, y absolverla de las condenas impuestas, ya que no se demostró que en momento alguno INGESTRUCTURAS S.A.S., ejerciera el poder subordinante sobre el trabajador.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandada solicita se revoque la sentencia de primera instancia, que deben ser apreciadas las pruebas en conjunto, ya que quien pago la seguridad social del demandante fue el señor Harold Alberto Muñoz Muñoz, que se tacharon de falso los testimonios de Luís Orlando y Olga María Muñoz Muñoz hermanos del demandante situación que no fue objeto de estudio por el Juez en primera instancia, entre otras situaciones frente al material probatorio aportado y que debe ser estudiado. De otro lado, la parte demandante solicito se confirme la sentencia, dado que existió una relación laboral entre las partes de lo que da cuenta las pruebas aportadas al proceso y practicadas en primera instancia.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación presentados por el demandante y la demandada, la Sala, deberá determinar, *i)*

si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, y, en caso afirmativo ii) si realmente operó el fenómeno de la prescripción, frente a las acreencias laborales reclamadas por el demandante.

DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO DE TRABAJO A TERMINO INDEFINIDO

El artículo 22 del CST, 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 del mismo Código, subrogado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, la demostración de la prestación continua del servicio, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».”* (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas constancia expedida por INGESTRUCTURAS LTDA, y firmada por su gerente general HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, de fecha 23 de noviembre de 2017, en la que se informa que el demandante, *“se encuentra vinculado a ésta empresa mediante la modalidad de contrato a término indefinido desde el 24 de enero de 2012, en el cargo de auxiliar de ingeniería, devengando actualmente un salario de \$2.662.762”* (fl. 33 Archivo 01); comunicación firmada por MARÍA MERCEDES MUÑOZ SEGURA, del 05 de diciembre de 2016, con el logo de INGESTRUCTURAS LTDA, y dirigida al demandante, informándole que *“hemos decidido dar vacaciones colectivas a todos nuestros colaboradores desde el 23 de diciembre de 2016 hasta el 2 de enero de 2017, día en que retomaremos*

nuestras labores. Es importante aclarar que, si a la fecha usted no cuenta con el tiempo necesario para tomarse los 6 días de vacaciones, se liquidaran (en días una vez cumpla el tiempo” (fl. 34 Archivo 01); liquidación de contrato de trabajo, suscrita por el trabajador y donde se refiere como empleador a HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ (fl. 35 Archivo 01); carné de identificación de INGESTRUCTURAS LTDA, con los datos del demandante (fl. 36 Archivo 01); reporte de semanas cotizadas ante COLPENSIONES, donde consta que entre el 01 de febrero de 2012 y el 28 de febrero de 2019, los aportes a pensión del demandante, fueron efectuados por HAROLD ALBERTO MUÑOZ (fls. 41-47); certificación de transacciones expedida por el Banco Davivienda, donde se indica que, INGESTRUCTURAS LTDA, realizó abonos por transferencia a la cuenta del señor CARLOS MUÑOZ, entre 01 de septiembre de 2016 y el 04 de febrero de 2019 (fls. 48-49 Archivo 01); comprobantes de egreso de la demandada, desde el 07 de febrero de 2012 y hasta el 18 de diciembre de 2018, junto con facturas de venta, tiquetes de compra y comprobantes de transferencias, a través de los cuales se le reembolsaba o cancelaba por la demandada al demandante, viáticos, compra de herramientas, materiales, tiquetes aéreos, hotel, entre otros (fl. 50-234 Archivo 01).

Igualmente, se aportaron las planillas de autoliquidación de aportes, realizados por HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, a favor del demandante; desprendibles de nómina del demandante, con el logo HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS; carta de renuncia presentada por el señor CARLOS MUÑOZ, el 26 de octubre de 2018, dirigida al “*Ing. HAROLD A. MUÑOZ M*”, informando su decisión de dejar de prestar sus servicios “*en su empresa*”, a partir del 31 de enero de 2019; certificación del 28 de febrero de 2018, donde HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS, hace constar que el demandante “*laboró desde el 24 de febrero de 2021 al 28 de febrero de 2019, en calidad de auxiliar de ingeniería*”; registro de defunción de HAROLD MUÑOZ; certificación expedida por la contadora pública ASTRID PATRICIA COLMENARES ROCHA, donde se afirma que el demandante, era trabajador del señor HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ “*como consta en las correspondientes planillas de Seguridad Social a la cual estuvo afiliado desde su vinculación con HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ (...) a salud, pensión, ARL y caja de compensación familiar, gastos que contablemente fueron deducidos como corresponde de las declaraciones de renta anuales de la empresa HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, NIT 10521264-1, las cuales también se anexan. La empresa INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS, INGESTRUCTURAS SAS efectuaba y administraba la totalidad de los pagos a cargo de la firma HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, NIT 10521264-1, en atención a convenio de pago adjunto, en calidad de préstamos, los cuales eran legalizados mediante cruce de cuentas con la factura que periódicamente HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, NIT 10521264-1, presentaba a INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS, INGESTRUCTURAS SAS, por concepto de honorarios y servicios profesionales prestados*”. (Archivo 09).

También obra comunicación del 01 de noviembre de 2017, de HAROLD MUÑOZ a INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS, INGESTRUCTURAS LTDA, denominada “*Autorización, acuerdo y convenio para administración y manejo de pagos a cargo de empresa HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, NIT 10521264-1*”, mediante la cual, el mencionado señor, “*en mi calidad de propietario de la Empresa Unipersonal HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, identificada con NIT 10521264-1 y domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., me permito autorizar a INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS, INGESTRUCTURAS LTDA. para que a mi nombre continúe cancelando los salarios, planillas de seguridad social, prestaciones sociales, cesantías, intereses de cesantías, viáticos, gastos personales, compras y los requerimientos administrativos y gastos adicionales necesarios para el funcionamiento de mi empresa, según lo previamente acordado y acostumbrado verbalmente, sumas que serán contabilizadas y cruzadas con los saldos a mi favor por los servicios prestados a su empresa*”, excluyendo cualquier relación laboral, entre HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ y cualquiera de sus trabajadores con INGESTRUCTURAS LTDA.

Asimismo, se presentaron al expediente certificaciones expedidas por LILA ESTER ASHOOK VILLAREAL, HEIDY LORENA SALCEDO URREGO, JOSÉ DANIEL CHITIVA VARGAS, OMAR HUMBERTO PÉRES CRISTANCHO, a través de las cuales se asegura que el demandante trabajó al servicio de HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ y no de INGESTRUCTURAS LTDA (Archivo 09).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de INGESTRUCTURAS LTDA, informó que comenzó a trabajar con HAROLD MUÑOZ, desde el año 2009; que, el carné que utilizaba el demandante, a nombre de esa empresa, también se les entrega a los contratistas, por lo que no significa que sea su trabajador; que, INGESTRUCTURAS LTDA, subcontraba con HAROLD MUÑOZ, servicios especializados de diseño estructural y este a su vez, subcontraba con la empresa, la administración de sus pagos y la administración en general de sus cuentas personales y nómina de su empresa; que, el demandante, trabajaba para su hermano, no es ingeniero y debía prestar sus servicios donde HAROLD ALBERTO MUÑOZ, lo destinaba y de manera periódica se presentaba en la oficina de Bogotá, no cumplía horario, “*él tenía un manejo, digamos, muy de la mano de lo que le indicaba su hermano*”; que, en el año 2011, el señor HAROLD MUÑOZ, quedó inhabilitado para contratar con el estado, que, la comunicación de vacaciones colectivas enviada por María Mercedes Muñoz Segura al demandante, se hizo a nombre de las dos empresas INGESTRUCTURAS LTDA y HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ; que, la demandada, nunca ha presentado en ninguna de las obras a su cargo, al demandante, como su trabajador y menos como ingeniero.

De otra parte, el demandante, indicó que, no era trabajador de HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, sino de INGESTRUCTURAS LTDA, ya que, cuando fue contratado por su hermano, esto lo hizo, en calidad de accionista mayoritario y gerente de la demandada; que, trabajó para INGESTRUCTURAS LTDA, hasta el 28 de febrero de 2018 y cuando renunció le presentó la carta dirigida a su hermano, porque había sido él quien lo contrató; que, “*toda mi*

acción e interacción la ejecuté con la empresa de INGESTRUCTURAS en cabeza de HAROLD ALBERTO MUÑOZ, como gerente y posteriormente, en los años últimos que estuve vinculado, con la ingeniera Lila, además del resto de compañeros de la oficina que laboraban en INGENIERIA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS”; que, recibía órdenes tanto de HAROLD MUÑOZ, como de LILA ASHOOK; que, cumplía un horario para INGESTRUCTURAS LTDA, que incluso excedía la jornada ordinaria, cuando se iban de viaje y él se tenía que encargar de toda la logística de la empresa, para ejecutar los contratos a nombre de INGESTRUCTURAS LTDA; que, varias veces intentó retirarse de la empresa, pero su hermano no le aceptaba la renuncia, y la última vez, le pidió que se quedara hasta el 28 de febrero de 2019, para terminar un trabajo; que, firmó una liquidación del contrato de trabajo, pero no le pagaron esos valores, sólo recibió un giro de \$3.000.000 que había solicitado para que lo cruzaran con el pago de que le hicieran de cesantías. Dijo que, efectivamente él recibía dinero de su hermano, pero por negocios personales que había realizado de forma independiente a INGESTRUCTURAS LTDA; que, desconoce su hermano tenía una relación comercial con la demandada; y que, en cuanto a los pagos de aportes a la seguridad social, cuando le preguntó a HAROLD MUÑOZ, por qué aparecían a su nombre, él le dijo que no se preocupara, que era un trámite interno de la oficina, además, había otros trabajadores de la empresa, a quienes también les aparecían los aportes a pensión hechos por su hermano; que, nunca se enteró si había contratos a nombre de su hermano, de la ingeniera LILA o de la empresa, él simplemente recibía la orden, se desplazaba y atendía las laborales que le correspondían.

Declararon en el proceso, LUIS ORLANDO MUÑOZ MUÑOZ, hermano del demandante, y quien manifestó ser también ingeniero civil, dijo que HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, su otro hermano, hacia 1999 tuvo un problema por la subcontratación de varias obras con la Secretaria de Educación de Bogotá y eso lo llevó a problemas por indebida firma de contratos con el estado; sin embargo, para el año 2003, empezó a crear su propia empresa INGESTRUCTURAS LTDA, asociándose con otra persona y sus 2 hijas; que, el demandante, trabajaba con el testigo en Popayán y Cali y para el año 2013, HAROLD ALBERTO MUÑOZ, le pidió que CARLOS VICENTE, viniera a Bogotá a trabajar con él; que, HAROLD MUÑOZ, estuvo muchos años inhabilitado para contratar con el estado, y por eso, los contratos se hacían a través de INGESTRUCTURAS; que, su hermano HAROLD, le pidió intervenir para arreglar este problema laboral entre la empresa y CARLOS VICENTE, porque no quería que trascendiera a la familia, incluso le dio la información, facturas y comprobantes para dar fe de que el demandante, realmente trabajaba con INGESTRUCTURAS LTDA, *“puedo dar fe bajo la gravedad de juramento, señor Juez, que mi hermano Vicente, trabajó para INGESTRUCTURAS”;* que, incluso hubo reunión con HAROLD, su esposa y LILA, donde el testigo, intervenido para que arreglara el pago de los derechos laborales del demandante, pero la señora LILA, quien para la época ya ocupaba el cargo de gerente de INGESTRUCTURAS, se enojó y no aceptó ningún arreglo y aunque HAROLD MUÑOZ, quiso solucionar el problema, no se logró, por lo tanto, CARLOS VICENTE, no recibió ningún pago; aclaró que, HAROLD MUÑOZ, inicialmente

trabajó como persona natural, pero luego por los inconvenientes que tuvo con los temas de contratación, todo lo manejaba a través de INGESTRUCTURAS; desconoció el supuesto convenio entre INGESTRUCTURAS y HAROLD MUÑOZ, allegado al proceso y aseguró que, de haber llevado negocios de forma particular, tuvo que haber sido contrataciones mínimas.

DAIRO ADOLFO FRANCO PAMPLONA, refirió conocer al demandante, porque trabajaron juntos en INGESTRUCTURAS LTDA, donde el jefe era el ingeniero HAROLDO MUÑOZ; que, trabajaba directamente con el demandante, quien lo acompañaba a las obras y era como su jefe inmediato y la persona encargada de toda la herramienta; que, la demandada, era quien les pagaba, siempre que llegaba a una obra, decían que eran trabajadores enviados por INGESTRUCTURAS e incluso portaban un carné de la empresa; que, el demandante, era trabajador de INGESTRUCTURAS; que, el demandante, trabajó hasta el 2018 o 2019, desconoce las razones de su renuncia, sin embargo, aseguró que comenzó a tener discusiones por problemas de dinero, con la ingeniera LILA, que *“era la que mandaba como tal”*; que, el demandante, recibía órdenes de HAROLD MUÑOZ, pero también de LILA ASHOOK *“porque ella era la que mandaba, incluso en obra estuvo con nosotros en algunas circunstancias”*.

OLGA MARIA MUÑOZ MUÑOZ, también hermana del demandante, informó que, su hermano CARLOS VICENTE, trabajó para INGESTRUCTURAS LTDA entre 2012 y 2019, por contrato verbal celebrado con su otra hermano HAROLD MUÑOZ; que, el demandante, era auxiliar de ingeniería, pero se desplazaba por todo el país, atendiendo todas la obras; aseguró que ella trabajó para la demandada entre 2003 y 2009, cuando se empezó a conformar la empresa, porque le venía un proceso penal por incumplimiento de la Ley 80, entonces todas las contrataciones se hacían a través de INGESTRUCTURAS LTDA, cuya representante legal era una hija de HAROLD MUÑOZ, y ya desde esa época el demandante, de vez en cuando les colaboraba recorriendo el país, para hacer levantamientos en campo, toma de muestras; que, en el 2010, HAROLD MUÑOZ, tenía prisión domiciliaria y por eso todo su contratación era a través de la empresa accionada, porque estuvieron inhabilitados él y el esposo de la testigo por 10 años, los cuales se cumplieron en el 2021.

JOSE DANIEL CHITIVA VARGAS, dijo conocer al demandante, porque trabajaron juntos para HAROLD MUÑOZ, por más de 10 años; que, en el mismo lugar había trabajadores de INGESTRUCTURAS LTDA y de HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, pero que *“todo se relacionaba realmente”*; que, el demandante recibía órdenes de HAROLD MUÑOZ; que, la representante legal de INGESTRUCTURAS era la ingeniería LILA ASHOOK, y en otro época, fue una hija de HAROLD MUÑOZ; pero desconoce las razones por la que renunció el demandante; no obstante, indicó que tanto los aportes a seguridad social, como sus salarios eran cancelados por HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ.

OMAR HUMBERTO PÉREZ CRISTANCHO, dijo que trabajó para HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, persona natural, como arquitecto, por más de 23

años y que a partir del fallecimiento de aquel, se vinculó con INGESTRUCTURAS; que, conoce al demandante, por el parentesco que tenía por HAROLD MUÑOZ y porque trabajó con él en varias actividades de campo; desconoce la forma en que el demandante se vinculó a trabajar, o sí, HAROLD MUÑOZ, como persona natural, tenía un contrato con INGESTRUCTURAS, pero que *“lo que tengo entendido es que HAROLD ALBERTO MUÑOZ se subcontrataba con INGESTRUCTURAS. Porque cuando llegábamos a un determinado cliente se presentaba la información como INGESTRUCTURAS. Lo que yo sé es que el ingeniero HAROLD manejaba esa faceta como INGESTRUCTURAS, para el tema de los proyectos, entonces él usaba esa razón social eventualmente”*; que, el jefe y cabeza visible de INGESTRUCTURAS era HAROLD ALBERTO MUÑOZ, no sólo porque era una persona muy reconocida en el medio, sino porque era a quien le entregaban los trabajos e informes; que, para todos los trabajos, deben presentar la planilla de aportes al sistema de seguridad social integral y allí constaba que su empleador era HAROLD MUÑOZ.

HEIDY LORENA SALCEDO URREGO, afirmó ser trabajadora de la demandada, desde hace 15 o 16 años y conocer al demandante, porque era el hermano del jefe HAROLD MUÑOZ y trabajó unos años con ella, a través de la razón social HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, así se podía corroborar con las planillas de liquidación de aportes; que, en todos los proyectos había personal que podía trabajar para HAROLD MUÑOZ o INGESTRUCTURAS; advirtió LA TESTIGO, que ella siempre trabajo para la empresa demandada, pero desconoce los temas administrativos, *“yo sé que yo entre aquí en el 2006 entre como en INGESTRUCTURAS y HAROLD MUÑOZ era mi jefe hasta determinado tiempo que se casó con la ingeniera LILA, ya ellos dos pasaron a ser mis jefes”*; que, en una misma sede funcionaba INGESTRUCTURAS LTDA y HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, y que, nunca vio a LILA ASHOOK, darle órdenes o instrucciones al demandante.

ASTRID PATRICIA COLMENARES ROCHA, dijo que le prestó sus servicios de contadora publica a INGESTRUCTURAS LTDA y a HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, entre los años 2000 y 2018; que, no conoce al demandante; que, existió un vínculo comercial desde el 2017, entre INGESTRUCTURAS LTDA y HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, donde este último le prestaba sus servicios a la primera y se cobraba por medio de factura, *“INGESTRUCTURA pagaba todos los gastos de HAROLD MUÑOZ y posteriormente pasaba la factura cobrando todos esos servicios, para hacer el cruce de cuentas (...) porque él tenía algunos temas legales y no podía tener dinero en las cuentas”*; que, el demandante, pertenecía a la nómina de HAROLD MUÑOZ MUÑOZ, con otros dos trabajadores más, pero que, en la contabilidad no aparece ninguna deuda pendiente a favor del demandante.

Teniendo en cuenta las pruebas antes señaladas, considera la Sala, que en el presente caso, efectivamente se encuentra acreditada la existencia de una relación laboral entre CARLOS VICENTE MUÑOZ MUÑOZ y la empresa INGENIERÍA Y PATOLOGÍA DE ESTRUCTURAS INGESTRUCTURAS LTDA,

pues, independientemente del vínculo familiar entre el demandante y HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, y de que éste último efectuara los pagos al sistema de seguridad social integral del demandante, lo cierto es que, las labores que como auxiliar de ingeniería, ejecutaba el demandante, eran para INGESTRUCTURAS LTDA, pues, debía desplazar a las distintas obras para las cuales participaba la empresa, cumpliendo órdenes e instrucciones, no sólo del señor HAROLD MUÑOZ, sino también de LILA ASHOOK, los pagos de su salario eran efectuados por la demandada, como certificó el Banco Davivienda, con la documental de folio 49 (Archivo 01), debía cumplir con un horario impuesto por ésta, ejecutaba sus labores en forma personal, sus funciones era desarrolladas con elementos que la demandada le suministraba, situación que claramente se enmarca en una subordinación de índole laboral; y, aunque al plenario se allegó un convenio de pagos, suscribió entre INGESTRUCTURAS LTDA y HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, para que la empresa cancelara todas las obligaciones adquiridas por HAROLD MUÑOZ, Empresa Unipersonal, tal documento data del 01 de marzo de 2017, mientras que el vínculo laboral del demandante, comenzó el 24 de febrero de 2012. Además, claros y contundentes fueron todos los testigos en señalar que HAROLD ALBERTO MUÑOZ MUÑOZ, se encontraba inhabilitado para contratar con el estado y por eso creo INGESTRUCTURAS LTDA, ya que, a través de esa compañía, si podía continuar celebrando distintos contratos de ingeniero civil, en los que participó el demandante, claramente como trabajador de la empresa demandada.

Respecto a lo manifestado en alegatos de conclusión, sobre la tacha propuesta de los testimonios rendidos por Luis Orlando y Olga María Muñoz Muñoz hermanos del demandante, no obstante, se advierte que, al ser trabajadores de la citada compañía, es precisamente su posición al interior de la empresa, que hace advertir con mejor conocimiento de causa la situación fáctica ocurrida. Por lo anterior, el Juzgado en primera instancia, se encontraba habilitado para proceder a analizar lo manifestado por los testigos, respecto de los hechos relatados por las partes, a fin de encontrar la verdad real de las circunstancias señaladas.

Razones que resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada en este sentido.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Por otro lado, manifiesta el demandante, su inconformidad con la declaración parcial de la excepción de prescripción, que considera no se configuró en el presente caso, pues, sólo con la sentencia se están reconociendo sus derechos laborales; además, siendo el auxilio de cesantías un derecho que no prescribe, igual suerte deberían correr los intereses de las cesantías y las sanciones por su no consignación en un fondo y el no pago de intereses.

Para resolver lo pertinente, debe la Sala, reiterar lo señalado por los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, según los cuales:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

Así pues, por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuenta desde que la obligación se hizo exigible, así lo predicen las normas en cita, pero es susceptible de interrupción extrajudicial, por una sola vez, mediante un simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo igual al señalado por la prescripción. Además, el término de prescripción de los derechos laborales del trabajador, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos y no, como lo pretende el demandante, desde la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo, pues ésta no tiene efectos constitutivos, sino declarativos de una realidad que se produjo antes de la decisión.

Al respecto, la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3169 de 2014, señaló:

“Con todo, interesa recordar que para la jurisprudencia de la Corte, los plazos de los términos prescriptivos empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando las obligaciones se hacen exigibles (verbigracia, artículos 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición, acaece aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples.

[...]

A ello cabría agregar que por muy sugestiva que parezca la tesis que pregona un carácter ‘constitutivo’ a las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo cuando quiera que, entre otros aspectos, resuelven sobre la naturaleza jurídico laboral del vínculo que ata a las partes, no explican a satisfacción, pues ni siquiera lo hacen con el aludido concepto de ‘sentencia constitutiva’, el por qué se generan derechos y obligaciones hacia el pasado de un status laboral que apenas vendría a ser ‘constituido’ mediante esa clase de sentencia, por ser sabido

que esta tipología de providencias crea, extingue o modifica una determinada situación jurídica, esto es, genera una ‘innovación’ jurídica, es decir, una situación jurídica que antes no existía, produciendo así sus efectos ‘ex nunc’, o sea, hacia el futuro, pues es allí donde nacen, se extinguen o se modifican las obligaciones y derechos derivados de esa ‘nueva’ situación jurídica; en tanto, que las sentencias ‘declarativas’, como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, eliminando así cualquier incertidumbre acerca de su existencia, eficacia, forma, modo, etc., frente a quien debe soportar o a cargo de quien se pueden exigir determinadas obligaciones o derechos derivados de la dicha situación o estado jurídico, por manera que, sus efectos devienen ‘ex tunc’, esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal es caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios.

Ahora bien, tampoco surge fácilmente explicable ante tan sugestiva tesis, cómo es que respecto de los derechos laborales de quien teniendo una relación subordinada de trabajo, pero simulada o desdibujada por la apariencia de otra clase de relación jurídica, los términos de prescripción empiezan a correr cuando queda en firme la sentencia que ‘constituye’ el estatus de verdadero trabajador subordinado; en tanto que, los términos de prescripción de los derechos laborales del trabajador subordinado que inicia y desarrolla su relación sin discusión alguna sobre la naturaleza jurídica de su vínculo, corren a partir de la exigibilidad de cada uno de ellos. En otros términos, cómo es que mientras el punto de partida del término prescriptivo de los derechos del trabajador regular se cuenta desde cuándo se debe o se tiene que cumplir la respectiva obligación patronal, el del trabajador que labora bajo la apariencia de otra relación queda sujeto a la presentación de la demanda por parte de éste y al reconocimiento de su verdadero estatus de trabajador por sentencia judicial en firme. Lo deleznable del razonamiento que pretendiera dar respuesta a los anteriores interrogantes releva de comentario mayor a la debilidad del argumento de que las sentencias que ‘reconocen’ el contrato de trabajo como el que ‘en realidad’ se desarrolló y ejecutó entre las partes en litigio es de naturaleza ‘constitutiva’ y no meramente ‘declarativa’, como hasta ahora se ha asentado por la Corte...”

Por lo tanto, no puede pretenderse que, la exigibilidad de las prestaciones y demás obligaciones laborales, dependan del momento en que se profiera la decisión judicial que declare la existencia de la relación laboral subordinada,

cuando el reconocimiento de los derechos de los trabajadores es de carácter público y debe primar sobre las formas.

Ahora, en cuanto a la prescripción de los intereses sobre las cesantías y la sanción por su no pago, basta indicar que, estos prescriben de manea independiente para cada anualidad, pues, su exigibilidad ocurre el 31 de enero de cada año, momento a partir del cual se deben pagar al trabajador y cuando comienza a correr el término prescriptivo, como lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL21 de 2012, al indicar:

“frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, se debe advertir que no está llamada a prosperar, por cuanto la exigibilidad de esa obligación se materializa a la finalización del vínculo laboral del trabajador, tal como lo definió la Corte en la sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación 34393. En tal virtud, si la prescripción empieza a contarse desde la terminación del contrato de trabajo, que para este caso se produjo el 5 de octubre de 1997, y la demanda con la que se inició el proceso se presentó el 27 de mayo de 1998, no transcurrió el término prescriptivo exigido para que se extinga el reseñado crédito laboral.

En cuanto a la diferencia por concepto de los intereses al auxilio de las cesantías, por el período comprendido entre el 1º de mayo de 1986 y 30 de septiembre de 1991, debe señalarse que la exigibilidad de los mismos corresponde al 31 de enero de cada año, en cuanto es en esa fecha en que debe realizarse el pago directamente al trabajador. Así las cosas, se declarará probada la excepción de prescripción por dicho concepto”.

Igualmente, en relación con la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, advierte la Sala, que, esta es exigible al vencimiento del plazo que tenía el empleador para depositarlas, es decir, desde el 15 de febrero del año siguiente al que correspondan las cesantías causadas, como claramente establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comenzando entonces a correr la prescripción, desde cuando se origina la omisión en el pago por parte del empleador. Al respecto, la Corte en sentencia con radicación 35630 del 01 de febrero de 2011, reiterada en las SL2512 y SL3858 de 2020, precisó:

“...El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral...”

En ese orden de ideas igualmente se confirmará la sentencia apelada, en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y la demandada, al haberse desatado desfavorablemente sus recursos. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CARLOS VICENTE MUÑOZ MUÑOZ** en contra de **INGENIERÍA Y PATOLOGÍAS DE ESTRUCTURA INGESTRUCTURA LTDA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$580.000.00, a cargo del

demandante y de \$1.160.000 a cargo de la demandada. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

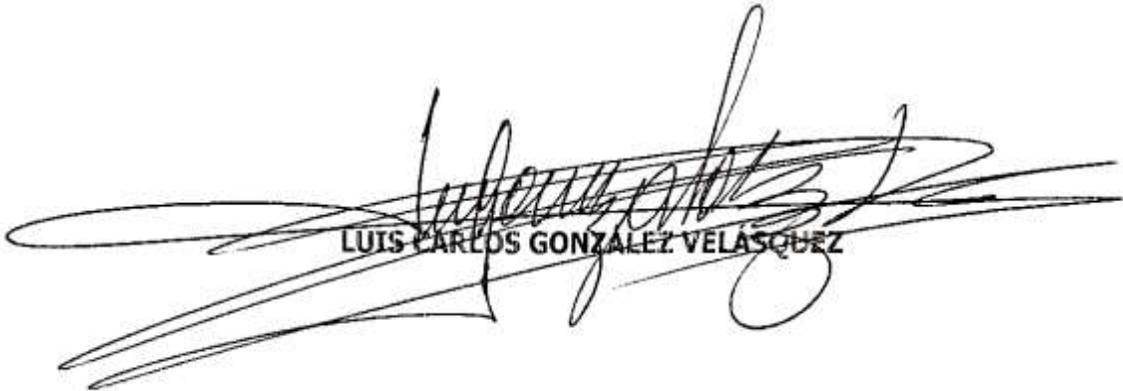
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 1100131050024202000249-01

En Bogotá D.C., hoy Trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social – Ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contra la sentencia proferida el 03 de junio de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **NOHORA LUZ BELTRAN FRANCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

NOHORA LUZ BELTRAN FRANCO, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare que el traslado desde el RPMPD al RAIS realizado por ella con la AFP COLFONDOS, se efectuó sin consentimiento, ni información, que se declare que la AFP COLFONDOS intervino en su traslado vulnerando los fines y principios del sistema de seguridad social, porque no le advirtió de forma clara y suficiente las consecuencias, que se declare que no fue informada de que su expectativa pensional dependía de un perfil de riesgo, que se declare que la AFP COLFONDOS transgredió el principio de libre competencia ya que comercialmente sacó un afiliado del RPMPD y lo llevó

hacia el RAIS sin mediar un consentimiento informado, lo que constituye un incumplimiento de sus obligaciones legales de solidaridad y coexistencia con el RPMPD, en consecuencia, se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, que se declare que ella ha mantenido su afiliación en el RPMPD, ordene a la AFP COLFONDOS que entregue a COLPENSIONES, como administrador del RPMPD, todos los dineros que haya recibido y producido, en virtud de las cotizaciones a los seguros de invalidez, vejez y muerte, incluyendo rendimientos y cuotas de administración, ordene a COLPENSIONES como administrador del RPMPD que active su afiliación para garantizar su derecho a la seguridad social en pensiones y que reciba de la AFP COLFONDOS todos los dineros provenientes de las cotizaciones a los seguros de IVM, junto con sus rendimientos y cuotas de administración, que actualice su historia laboral, se verifique si la sostenibilidad del RPMPD se ve afectada por haber dejado de recibir sus cotizaciones de desde el 1 de noviembre de 1998, condenar a la AFP COLFONDOS a cancelar las costas procesales, incluidas las agencias en derecho, se apliquen las facultades extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 16 de enero de 1960, que cotizó al RPMPD entre el 1 de agosto de 1983 hasta el 31 de octubre de 1998 un total de 751.43 semanas, indicó que desde el 1 de noviembre de 1998, los aportes a pensión se hicieron en la AFP COLFONDOS, que para el 1 de noviembre de 1998 su IBC era de \$932.000 correspondientes a 4.5 salarios mínimos, denunció que la AFP COLFONDOS estaba obligada a informar y advertir, de forma clara y suficiente que en el RPMPD la prestación está definida por el promedio de su IBC y el número de semanas, que igualmente la AFP COLFONDOS estaba obligada a informar, de forma clara y suficiente que, en el RAIS, sin importar cuál sea el IBC y las semanas cotizadas, la mesada pensional puede ser sólo del salario mínimo, advirtió que de haber sido informada de esta situación, jamás se habría trasladado de régimen, comunicó que en el RAIS ha cotizado 780.14 semanas aproximadamente, que sumados los tiempos cotizados al RPMPD y al RAIS acredita más de 1.531.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, que en los últimos 10 años aportó sobre más de 3,7 salarios mínimos, advirtió que en el RPMPD puede tener una mesada pensional mucho mayor que la del RAIS, señaló que el traslado del RPMPD al RAIS se hizo sin su consentimiento informado, que la AFP no le realizó ninguna asesoría ni acompañamiento durante el tiempo que ha estado vinculada y cotizando, finalmente comunicó que el 2 de marzo de 2020, radicó 2 derechos de petición ante la AFP COLFONDOS, solicitando suministrar la información que le fue proporcionada y que sirvió de base para la firma del formulario de traslado y la proyección pensional comparativa, copia de los documentos en que conste la información brindada, así como declarar la nulidad o ineficacia del traslado, que respondió el 12 de marzo de 2020 donde informó que ella está vinculada

desde el 1 de noviembre de 1998, que la copia de la afiliación es el único documento que reposa en el fondo, que a pesar de tener 1.531.57 semanas y un ingreso IBL de \$2.574.283, no tiene el capital suficiente para financiar una pensión por lo que su mesada sería de un \$0, que se negó a hacer una simulación de la mesada pensional en el RPMPD, afirmando que eso es competencia de COLPENSIONES, exteriorizó que posteriormente el de 2 marzo de 2020, mediante derecho de petición solicitó a COLPENSIONES declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen que ella realizó hacia el RAIS y se ordene el traslado de sus aportes al RPMPD.

Contestación de la demanda

Notificadas las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (Archivo 05, fls. 25 a 31).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 06, fls. 16 a 17).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 03 de junio de 2022, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, decidió declarar la ineficacia de la afiliación de la señora NOHORA LUZ BELTRÁN FRANCO al RAIS a través de la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS el 17 de septiembre de 1998, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de NOHORA LUZ BELTRÁN FRANCO como

cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración debidamente indexados, ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la señora NOHORA LUZ BELTRÁN FRANCO como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y declaró no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva y dejó sin condena en costas en la instancia.

De los recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo que tiene que ver la condena a COLFONDOS en conceptos mencionados por la Juez de manera indexada, indicó que no será posible que se disponga a aplicar la indexación en los dos conceptos que se ordenaron de volver al RPMPD, porque con los rendimientos generados por COLFONDOS durante el periodo en que administró los recursos de la demandante, fueron superiores a las que se hubiera podido generar en el RPMPD, adujo que si la demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen no lo hubiera conseguido y que ese asunto está más que compensado, añadió que el mismo no fue solicitado en la demanda en ese sentido desconocería el principio de consonancia y congruencia de las sentencias con las pretensiones de la demanda y comportaría violación el derecho de defensa, porque según en segunda instancia no se puede fallar más allá de lo pedido y para Colpensiones implicaría un enriquecimiento sin justa causa, por lo que no es pertinente la indexación de estas sumas, solicito revocar la decisión en este punto.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ya que está en marcha la imposibilidad legal de trasladarse, por lo que no es posible para Colpensiones acceder a lo solicitado, advirtió que la inversión de la carga de la prueba efectuada por parte del despacho y conforme a la cual se concede la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a Colfondos, no considero las situaciones particulares del presente asunto, como fue y cómo se puede desprender del interrogatorio parte que se le práctico a la demandante donde manifiesto que ya existió una omisión o un error o vicio del consentimiento que tampoco fue probado, señaló que la demandante únicamente quería

considerar que eventualmente su mesada pensional sería muy superior en el en el RPMPD y que en el RAIS no cuenta con recursos suficientes; por lo anterior, solicitó que esta decisión sea revocada y en consecuencia se declare válida la afiliación o traslado de la demandante al RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia al considerar valido el traslado, entendiendo que el deber de información cuenta con varias etapas. Las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la A quo, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para lo cual deberá analizarse, **i)** si debe indexarse los conceptos que debe devolver, **ii)** si la condición de beneficiaria del régimen de transición es indispensable y **iii)** lo correspondiente a la carga de la prueba, así como la prueba practicada de interrogatorio de parte.

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 02 de marzo de 2020 y respuesta 03 de marzo de 2020. (archivo 05, fl. 04).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda

persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda

silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° 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
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto

a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que; i) la demandante nació el 16 de enero de 1960 (Archivo 01, fl. 71); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre agosto de 1983 hasta el 31 de octubre de 1998 un total de 751.43 semanas (Archivo 05, fl. 1 a 5); iii) que el 17 de septiembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad del 01 de noviembre de 1998 administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada (Archivo 06, fl. 20).

Por otra parte, absolvió **interrogatorio de parte** a la demandante, indicó que nació el 16 de enero de 1960, que su estado civil es casada con el señor Carlos Arturo Ávila Nieto y que no tuvieron hijos, añadió que es bacterióloga en la actualidad y se dedica al hogar, manifestó no tener ningún vínculo o parentesco con algún representante legal de Colpensiones o Colfondos, dijo que si le informaron que al momento de afiliarse a Colfondos que se estaba trasladando a un fondo diferente al antiguo fondo del Instituto de Seguros Sociales, que no le informaron que el reconocimiento de la pensión de vejez en esa entidad dependía del dinero que se ahorrara en su cuenta individual, mientras que en el Instituto de Seguros Sociales se reconocía por la edad y las semanas cotizadas, indicó que en el año de 1998 el primero de noviembre una secretaria que había trabajado en el Hospital Militar donde ella trabajaba la convenció de que se pasaran a los fondos, porque era mejor que Colpensiones, ya que este se iba a acabar, que con Colpensiones no iban a tener pensión y por ese motivo firmo, asevero que la charla que le hicieron fue grupal, en el laboratorio en un momento de descanso y que se encontraban aproximadamente 58 personas, que posteriormente lleno el formulario y lo firmó.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Colfondos S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Beltrán Franco asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del

C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Del régimen de transición y vicios del consentimiento (argumentos de apelación de la parte demandada COLPENSIONES)

Tampoco es óbice para que se declare la ineficacia, que la demandante se encontrare o no en el régimen de transición para el momento en que solicito la ineficacia del traslado, lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) 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...” (Sentencia CST SL1452 de 2019), tal como se indicó de forma antecedente.

Resulta pertinente traer a colación la providencia No. SL4334-2021, en la cual se expuso; que no se puede abordar la ineficacia del traslado de régimen, bajo los postulados de las nulidades sustanciales, siendo improcedente exigir al afiliado demuestre vicios del consentimiento, como lo son; error, fuerza o dolo, dado que existe norma concreta en materia laboral y de seguridad social, cuando se ha visto afectado el consentimiento del afiliado por falta de información, conforme se estableció en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Por último, **respecto a la condena de indexar los conceptos que se ordenan devolver**, está dirigida, entre otros objetivos, a actualizar los dineros con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, para así aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, dicha condena no se revocará, en tanto se encuentra ajustada a derecho, si bien no se solicitó por la parte demandante, lo cierto es que el Juez laboral cuenta con la facultad extra petita, otorgando a la parte demandante derechos por fuera de lo pedido, siempre que se encuentre probado, es así como no solo los efectos de nulidad aplicables a la ineficacia dan lugar a ello, sino del material probatorio al realizarse el correspondiente interrogatorio de parte a la demandante, se establece que la misma no conocía de las características del RAIS, pues los rendimientos financieros de los aportes, que en tesis de la demandada Colfondos S.A. equiparan las deducciones realizadas, no pueden ser tenidos en cuenta así, dado que nunca aportó pruebas documentales en las que conste los aportes de la demandante, con las correspondientes deducciones en comparación con los supuestos rendimientos, con el fin de verificar si se

conservaban los aportes que hubiera hecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, máxime, cuando los rendimientos están sujetos a las variaciones del mercado y sus riesgos, ya que los mismos se encuentran clasificados, los cuales pueden ser altos, moderados o conservadores, resultando totalmente superfluo. Aunado a lo anterior, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria a través de varios pronunciamientos judiciales ha ordenado la indexación de los dineros que se deben trasladar al RMP administrado por COLPENSIONES en casos en los cuales se estudia la ineficacia del traslado de régimen.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada COLFONDOS S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a Colfondos S.A. el 17 de septiembre de 1998 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia deben ser revocadas dadas las resultas del proceso, por lo que en primera instancia deberán ser tasadas y condenadas cada una de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de junio de 2022, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del

proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **NOHORA LUZ BELTRÁN FRANCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

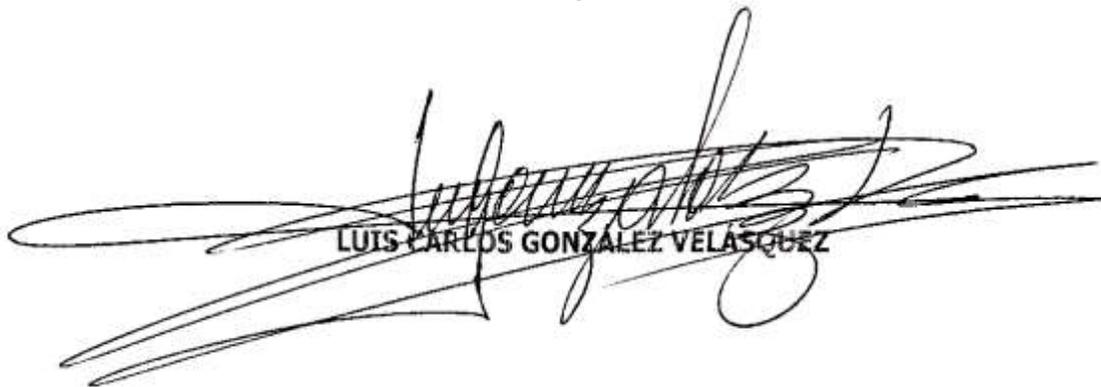
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., teniendo cada una a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia quedaran a cargo de las demandadas, dadas las resultas del proceso, las cuales deben ser tasadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039202100302-01

En Bogotá D.C., hoy Trece (13) de marzo de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ALBA LUZ NARVAEZ QUESADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

ALBA LUZ NARVAEZ QUESADA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. incumplieron con su deber legal de brindar información, en consecuencia, se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por la demandante inicialmente a PROTECCIÓN S.A., que se encuentra válidamente al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del

capital de la cuenta individual de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación y recibir la totalidad de los aportes, a lo extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que sus aportes pensionales los realizaba en el régimen de prima media, que realizó su traslado de régimen a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 30 de noviembre de 1996, que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 10 de junio de 1999, que al momento del traslado PROTECCIÓN S.A. no le explico las diferencias entre el RPM y el RAIS, al igual que PORVENIR S.A., que nunca se hizo alusión a las características de cada uno de los regímenes, que el 22 de febrero de 2021 se solicitó ante PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. nulidad de la afiliación y el 18 de marzo de ese mismo año ante COLPENSIONES la activación de su afiliación, a lo que se dio respuesta por las entidades de forma general indicado que no era procedente al considerar que la afiliación era válida.

Contestación de la demanda

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denomino; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, contradicción del dictamen pericial, traslados de los aportes a otra administradora. (Archivo contestaciondemandaaproteccion 02ContestacionDemanda.pdf, fls. 19 a 25)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo denominadas; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena

fe. (Archivo contestaciondemandaporvenir 02ContestacionDemanda.pdf, fls. 23 a 24)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, propuso como medios de defensa las excepciones de mérito que denomino; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, sobre los actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Archivo contestaciondemandacolpensiones 02ContestacionDemanda.pdf, fls. 24 a 42)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 18 de abril de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. con efectividad el 1 de noviembre de 1994 es ineficaz, así como el traslado horizontal de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., condenar a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas desde el 1 de agosto de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado y sin que se descuente alguna suma por seguros previsionales, invalidez y sobreviviente o para la garantía de pensión mínima, condenar a PROTECCIÓN S.A. a transferir al régimen de prima media todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante esto es desde el 1 de noviembre de 1994 hasta el 31 de julio de 1999 y sin que descuente alguna suma por seguros previsionales, invalidez y sobreviviente o para la garantía de pensión mínima, ordeno a COLPENSIONES recibir los dineros y reactivar la afiliación, declaro no probadas las excepciones propuestas, informo a COLPENSIONES que puede iniciar acciones civiles en contra de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para obtener el pago de perjuicios, condeno a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al pago de costas.

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, así:

PROTECCIÓN S.A. solicito se revoque el ordinal segundo de la sentencia al ordenar devolver los rubros económicos por gastos de administración, para

lo cual manifestó que es un rubro económico autorizado por la ley, el cual se cobra igualmente en el régimen de prima media con prestación definida convirtiéndose en un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES, además PROTECCIÓN S.A. genero unos rendimientos los cuales hoy por hoy serán trasladados al RPM, debiendo entonces la entidad conservar los dineros por gastos de administración, pues al considerar que todo vuelve al esta en el que se encontraba en virtud de la ineficacia del traslado no habría lugar a rendimientos.

PORVENIR S.A., dijo que deben declararse probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda y en consecuencia se revoque la sentencia, no se puede aplicar de forma retroactiva la norma, solo exigirse lo establecido por la misma al momento del traslado horizontal efectuado por la demandante en el año 1999, por lo que, la afiliación cumplió con todos los requisitos legales realizando la correspondiente asesoría sin que se exigieran documentos adicionales al documento aportado denominado formulario de afiliación, sin que se evidencien situaciones de coacción para su traslado, además las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas conforme a las normas civiles y laborales, en cuanto a los gastos de administración tal condena no es procedente, son perdidas que cada partes debe asumir en razón al acto de vinculación o en su defecto no se devuelva los rendimientos ya que es un rubro solo generado en el RAIS, frente a los seguros previsionales no es procedente la devolución ya que no se encuentra en poder de la entidad, sino en el de la compañía aseguradora que se contrato para las coberturas de las contingencias de invalidez y muerte, pues la destinación de dichas sumas cumplieron con su objetivo y estas ya se agotaron y extinguieron, ya que la cobertura brindada por la compañía se hizo efectiva sin que pueda retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible, finalmente la devolución del fondo de garantía de pensión mínima son sumas extintas y no hacen parte de los dineros que administra la entidad para ser devueltas.

COLPENSIONES, en los siguientes términos; peticiona se revoque la sentencia por indebida valoración probatoria, ya que frente a la confesión se hizo un análisis inadecuado pues del interrogatorio de parte se evidencia que se dio una asesoría, en cuanto al formulario indica que este es suficiente para probar el traslado de forma libre y voluntaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente, se pronunciaron así; la apoderada de la parte demandante solicita se confirme el fallo de primera instancia en el sentido declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, para lo cual se deben aplicar los precedentes jurisprudenciales, ante la falta de diligencia del fondo de pensiones por no existir ilustración completa y adecuada.

De otro lado, la demandada Porvenir solicito revocar íntegramente el fallo proferida en primera instancia, para lo cual ratifica los argumentos expuestos en primera instancia, por último, la demandada COLPENSIONES también solicita la revocatoria al considerar que la demandante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida, por no adolecer la afiliación de causal de nulidad, respecto a la carga de la prueba porque nadie esta obligado a lo imposible, que se descapitaliza el sistema pensional por existir diferente distribución del aporte en cada uno de los regímenes, además de encontrarse afectado el derecho por la prescripción y la caducidad.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba por parte de quien la soportaba, para lo cual se debe verificar las pruebas documentales allegadas al proceso y el interrogatorio de parte practicado en primera instancia **ii)** si el formulario es suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si hay lugar a reconocer gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y muerte, así como el fondo de garantía mínima y **iv)** si la acción se encuentra prescrita. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones en marzo de 2021 y su respuesta, donde le fue negado el traslado al RPMPD (Archivo denominado 01DemandaActaReparto..., - 02Demanda.pdf, fls. 123 y 136 a 138).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Allí también, se dijo que los traslados de administradoras en el régimen de ahorro individual con solidaridad, no convalidan, ni ratifican la decisión del traslado del RPM al RAIS.

Criterio ratificado en la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, en las que se establece de manera clara la obligación de las administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada,

suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la demandante.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014, con radicado N.º 46292, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado,

encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° 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
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>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</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez

que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 8 de noviembre de 1965 (Archivo denominado 01DemandaActaReparto..., - 02Demanda.pdf, fl. 17), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de octubre de 1989 al 31 de octubre de 1994 un total de 164.14 semanas (Archivo denominado 01DemandaActaReparto..., - 02Demanda.pdf, fl. 94), iii) que el 27 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de ese mismo año (Archivo denominado 09ContestacionDemandaProteccion..., - 02ContestacionDemanda.pdf, fls. 36 y 37), iv) la administradora en la que actualmente se encuentra vinculado según la historia laboral aportada es PORVENIR S.A. con un total de 1.289 semanas, solicitud de vinculación que se llevó acabo el 10 de junio de 1999 tal como consta en el formulario correspondiente con efectividad el 1 de agosto de ese mismo año (Archivo denominado 09ContestacionDemandaPorvenir..., - 02ContestacionDemanda.pdf, fls. 28, 34 y 66).

Del Interrogatorio de parte practicado a la demandante en ningún momento acepto algún hecho que le fuera adverso o que favoreciera al fondo de pensiones, pues de su dicho se puede extraer que previo al momento de la vinculación no recibió la información debida, ya que es evidente de lo manifestado que no conoce ninguna de las características de los regímenes pensionales, situaciones concretas y que ampliamente fueron indagadas una a una por el Despacho y las partes, por el contrario refiere que la asesoría se dio en los siguientes términos: que trabajaba con unos ingenieros, que a raíz de rumores que el ISS iba a desaparecer el jefe de la época llamo a un fondo para que la semanas no fueran a desaparecer, entonces cuando el asesor de COLMENA se acercó nunca hizo alusión a nada, solo lleno los formatos con los datos solicitados y los hizo firmar, sin demorarse ni siquiera 5 minutos, sin que además al momento del traslado horizontal hacia PORVENIR S.A. se otorgado información suficiente, conforme al dicho de la deponente.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no*

informado.”, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el sistema integral de seguridad social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. estaban obligados en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, los fondos no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Narvárez Quesada asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría ineficaz la afiliación inicial como la horizontal, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva de los fondos en el desconocimiento del principio de confianza legítima, ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

En cuanto, a las órdenes dadas en primera instancia a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. de la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado

de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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, 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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no

hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, **la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional.** Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, **el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos,**

rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.” (Negrilla resaltado por la Sala)

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, actuar reiterado por PORVENIR S.A., brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 27 de octubre de 1994 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo petitionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Basta lo hasta aquí expuesto, para confirmar la sentencia de primera instancia, se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., dado el resultado adverso de su apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de abril de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ALBA LUZ NARVÁEZ QUESADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en la suma de \$1.160.000.00 pesos cada una a favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultados del proceso.

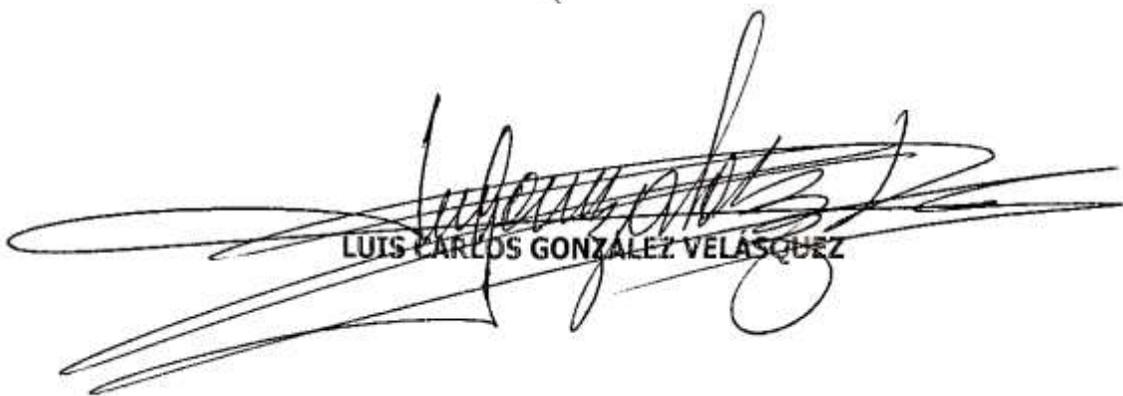
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 11001-31-05-023-2019-00697-01
Demandante: **YURY MANYERLI BARRERA ROA**
Demandados: **ICM INGENIEROS S.A.S., PAVIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S. e INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**

En Bogotá D.C. a los **07 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022 que erigió en legislación permanente el Decreto 806, y en acatamiento de la medida de descongestión adoptada mediante Acuerdo PCSJA22-11987 de 29 de julio de 2022, emanado del Consejo Superior de la Judicatura.

Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

YURY MANYERLY BARRERA ROA demandó al **ICM INGENIEROS S.A.S.**, y solidariamente a **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. e INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU”**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare de manera principal que el contrato pactado con la primera de las sociedades demandadas fue por un término inicial de 6 meses, con fecha de iniciación el 20 de febrero de 2018 y se prorrogó hasta el mismo día y mes de 2019; que el IDU como contratante del convenio de obra No. 1385 de 2017 suscrito con la

empleadora y como beneficiaria de las labores está llamada a responder solidariamente por los derechos laborales y constitucionales de la demandante; al igual que PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., en su condición de cesionaria del aludido convenio y sustituta patronal de los contratos de trabajo del personal asignado al mencionado contrato de obra No. 1385 de 2017; que la empleadora tenía conocimiento de la situación de debilidad manifiesta en la que se encontraba al estar próxima a que se le realizara un procedimiento quirúrgico para el momento de la terminación del contrato de trabajo; por lo que goza de estabilidad laboral reforzada, constituyéndose el despido en ineficaz al no contar con la autorización del Inspector de Trabajo correspondiente; en consecuencia, se condene a las demandadas al reintegro inmediato en un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando y con una asignación salarial equivalente a la proporcional a la que venía percibiendo, con los aumentos de ley; junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema general de seguridad social, indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De manera subsidiaria a la pretensión de reintegro, reclama la indemnización contemplada en el artículo 64 del CST. y la sanción del artículo 65 de la misma norma legal, por no haberse cancelado la liquidación el día de la finalización del contrato. Como pretensiones comunes solicita lo ultra y extra petita, intereses moratorios y, las costas.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que entre ICM INGENIEROS S.A.S. y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO "IDU", se celebró el contrato de obra No. 1385 de 2017, cuyo objeto es "*...EJECUTAR LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL ARTERIAL, NO TRONCAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. ...*"; desde el 20 de febrero de 2018, mediante contrato de trabajo a término fijo por 6 meses, la actora se vinculó a la empresa ICM INGENIEROS S.A.S., en el cargo de Inspector Sisoma (Inspector del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo y Medio Ambiente), con un salario de \$2.500.000; que ante la falta de comunicación de no prorroga, el contrato se renovó automáticamente hasta el 20 de febrero de 2019.

Sostiene que, en virtud de la acción de tutela que promoviera, descubrió que su empleador mediante comunicación del 31 de julio de 2018, solicitó al IDU estudiar la posibilidad de autorizar la cesión del contrato de obra No. 1385 de 2017; que el 20 de noviembre de 2018 se firmó dicha cesión con previa autorización de la Dirección Técnica de Gestión Contractual del IDU; fecha desde la cual era cedido por ICM INGENIEROS S.A.S. a la firma PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., en calidad de cesionaria la totalidad de derechos y obligaciones de éste; constituyéndose en sustituto patronal “...al seguir desempeñando sus funciones **LA DEMANDANTE** en la OBRA No. 1385 de 2017, que fue sustituida a la firma **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.** ... con quien estuvo hasta el momento en que se materializó su despido en favor del Contrato de Obra Número 1382 de 2017...”.

Precisa, que el 21 de noviembre de 2018, informó a su empleador inicial, que se tenía que someter a una intervención quirúrgica denominada “...**CISTOSCOPIA TRANSURETRAL**, diagnóstico que no le permitía realizar las labores diarias con normalidad, e intervención que estaba para ser programada en los próximos días...”; que ese mismo día el administrador de la obra –Jonathan Andrés Rodríguez- remitió dicha información a la gerencia de ICM INGENIEROS S.A.S., en correo electrónico asunto “Documentos programación cirugía Srta Manyerly Barrera”, dirigido al señor FREDY MÉNDEZ, informándole que estaba pendiente la programación para los primeros días de diciembre, anexando los documentos relacionados con el procedimiento quirúrgico; el 3 de diciembre de 2018, informó y allegó programación de la cirugía al aludido señor Jonathan Andrés Rodríguez , quien igualmente envió correo con asunto “Programación Cirugía Srta. Manyerly Barrera”.

Aduce que el siguiente, 7 de diciembre de 2018, recibió carta de terminación del contrato, la cual informaba que las labores como trabajadora de la entidad se iban a realizar hasta ese mismo día, sin ninguna comunicación anterior o previo aviso y “...sin ninguna justa causa que llevara a tomar esta decisión y que por lo tanto la misma es ineficaz, y está viciada y carece de validez...”, cuando se encontraba vigente el contrato de obra No. 1385 de 2017 “...sigue vigente, en desarrollo y le FALTA POR LO MENOS UN (1) AÑO DE LABORES...”; aunado a que de manera intencional, no pago la liquidación en la misma fecha de terminación del contrato “...presionando a

LA DEMANDANTE a firmar un paz y salvo y el documento de liquidación...”; también menciona que agotó reclamación administrativa ante el IDU.

Por último, refiere que presentó acción de tutela para que le ampararan sus derechos fundamentales y laborales vulnerados –estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, debido proceso, defensa y buena fe -; respondiendo el IDU que no tenía vínculo contractual con la demandante, admitiendo la existencia del contrato de obra antes aludido en el cual aquella prestaba sus servicios; ICM INGENIEROS SAS, alegó que el motivo por el que se terminó el contrato de la accionante “...había sido que el objeto del contrato ya no existía, situación absolutamente contrario a la realidad puesto que para la fecha de terminación del contrato de trabajo, el Contrato de Obras Número 1382 de 2017 ...seguía vigente y en desarrollo...”; también se vinculó a dicho trámite a PAVIMENTOS DE COLOMIBA S.A.S., entidad que al contestar argumentó que no tenía nexo alguno con la trabajadora, que el contrato luego de cedido por parte de ICM INGENIEROS S.A.S. “...desconocían de esta relación contractual pese a que desde el 20 de noviembre de 2018 había sido firmado CESION DEL CONTRATO DE OBRA No. 1385 DE 2017...”; acción que el Juzgado 13 Civil Municipal del Bogotá, en fallo de 23 de enero de 2019 decide negar por improcedente, indicando que le corresponde a la justicia laboral ordinaria establecer lo afirmado en la tutela; decisión confirmada por el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de esa anualidad, al desatar la impugnación presentada por la accionante (fls. 7 a 20 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C.**, autoridad que, con proveído de 11 de diciembre de 2019 la admitió, ordenando la notificación de la parte demandada en los términos allí indicados (fl. 151 PDF 01).

El accionado **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU”**, dentro del término legal y por conducto de apoderada judicial, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones declarativas y de condena solicitadas contra ella, en razón a que no existió relación de trabajo con ella, por lo que no hay lugar a derivar obligación de pago salarial y prestacional alguno; refiriendo la inexistencia de la figura de la solidaridad, ya que no convino con la accionante ningún tipo de relación

contractual, no cumplió horario, no le impuso órdenes y obligaciones, no le aplicó disposición alguna que implicara el ejercicio del poder subordinante; aunado a que no existe soporte alguno de la pretendida estabilidad reforzada, tal como lo concluyó el Juzgado Trece Civil Municipal de Oralidad.

En el acápite de FUNDAMENTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS DE LA DEFENSA, precisa conforme al objeto social de ICM INGENIEROS SAS, contenido en el certificado de existencia y representación legal de ésta, *“...no existe IDENTIDAD con la naturaleza jurídica y fines para los cuales fue creada la Entidad pública convocada al proceso INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, en consecuencia, se descarta que el objeto social de las demandadas, sea idéntico y, con este fundamento, atribuirle a mi representada unos efectos no dispuestos por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo...”*; que para los fines de la citada norma *“...no basta que el ejecutor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que a (sic) obra o labor pertenezca a las actividades normales o corrientes de quién encargo su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo, la acción solidaria que consagra el citado texto legal...”*.

En su defensa, formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Ausencia de relación laboral con el demandante, Falta de legitimación en la causa por pasiva, Cobro de lo no debido, Cobro a persona diferente a la deudora, Carencia de solidaridad a cargo de ICM INGENIEROS S.A.S., Buena fe, Compensación, Inexistencia de debilidad reforzada – debilidad manifiesta y, “Excepciones Oficiosas” (fls. 166 a 185, PDF 01).

En escrito aparte presentó **LLAMAMIENTO EN GARANTIA** respecto de MAB INGENIERIA DE VALOR S.A., MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A., teniendo en cuenta que las eventualidades que se pudieren presentar en desarrollo del contrato de obra celebrado entre el IDU y la empleadora, fueron cubiertas por éste como contratista a través de pólizas que emitió a favor de la entidad pública, conforme con el contrato, en donde se estableció la constitución de garantías, para legitimar el cumplimiento de las obligaciones que surjan, dentro de las que se encuentran el pago de salarios,

prestaciones sociales e indemnizaciones, constituyendo para ello las pólizas No. NB-100080494, NB-100012595 con la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. y la No. 35815 con CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. Aunado a que, el IDU suscribió contrato de interventoría número 1463 de 2017 con MAB INGENIERIA DE VALOR S.A., cuyo objeto era contratar la *“...INTERVENTORIA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA, LEGAL, FINANCIERA, SOCIAL, AMBIENTAL Y DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO PARA EJECUTAR A PRECIOS UNITARIOS Y A MONTO AGOTABLE LAS ACTIVIDADES NECESARIAS ARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL ARTERIAL O TRONCAL DE LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. GRUPO 1 Y 2”, objeto del Concurso de Méritos No. IDU-CMA-SGAI-029-2017...*” (fls. 386 a 390 PDF 01). Llamamiento que fue admitido con auto de 19 de agosto de 2021 (fl. 583y 584 PDF 01).

La demandada **ICM INGENIEROS S.A.S.**, dentro del término legal y por conducto de gestor judicial, dio contestación con oposición a las pretensiones tanto declarativas como de condena, precisando que si bien es cierto que se pactó una temporalidad en el contrato celebrado entre las partes, también es que dentro del mismo se determinó que se contrataba para ejercer la labor de Inspector Sisoma para una obra contratada, esta es el Contrato 1385 de 2017 *“...En este sentido, existió para el presente caso una prevalencia de la realidad sobre las formas el cual es un principio rector en el ámbito laboral en Colombia a la luz del artículo 54 de la Constitución, por lo tanto, debe prevalecer la realidad de la naturaleza de la relación existente entre las partes como una obra o labor, dejando de lado el período de duración de seis (6) meses...”*; reiterando que el contrato fue por duración de una obra o labor, por lo que *“...al cederse el Contrato 1385 de 2017 a Pavimentos de Colombia S.A.S., se terminó esa obra en cabeza de mi representada...”*; considerando igualmente que no se dan los presupuestos de la solidaridad con el IDU, puesto que los objetivos de la entidad pública son labores extrañas a su objeto social –de ICM INGENIEROS SAS-.

Igualmente sostiene, que la empresa no tenía pleno conocimiento de la debilidad manifiesta que se alega en la demanda, *“...puesto que, si bien la trabajadora informó de la programación de su cirugía el veintiuno (21) de noviembre, también lo es, que la misma no la ubica en una situación de debilidad manifiesta, por lo tanto, no se evidencia la conexidad entre la situación de salud en la que se encontraba en su momento con la imposibilidad de trabajar o la consecución de una nueva ocupación, aunado a esto es importante recalcar que la terminación de la relación contractual que existía entre las partes se debió al procedimientos quirúrgico al que se iba a*

someter la demandante, la verdadera razón fue la cesión del contrato 1385 de 2017 a Pavimentos de Colombia S.A.S en este orden y como lo manifestó la demandante en los hechos que sustentan el presente escrito de demanda, la solicitud de cesión se presentó ante el IDU el treinta y uno (31) de julio de dos mil dieciocho (2018) y se firmó la cesión el veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), siendo las dos fechas anteriores a la información del procedimiento al que se iba a someter la ex trabajadora, por lo tanto, no es posible argumentar el conocimiento de la debilidad manifiesta...”; precisando además que, la demandante no se encontraba en una situación que disminuyera su capacidad, puesto que, la terminación se dio previa a la realización del procedimiento de CISTOSCOPIA TRANSURETRAL, no por las razones que aduce la demandante, sino por la única y exclusiva situación que originó la terminación del vínculo, esta es, la cesión del contrato 1385 de 2017, que se constituye en una causa objetiva para la terminación del vínculo laboral. En su defensa, planteó como medios exceptivos, los siguientes: Buena fe al momento de la firma del contrato, Deber de diligencia de informar su situación salud, “La genérica” (fls. 330 a 345 PDF 02).

PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., contestó la demanda, por intermedio de apoderada judicial, oponiéndose en forma genérica a todas y cada una de las pretensiones, señalando que carecen de fundamentos y razones que las hagan viables, como quiera que dicha sociedad no ha contratado jamás a la demandante para desarrollar labores del contrato IDU 1385; reitera que entre ella y la accionante no existe ni ha existido relación laboral para la ejecución del aludido contrato, la demandante nunca ostentó la condición de trabajadora o de tener un contrato laboral, situación que se advierte de la documental aportada, por consiguiente, no hay lugar a pago por concepto de salarios y prestaciones sociales; tampoco se da la solidaridad enunciada, como quiera que ésta solo es aplicable, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 34 del C. S. del Trabajo, a los Contratistas Independientes, y beneficiarios del servicio del contratista; ni la sustitución patronal, pues dicha figura “...se da cuando no se cambia de empresa, sino cuando la empresa cambia de dueño. La sustitución patronal es una figura laboral establecida en el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo –CST-, que consiste en la continuidad del contrato de trabajo y de la relación laboral aun cuando suceda el cambio de dueño, de un establecimiento o empresa...”.

Sostiene que **“...PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. únicamente y previa autorización el IDU le fue CEDIDO el contrato IDU 1385 de 2017 y no la empresa ICM INGENIEROS SAS, tampoco adquirió esta sociedad por compra o transacción comercial alguna. Entonces aseverar que, por ser cesionario de un contrato, se dio la figura de Sustitución Patronal es incorrecto. Y como ya lo he expresado anteriormente, la demandante no tuvo contrato laboral alguno con mi representada para el desarrollo del contrato IDU 1385/17. Dentro de las negociaciones y acuerdo para el logro final de la cesión del contrato en mención, mi representada firmo tres documentos, Así: 1.- ... 2.- Acuerdo Interno – Pavimentos Colombia SAS e ICM Ingenieros SAS – Cesión del contrato No. 1385 de 2017, en el cual, además de reiterar en su cláusula Quinta, Parágrafo Primero: Acaecida la condición suspensiva de la cláusula primera, el Cedente se obliga a proceder al pago y liquidación de todos los subcontratistas y personal contratado para la ejecución del contrato No.1385 de 2017. Queda por tanto entendido, que no existirá relación laboral alguna entre el Cesionario y el Cedente o el personal que éste haya utilizado en la ejecución del objeto del contrato No.1385 de 2017.... PARAGRAFO SEGUNDO: El Cesionario procederá por su propia cuenta y riesgo con toda la contratación y subcontratación requerida para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato No.1385 de 2017. (resaltado fuera de texto), así mismo, la cláusula SEXTA. - INDEMNIDAD, dice: El cedente mantendrá indemne al Cesionario de cualquier tipo de sanción, multa, reclamo, demanda y en general, de cualquier acción legal judicial y/o extrajudicial a que pueda verse sometido...”.** Formuló en su defensa, las excepciones de: Inexistencia de las obligaciones pretendidas y cobro de lo no debido, Innominada, Buena e de la empresa (fls. 400 a 411 PDF 02).

Mediante proveído de 15 de junio de 2021, se admitió la reforma de la demanda presentada por el apoderado de la gestora, en cuanto a adicionar un hecho y una prueba documental (fls.159 a 162 PDF 01) y dispuso correr traslado a las partes de la misma (fl. 575 ídem).

La llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, descorrió el traslado legal por conducto de apoderada judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda principal y del llamamiento. Frente a las primeras por considerar que carecen de fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios, de conformidad con lo previsto en el artículo 31 del CPTSS; precisando igualmente que, existe una indeterminación en la redacción de las pretensiones, a quien van dirigidas, pues todas las demandadas no pueden cubrir los rubros de acuerdo con las pretensiones que está solicitando la parte actora **“...No se puede declarar una sustitución patronal y a la vez endilgarle responsabilidad por los pagos dejados de percibir después de la**

terminación del contrato a todos los sujetos que conforman la parte pasiva de este proceso...”; agregando que por el hecho de tener una cirugía, la demandante no puede valerse de ser amparada por la estabilidad reforzada que ofrece la ley. “...Vale la pena aclarar que las sentencias de Tutela proferidas por la Corte Constitucional tienen efectos inter-partes y no erga omnes como las de Constitucionalidad. Esto sin mencionar la robusta jurisprudencia del Máximo Juzgador Laboral con respecto al reconocimiento de dicha estabilidad laboral que pretende la parte demandante...”. Formuló como excepciones de fondo o mérito, las que denominó: Inexistencia del contrato a plazo fijo pactado por debida aplicación a principio de favorabilidad, Inexistencia de la estabilidad laboral reforzada, Inexistencia de la sustitución patronal, Genérica.

Respecto al Llamamiento en Garantía, aceptó los hechos relacionados con la celebración del contrato No.1385 de 2017 entre ICM INGENIEROS S.A. y el IDU; precisó que la póliza No. 12/35815, fue suscrita con PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. quien funge como tomador y asegurado y al IDU se tiene como asegurado adicional; que no tiene conocimiento de contrato de interventoría; considerando que a ella no le corresponde cubrir los perjuicios reclamados por la demandante en caso de un fallo condenatorio, “...teniendo en cuenta que la **PÓLIZA DE GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES NO. 12/35815 Anexo 49423**, no puede amparar el siniestro reclamado por la parte activa de ese proceso a tener una fecha de inicio con vigencia posterior al acaecimiento del siniestro y al operar sobre él la prescripción establecida en el artículo 1081 del Código de Comercio...”. Presentó como medios exceptivos: Prescripción de la acción, Ausencia de cobertura por vigencia extemporánea de la póliza, Ausencia de cobertura por la falta de interés asegurable, Coexistencia de seguros, Genérica (fls. 346 a 379 PDF 02).

COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., dentro del término de ley, mediante abogado de confianza dio respuesta a la demanda, su reforma y al llamamiento en garantía. Respecto de las dos primeras, dijo oponerse a todas y cada una de las pretensiones tanto principales como subsidiarias –declarativas y de condenado que “...entre la señora YURY MANYERLY BARRERA ROA y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, no existió ningún tipo de vínculo laboral, pues como se desprende de los mismos documentos aportados por el apoderado judicial de la demandante en la demanda y en su reforma, dicha vinculación se hizo con la sociedad ICM INGENIEROS S.A.S...”; aunado a que

“...de acuerdo con la documental aportada dentro del expediente se puede evidenciar que los salarios y prestaciones sociales fueron pagados oportunamente, por lo cual no se encuentra pendiente de pago ninguna suma de dinero correspondiente a salarios y prestaciones sociales como lo pretende la demandante...”.

También sostuvo que “...el contrato individual de trabajo suscrito entre ICM INGENIEROS S.A.S. y la hoy demandante se hizo con el objeto de desempeñar labores como INSPECTOR SISOMA, cargo que subsistió hasta el momento en el cual se suscribió el CONTRATO DE CESIÓN DEL CONTRATO N° 1385 DE 2017 entre ICM INGENIEROS S.A.S. y PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. pasando en cabeza de ésta la totalidad de la ejecución de dicho contrato de obra. Según los documentos aportados con la demanda, en el contrato de trabajo suscrito entre la señora BARRERA ROA e ICM INGENIEROS S.A.S. se adicionó el 20 de febrero de 2018 en el ANEXO 1 respecto al término de duración de dicho contrato en la CLÁUSULA SEGUNDA lo siguiente: “CLÁUSULA SEGUNDA: TÉRMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO: Las partes acuerdan que el presente contrato tendrá una duración de conformidad con lo indicado en la cláusula quinta del contrato en la labor de INSPECTOR SISOMA. Por lo tanto, la terminación de esta labor o actividad para la obra, significará por ende la finalización o terminación de la labor contratada por no subsistir la causa que dio origen al contrato. PARÁGRAFO: Se entenderá igualmente terminada la Obra o Labor Contratada en los siguientes casos: a) Cuando por causas ajenas no imputables a la Empresa, esta no pueda culminar la Obra Contratada en la cual labora el trabajador. b) Cuando sea necesario disminuir el número de trabajadores en proporción al avance de la obra o labor especial contratada. c) En cualquier evento, cuando dejen de subsistir las causas que dieron origen al presente contrato ”...”; considerando que el IDU no se encuentra llamada a responder por las pretensiones de la accionante y de contera, dicha aseguradora tampoco.

Frente a la demanda, propuso las siguientes excepciones de fondo o mérito: Ausencia de responsabilidad solidaria del IDU, teniendo en cuenta que no tenía ningún tipo de vínculo laboral con la demandante; Falta de cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 34 del CST, de la solidaridad laboral entre contratante y contratista; Ausencia de pruebas que demuestren el derecho a la estabilidad laboral reforzada o la debilidad manifiesta de la actora al momento de la terminación del contrato de trabajo; Pago de los salarios y prestaciones sociales, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación a cargo de la parte demandada; Límite indemnizatorio; Prescripción laboral y, Genérica.

Respecto al llamamiento en garantía, dijo oponerse al mismo, considerando que si bien el IDU se encuentra legitimado para proponer dicha figura jurídica, también lo es que dicha entidad no es la llamada a responder por las pretensiones de la demanda, como quiera que no ha existido vínculo laboral con la demandante y que, “...por ende tampoco lo está COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., como aseguradora de la misma en virtud del desarrollo del contrato de obra N° 1385 de 2017 suscrito el 18 de octubre de 2017, y con ocasión de la cesión del contrato efectuada el 20 de noviembre de 2018, porque mi representada limitó las coberturas contratadas en la citada póliza mediante el anexo No. 4 de fecha 5 de abril de 2019, para responder por las acreencias y derechos laborales que la demandante señala se le adeudan bajo un vínculo laboral inexistente con el IDU, toda vez que en dicho anexo quedó claramente establecido el hecho de la cesión del contrato a partir del 20 de noviembre de 2018, y en materia de vigencia para la cobertura de Salarios, Prestaciones Sociales Legales e Indemnizaciones Laborales, quedó fijada hasta el 20 de noviembre de 2018 y tres (3) años más, esto es hasta el 20 de noviembre de 2021. Por lo tanto, dichas pretensiones no pueden prosperar tampoco en contra de la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A...”. Propuso la excepción de: Ausencia de responsabilidad respecto de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. NB-100012595 (fls. 520 a 535 PDF 02).

MAB INGENIERIA DE VALOR S.A., dio contestación a la demanda, su reforma y el llamamiento a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones del libelo incoatorio, considerando frente a las pretensiones que dicha sociedad “...no está llamada a absolver o cumplir...”, y que tampoco el IDU atendiendo lo pactado en las cláusulas décima segunda numeral 4° y vigésima séptima, en las que el contratista se comprometió a asumir el pago de honorarios, salarios, prestaciones e indemnizaciones de carácter laboral del personal que vincule para la ejecución del contrato de obra No. 1385 de 2017, y que en éste, se estableció la inexistencia de relación laboral entre el IDU, el contratista –ICM INGENIEROS SAS- o el personal de éste.

Precisa que, la cesión del mencionado contrato a la firma PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S, se realizó bajo el procedimiento y parámetros contractuales y legales, por lo cual es totalmente válida desde el aspecto contractual y jurídico, por lo que goza de total legalidad frente a las Partes y los terceros, documentos

que por tener el carácter de públicos “...siempre estuvieron a disposición de cualquier tercero en la página de SECOP, en donde por deber legal, el IDU debió publicarlos...”.

En cuanto al llamamiento en garantía, aceptó como ciertos los hechos a excepción del 6°, dado que se alude a normas jurídicas, por lo que se atenía a su contenido íntegro y completo; que el IDU, con el objeto de contratar una interventoría técnica, administrativa, legal, financiera, social, ambiental y de seguridad y salud en el trabajo para ejecutar a precios unitarios y a monto agotable las actividades necesarias para la ejecución de obras de conservación de la malla vial arterial o troncal de la ciudad de Bogotá D.C., grupos 1 y 2, abrió el Concurso de Méritos No.IDU-CMA-SGI-028-2017; que agotado el proceso licitatorio, mediante Resolución No. 5857 de 14 de noviembre de 2017, le adjudicó a dicha sociedad el mismo y se suscribió contrato de interventoría No. 1463 de 2017 con el IDU, el cual tenía un plazo inicial de 25 meses a partir del acta de inicio que lo fue el 20 de diciembre de 2017, el cual tuvo varias modificaciones – Otrosi y Otros-.

Recalca que la gran mayoría de los hechos narrados por la actora fueron totalmente ajenos a ella, ya que “...se encontraban dentro del giro normal y exclusivo de ICM Ingenieros S.A.S., en su calidad de Contratista de Obra dentro de los cuales no teníamos competencia contractual y legal para inspección, vigilancia y control sobre los mismos...”; que como interventoría del proyecto, dentro de su competencia legal y contractual estaba la de “...establecer el cumplimiento de las obligaciones y deberes del Contratista de Obra dentro de un marco contractual del ya mencionado Contrato de Obrar No. 1385 del 2017, por lo cual los documentos que nos remitieron y/o radicaron siempre tuvieron una presunción de legalidad, máxime cuando fueron expedidos por el Contratista de Obra en ejecución y desarrollo del Contrato, con lo cual en aplicación del principio de Buena Fe con la que se deben ejecutar los contratos estatales, como es el caso en cuestión, si en su momento ICM Ingenieros S.A.S., remitió los respectivos soportes de salida de la señora Yury Manyerly Barrera Roa con los respectivos Paz y Salvos donde se evidencia que no existió algún vicio del consentimiento y que los mismos están conforme a Ley, pues no debe ser diferente, a que mi Representada le haya dado la respectiva validez y fe a los documentos remitidos más cuando los mismos se encontraron en calidad y oportunidad...”

Propuso como medios exceptivos en su defensa, los siguientes: Falta de legitimación en la causa por pasiva, Inexistencia de las obligaciones pretendidas

y cobro de lo no debido a MAB Ingeniería de Valores S.A., Carencia de solidaridad de esa sociedad en cuanto a las obligaciones a cargo de ICM Ingenieros S.A.S., Aplicación del principio de la Fe (sic) en los contratos estatales e, Innominada (fls. 594 a 622 PDF 02).

II. DECISION DEL JUZGADO

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia de 22 de febrero de 2022, resolvió:

“(...) PRIMERO. ABSOLVER a las demandadas PAVIMENTOS DE COLOMBIA SAS, ICM INGENIEROS SAS, INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO –IDU-, de las pretensiones incoadas en su contra por parte de YURI MANYERLI BARRERA ROA conforme a lo considerado.

SEGUNDO: ABSOLVER a las entidades llamadas en garantía MUNDIAL DE SEGUROS SA, CHUBB SEGUROS COLOMBIA SA, y MAB INGENIERIA DE VALOR S.A., de las pretensiones incoadas por el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandante y a favor de las demandadas.

CUARTO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada oportunamente, se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social...”

El Juez de conocimiento, dado que no se propuso recurso alguno contra la decisión, dispuso la remisión del expediente a su Superior para que se surtiera el **grado jurisdiccional de consulta**. Recibido el mismo inicialmente por la Secretaría del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, fue asignado por reparto al despacho del Magistrado *José William González Zuluaga* (PDF 01 Cdo. 02 Segunda Instancia).

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente para alegar en segunda instancia, la demandada ICM INGENIEROS SAS y la llamada en garantía CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A. presentaron alegaciones, solicitando se confirme la sentencia absolutoria, para lo cual, cada una expuso lo siguiente:

ICM INGENIEROS SAS, luego de hacer referencia a los hechos objeto del litigio, a la contestación de la demanda y los argumentos de defensa, las

excepciones planteadas por la misma, el trámite adelantado en primera instancia; señala como consideraciones finales:

“(...) Se solicita al Despacho que en el caso que hoy nos convoca el Grado Jurisdiccional de consulta, base su revisión en las siguientes conclusiones:

- *La señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA** suscribió un contrato de obra o labor el cuál se mantuvo en la medida que **ICM INGENIEROS S.A.S.**, fungió como contratista y se encontró a cargo de la ejecución de las obras de conservación de la malla vial arterial, objeto del contrato de obra No. 1385, fecha hasta la cual se cumplieron todas las obligaciones legales por parte de **ICM INGENIEROS S.A.S.***
- *La señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA** no comprobó que la razón de la terminación laboral se basará en causas subjetivas o arbitrarias por parte de **ICM INGENIEROS S.A.S.***
- *No existe ninguna obligación imputable por parte de **ICM INGENIEROS S.A.S.**, puesto que no existe nexo causal que señale que la terminación del contrato tuvo origen o causa directa a la situación de la demandante, solo se tiene que la terminación fue derivada de la cesión del contrato, así mismo no acredita ningún perjuicio irremediable, ni que la misma haya estado incapacitada por temas de salud previo a la terminación del contrato.*
- *Que las razones de hecho y de derecho presentadas en el escrito de la demanda no poseen la carga probatoria suficiente para endilgar una responsabilidad a **ICM INGENIEROS S.A.S.**, ni mucho menos se evidencia que la demandante, hubiese estado amparada por la estabilidad laboral reforzada que consagra la Ley.*
- *Que la estabilidad laboral reforzada no se le reconoce a todos los trabajadores de manera indiscriminada con cualquier limitación física o discapacidad que los aqueje, y menos aún por las razones señaladas por la señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA** en lo referente a la cirugía que informó que se le realizaría sin fecha exacta, pero que para el momento de la terminación laboral se encontraba en óptimas condiciones de salud.*

Por los hechos, y explicaciones anteriores, respetuosamente solicito al señor Magistrado, basar el grado jurisdiccional de consulta aceptando como válidas las conclusiones señaladas, por cuanto el fallo de primera instancia emitido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. así como la condena en costas procesales, se profirió en cabal cumplimiento del ordenamiento jurídico...” (PDF 07 Cdrno. 02SegundaInstancia).

La llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, trae a colación, respecto de la inexistencia de sustitución patronal, apartes de pronunciamientos de la CSJ y del Consejo de Estado, que allí relaciona, respecto de lo cual señala:

*“(...) Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, deberá resaltarse lo mencionado por la Honorable Corporación, a fin de coadyuvar el acertado argumento esgrimido por el A quo, quien hace evidente la inexistencia de la sustitución patronal en el caso de autos, teniendo a su vez como único y verdadero empleador de la señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA**, a la sociedad **ICM INGENIEROS S.A.S.***

*Importante resulta resaltar, que dentro de las pruebas documentales que obran en el plenario, se logró concluir que efectivamente se materializó una cesión de contrato entre **ICM INGENIEROS S.A.S.** y **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, lo que no implicó que*

*hubiese cesión de obligaciones laborales, pues de hecho, en el citado documento se logra concluir que la cesión de actividades no implicaba ninguna otra que debiera asumir el cesionario, razón por la cual se hace claro que la sociedad **ICM INGENIEROS S.A.S.**, nunca dejó de ser el empleador de la hoy demandante, el cual cumplió con todas sus obligaciones de tipo laboral para con sus empleados, así como también se decantó el debido cumplimiento respecto al aviso previo a la terminación del contrato de la señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA**, razón que sin lugar a dudas hizo que acertadamente el A quo desestimara la declaratoria de la sustitución patronal, y en consecuencia fuera absuelta la codemandada **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, así como la llamada en garantía **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.**, sin lugar a que se hiciera un estudio exhaustivo de los medios exceptivos propuestos por estas dos últimas...”*

También, transcribe la cláusula quinta del Acuerdo Interno celebrado entre PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. e ICM INGENIEROS S.A.S. –Cesión del contrato No. 1385 de 2017; precisando:

“(…)

....

*Así las cosas, de manera acertada y estudiosa, el A quo concluye que dada la existencia del citado documento, y las cláusulas contractualmente pactadas entre cedente y cesionario, no hay lugar a que fuese declarada la sustitución patronal de manera automática, pues de lo plasmado en el citado documento, se infiere que ninguna contratación laboral era asumida por el cesionario **PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.**, lo que hace infructuoso el petitum de la demandante, en cuanto a la responsabilidad que pretendía endilgar en cabeza de la aludida cesionaria, pues en ningún momento fungió como empleadora de la actora, lo que de contera hace que no fuese condenada.*

Igualmente, considera la inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada de la accionante para el momento de la terminación del contrato, razonando:

*“(…) Frente a la naturaleza de la estabilidad laboral reforzada, es relevante manifestar que no se aportó material de prueba suficiente con el cual se pueda determinar que la señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA**, contaba con padecimientos que dieran al traste con la existencia del fuero de estabilidad laboral reforzada, pues como acertadamente lo menciona el A quo, no se logró acreditar disminución alguna a la salud que le impidiera el despliegue a cabalidad de las actividades laborales encomendadas dentro del contrato por obra o labor suscrito entre aquella e **ICM INGENIEROS S.A.S.**, lo que decanta en la falta de acreditación de secuelas y restricciones médicas vigentes para el momento de la finalización del aludido contrato.*

Pues bien, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-344 de 2016, manifiesta que se debe verificar por parte del empleador, si el trabajador se encuentra en algún tratamiento especial médico, lo cual se toma como una circunstancia de debilidad manifiesta. Así mismo, define el estado de indefensión como un carácter factico de la persona, lo cual no le permite defenderse, o impide estar en igualdad de condiciones con otra persona, como es el caso de una persona que sufre de alguna discapacidad, que cuenta con algún deterioro en la salud.

*En el caso de autos, se tiene por demostrado que la sociedad **ICM INGENIEROS S.A.S.**, no tenía la obligación de solicitar permiso al Inspector de Trabajo para dar por terminado el contrato de trabajo de la señora **BARRERA ROA**, pues el procedimiento clínico programado a ella, no era consecuencia de un accidente de trabajo, y mucho menos le impedía la plena ejecución de las labores diarias asignadas, situación que el A quo*

argumentó de manera explícita citando la reiterada jurisprudencia que trata la materia.

Ahora bien, en la Sentencia de Tutela T-781 de noviembre 3 de 2009, proferida por la Honorable Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, MP Dr. Nilson Pinilla Pinilla, se mencionó que, cuando se tiene conocimiento de la situación de debilidad manifiesta en que se encuentra el empleado, es necesario acudir al ministerio de trabajo para solicitar la autorización del despido de esta persona. Entre tanto, corresponde al empleador demostrar que el motivo del despido no fue la limitación física del trabajador.

Sumado a lo anterior, tenemos que en la litis se encuentra plenamente acreditado que la terminación del contrato laboral de la demandante, se dio amparado en una justa causa, dado que la obra para la cual fue contratada se terminó, razones más que suficientes para concluir que nunca se dio un despido injustificado, tal como lo quiere hacer ver la parte actora...”.

Así mismo, reprodujo aparte de la sentencia del 2 de noviembre de 2018 Radicación No.: 66170-31-05-001-2016-00097-01 Magistrada ponente Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón, para concluir:

*“(...) Así las cosas, y derivado de las pruebas aportadas al plenario, en el presente caso se logró acreditar sin lugar a dudas, que la terminación del contrato de la trabajadora se dio por una causal objetiva, cual es la terminación de la obra o labor, situación que por demás le fue informada en debida forma a su empleador **ICM INGENIEROS S.A.S.**, razón que permite concluir que no existió ninguna otra causal distinta para la culminación de la relación laboral, haciendo ausente el fuero deprecado.*

En este orden de ideas, LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA y LAS CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA que esgrime la parte demandante se encuentran completamente desvirtuadas, así mismo el supuesto “despido” que de estas razones deviene

*Corolario de lo anterior, no existe lugar a dubitación alguna, respecto a que la terminación del contrato de la señora **YURY MANYERLY BARRERA ROA**, se da con ocasión de la terminación de la labor, acreditada en el debate probatorio surtido...” (PDF 06 Cdrno. 02SegundaInstancia).*

En virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 29 de julio de 2022, y de la medida de descongestión allí adoptada, fue remitido el expediente a esta Corporación (PDF 05 Cdrno. 02SegundaInstancia); y asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente el 16 de enero de 2023 (PDF 11 ídem).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en el artículo 69 del CPTSS reformado por el apartado 14 de la Ley 1149 de 2007, la Sala procede a revisar las actuaciones del proceso y la decisión proferida por el juzgado de primera instancia en ejercicio del grado jurisdiccional de consulta

Bajo ese contexto, revisada la demanda y la contestación dada por cada una de las entidades integrantes de la pasiva, se observa que la controversia en esta instancia se centra en determinar: (i) la modalidad contractual celebrada entre la demandante y la sociedad ICM INGENIEROS S.A.S.; (ii) si en dicha relación operó la sustitución patronal con la firma PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.; (iii) si quedo debidamente acreditado que, la demandante para el momento de la terminación del contrato de trabajo, fuera sujeto de estabilidad laboral u ocupacional reforzada; que conlleve la ineficacia del despido y por consiguiente de viabilidad al reintegro impetrado y las acreencias consecuenciales a éste, o en su defecto y como se pretende de manera subsidiaria, (iv) la terminación del contrato fue sin justa causa, por lo que procede la indemnización del artículo 64 del CST y; (v) es viable aplicar la sanción moratoria.

Respecto al primer cuestionamiento, se señala en la demanda que desde el 20 de febrero de 2018, la accionante laboró al servicio de la empresa ICM INGENIEROS S.A.S., mediante contrato de trabajo a “...**TERMINO FIJO POR 6 MESES...**”, para desempeñar el cargo de Inspector Sisoma –Inspector del sistema de seguridad y salud en el trabajo y medio ambiente- “...para la ejecución del Contrato 1385 de 2017...”, que se había celebrado entre al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU” y la sociedad antes citada, cuyo objeto era “...**EJECUTAR LAS ACTIVIDADES NECESARIA PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL ARTERIAL, NO TRONCAL EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C. ...**”, y que ante la falta de comunicación de no prorroga, el contrato se renovó automáticamente hasta el 20 de febrero de 2019 (Hechos 1 a 3, fl. 11 y 12 PDF 01).

La empleadora demandada, si bien admitió los dos primeros supuestos, frente al tercero lo negó, sosteniendo que aunque dentro del contrato se pactó una temporalidad de seis (6) meses, también se determinó que el mismo se realizaba por la duración de la obra o labor encomendada, por lo que el contrato celebrado *era de obra o labor*, situación que aceptó expresamente la demandante al suscribir el otrosí al contrato, ya que “...*si bien dentro del contrato se estableció un plazo determinado para la prestación del servicio por seis (6) meses, también se suscribió un documento que adicionó al contrato que la vigencia sería por el tiempo que existiera el contrato 1385 de 2017 en*

cabeza de ICM INGENIEROS S.A.S., en ese sentido, como se cedió el contrato principal el vínculo entre las partes también debía extinguirse...” (fls. 331 y 332 PDF 02).

Al proceso se allego la siguiente documentación:

(i) CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO, en el que se indica, entre otra información, el cargo u oficio “INSPECTOR SISOMA”, fecha de inicio de labores “20 DE FEBRERO DE 2018”; duración del contrato “SEIS (6) MESES”, obra contratada “CONTRATO 1385-2017 IDU- EJECUTAR LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL ALTERIAL NO TRONCAL, EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.”, estableciéndose en la cláusula 5ª “...DURACIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato se celebra por el tiempo indicado en el encabezado del mismo...”, firmado el 20 de febrero de 2018 (fls. 41 a 44 PDF 01 y 145 a 147 PDF 02, entre otros).

(ii) ANEXO No. 1, CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO –POR LA DURACIÓN CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO. - en el cual, en la cláusula segunda, se indica “...TERMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO: Las partes acuerdan que el presente contrato tendrá una duración de conformidad con lo indicado en la cláusula quinta del contrato en la labor de INSPECTOR SISOMA. **Por lo tanto, la terminación de esta labor o actividad para la obra, significará por ende la finalización o terminación de la labor contratada por no subsistir la causa que dio origen al contrato.** - PARAGRAFO: Se entenderá igualmente terminada la Obra o Labor Contratada en los siguientes casos: a) Cuando por causas ajenas no imputables a la Empresa, esta no pueda culminar la Obra Contratada en la cual labora el trabajador; b) Cuando sea necesario disminuir el número de trabajadores en proporción al avance de la obra o labor especial contratada; c) En cualquier evento, cuando dejen de subsistir las causas que dieron origen al presente contrato...”, firmado el 20 de febrero de 2018 (resaltado fuera de texto, fls. 44 y 148 PDFS 01 y 02, respectivamente).

(iii) OTROSI AL CONTRATO DE TRABAJO, de la misma fecha -20 de febrero de 2018-, en el que en la cláusula primera se especifica “...El empleado prestara sus servicios profesionales durante la ejecución de las obras correspondientes al Contrato de Obra No. 1385 de 2007 suscrito entre ICM INGENIEROS S.A.S. y el INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU, cuyo objeto es EJECUTAR A PRECIOS UNITARIOS Y A MONTO AGOTABLE, LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACIÓN DE LA MALLA VIAL ARTERIAL NO TRONCAL, EN LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C. GRUPO 1 - (Zona Oriental) de la

Licitación Pública No.IDU-LP-SGI-012-2017...”, en la cláusula segunda la “...Inexistencia de relación laboral entre el IDU y el contratista o su personal, es decir no existe, relación ni existirá vínculo laboral alguno entre el IDU y el personal contratado por ICM INGENIEROS S.A.S...”; y en la cláusula tercera, se indica “...Las demás cláusulas del contrato se mantienen vigentes sin modificación alguna...” (fls. 45 y 149 ídem).

(iv) CONTRATO DE OBRA NÚMERO 1385 DE 2017, CELEBRADO ENTRE EL INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO E ICM INGENIEROS S.A.S., suscrito el 18 de octubre de 2017 (fls. 1 a 39 PDF 02).

Entonces, si nos remitimos a la literalidad del contrato de trabajo allegado, observamos que efectivamente, se indica en el título del mismo que es a “TÉRMINO FIJO”, y que se pactó como lapso de duración inicial seis (6) meses, así como lo refiere la parte actora, lo que en principio le daría la razón a ésta, pues se estableció un plazo o término de duración y no se advierte comunicación o escrito en el cual se indique sobre una eventual prórroga; no obstante, tal y como lo analizó el juzgador de primer grado, no se puede pasar por alto que en el texto del contrato también se indicó que la obra en la cual realizaría la demandante sus actividades o labores de INSPECTOR DE SISOMA sería para la contratada “CONTRATO 1385-2017 IDU- EJECUTAR LAS ACTIVIDADES NECESARIAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSERVACION DE LA MALLA VIAL ALTERIAL NO TRONCAL, EN LA CIUDAD DE BOGOTÁ D.C.”, precisándose en un OTROSI a dicho contrato, el término de duración del contrato y las circunstancias por las cuales se entendería terminada la obra o labor contratada; documento que aparece suscrito por la accionante, tal como lo aceptó en el interrogatorio de parte, sin que el mismo hubiere sido desconocido o tachado en los términos de los artículo 269 y 272 del CGP, aplicable por autorización del artículo 145 del CPTSS.

Ahora, téngase presente que, igualmente como se advierte del interrogatorio de parte, la accionante siempre realizó su labor en desarrollo y ejecución del contrato de obra No. 1385 de 2017, pues incluso indagó hasta cuando estuvo vigente el mismo, nótese que es reiterativa en el interrogatorio, y al preguntarle el juez que si había leído el contrato y observado que el mismo

“...tiene una fecha de 6 meses y también tiene como atado un plazo a la terminación de una labor?...”
contesto “...si señor y la labor es lo que yo manifiesto señor juez nunca se terminó, la labor terminó en el momento en que terminó el contrato 1385, que como le indico, tengo entendido que terminó en agosto de 2021...”; coligiéndose que evidentemente la accionante tenía claro que su labor era en ejecución del mencionado contrato de obra que había celebrado su empleador con el IDU No. 1385 de 2017.

Por tanto, la circunstancia que formalmente, en el documento, se indicara que se trataba de un contrato a término fijo, no lleva *per se* a considerar que en realidad fue así, dado que la intención de las partes ante la suscripción del otro sí al contrato, que por demás se celebró en la misma fecha del contrato inicial, era tener por pactado un contrato por el tiempo que durara la labor contratada, y así esclareció la duración del vínculo; pudiendo inferirse que ambas partes tenían pleno conocimiento de la clase de nexo que se trataba.

En ese orden de cosas, les asiste razón al operador judicial y parte demandada, en cuanto a que real y materialmente el vínculo que ató a las partes era un contrato *por el tiempo que dure la realización de una obra o labor*; recordemos que la obra quedó delimitada en el texto del contrato, al indicarse en el aparte correspondiente a OBRA CONTRATADA: que lo era el “CONTRATO 1385-2017 IDU-”, especificándose el objeto del mismo; y se reitera, se precisó en el OTROSI, las circunstancias que conllevaban la terminación que dicho contrato y de contera, el nexo que ataba a la demandante; por lo que realmente no surge duda alguna que la modalidad de contrato es la ya señalada -por el tiempo que dure la realización de una obra o labor-, como lo concluyó el juez de instancia, en virtud de lo cual se confirmará la decisión en este aspecto.

Dilucidado lo anterior, corresponde ahora determinar si operó la **sustitución patronal** en el vínculo de la demandante, como se sostiene en la demanda, en virtud de la cesión que se dio respecto del aludido contrato de obra No. 1385-2017, entre el empleador y la firma PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S.

Al proceso se aportó: ACUERDO INTERNO - PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. E ICM INGENIEROS S.A.S. – CESIÓN DEL CONTRATO No. 1385 DE 2017, celebrado el 15 de noviembre de 2018 entre dichas empresas, estableciéndose en las cláusulas primera, como objeto del mismo: *“...Por medio del presente Contrato, se regulan las obligaciones resultantes entre las Partes, con motivo de la Cesión del Contrato No. 1385 de 2017, por parte de ICM INGENIEROS S.A.S. en calidad de Cedente, a PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S. en calidad de Cesionario. En razón a esta cesión, el Cesionario asumirá todos los derechos y obligaciones que del contrato N° 1385 de 2017 se derivan, y se obligará al cumplimiento total del objeto contratado, en los términos y condiciones previstas en sus cláusulas y anexos técnicos...”*, y en la quinta, en su parágrafo primero *“...Acaecida la condición suspensiva de la cláusula primera, el Cedente se obliga a proceder al pago y liquidación de todos los subcontratistas y personal contratado para la ejecución del Contrato N° 1385 de 2017. queda por tanto entendido, que no existirá relación laboral alguna entre el Cesionario y el Cedente, o el personal que éste haya utilizado en la ejecución del objeto del Contrato N° 1385 de 2017. El Cesionario no se hace responsable por ninguna de las obligaciones que haya contraído el Cedente con los proveedores o sus sub contratistas. En ningún caso los subcontratistas del Cedente adquirirán por tal hecho relación jurídica alguna con el Cesionario...”* (fls. 245 a 253 PDF 02).

Así como, comunicación de 23 de noviembre de 2018, referenciada *“...Terminación de contrato de trabajo...”*; en el que el representante legal de ICM INGENIEROS S.A.S., le comunica a la actora *“...Con base en lo indicado en la Cláusula Segunda del Anexo 1 del contrato suscrito entre las partes, el cual viene rigiendo desde el 20 de febrero de 2018, nos permitimos comunicarle que la Empresa se ve en la necesidad de dar por terminado el contrato de trabajo debido a la terminación del contrato suscrito con el IDU.- Usted deberá laborar hasta el día 07 de diciembre y presentarse dentro del ... hábiles siguientes en las oficinas centrales para recibir la liquidación de las prestaciones social a las que tiene derecho...”* (fl. 52 PDF 01).

Sobre dicha figura jurídica, la normatividad sustantiva laboral, en los artículos, 67 la define en los siguientes términos: *“...Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios...”*; en el 68, establece el mantenimiento del contrato de trabajo, al prever *“...La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes...”*; y en el 69, determina la responsabilidad de los empleadores, al consagrar en su parte pertinente: *“...1º.) El antiguo y nuevo empleador responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquel,*

pero si el nuevo empleador las satisficere, puede repetir contra el antiguo. - 2º-) El nuevo empleador responderá de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución...”.

La jurisprudencia tiene adocinado, para que opere dicha figura jurídica, se deben reunir tres condiciones, a saber: *i) el cambio de un patrono a otro; ii) la continuidad del objeto social de la empresa; y iii) la continuidad de los servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo.* Así, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL13883-2017, sobre este específico punto, indicó: *“...Esta Corporación en sentencia CSJ SL850-2013, sobre la sustitución patronal señaló que, se produce cuando opera un cambio de empleador por cualquier causa, principalmente por mutación del dominio de la empresa o de su administración; que requiere continuidad en el desarrollo de las operaciones del establecimiento y también en los servicios que presten los asalariados. Es decir, que continúe el mismo giro de los negocios o actividades, como antes, y que los trabajadores sigan laborando después del cambio como lo venían haciendo con anterioridad a él, es decir, en ejecución del mismo contrato pues, si el contrato con el primer empleador termina, no se configura la sustitución patronal.- (...) Precisamente, son estos elementos los que deben verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura, cuya finalidad es impedir el desmejoramiento de la situación de los trabajadores, a través de la fragmentación del capital o del tiempo necesario para acceder a algunas prestaciones o beneficios establecidos en la ley o en actos jurídicos extra legales...”.*

En el presente asunto, aunque inicialmente hubo un interregno entre la suscripción del contrato de cesión -15 de noviembre de 2018- y la terminación del vínculo de la accionante -7 de diciembre de 2018-, en el que, según lo indicado en el contrato de cesión, el cesionario asumía obligaciones del contrato de obra No. 1385 de 2017, en virtud del cual venía ejerciendo sus labores la demandante, siendo factible por ello, considerarse que hubo cambio de patrono; no es posible arribar a esa conclusión, pues el empleador, esto es ICM INGENIERO S.A.S., seguía fungiendo como tal y ejerciendo su poder subordinante respecto de la accionante, al punto que fue quien le comunicó la decisión de la terminarle el contrato de trabajo y era quien le impartía las órdenes y efectuó los pagos respectivos de salarios y prestaciones sociales causados durante la vigencia y a la terminación del contrato, según lo admitió la actora en el interrogatorio absuelto; sin que hubiere quedado acreditado que el cesionario, esto es PAVIMENTOS COLOMBIA S.A.S., le haya dado indicaciones o e instrucciones a la actora en ese lapso, o que

hubiere realizado alguna conducta como empleador de ésta, para considerar que operó dicha figura jurídica.

Ahora, recordemos igualmente, que lo pactado en el contrato de cesión fue que el cedente se obligaba al pago y liquidación de todo el personal contratado para la ejecución del mencionado contrato No. 1385 de 2017, lo que así hizo, pues como se indicó en líneas anteriores, dio por terminado el contrato de la actora y cubrió el monto de su liquidación; y es que si bien ésta indica que operó dicha **sustitución** “...porque mis compañeros pasaron a PAVIMENTOS COLOMBIA con el mismo contrato 1385 y con las mismas actividades y sus mismos cargos que venían ocupando...”; tal situación no deja de ser una simple manifestación de la accionante sin ningún tipo de respaldo probatorio; además, recordemos que la representante legal de dicha empresa - PAVIMENTOS COLOMBIA SAS, si bien admitió que se vinculó algún personal del que venía laborando con ICM INGENIEROS S.AS., también preciso que fue con nuevo contrato, es decir diferente al que traían, pues sostuvo “...algunos trabajadores si pasaron, unos pocos pero una vez ellos terminaban su relación laboral con pago de prestaciones y terminación de relación laboral **se les hizo un contrato laboral, inicial, nuevo diferente con PAVIMENTOS COLOMBIA y entraron a trabajar en ese proyecto en el 1385 creo que era en el IDU 1385...**”.

Y si bien, en gracia de discusión se admitiera que hubo ese cambio de empleador en virtud de la cesión del contrato de obra, lo que se reitera no fue así; téngase en cuenta que ICM INGENIEROS S.A.S. luego de ese acto jurídico, acreditó su condición de empleador respecto del accionante hasta la finalización de su vínculo, ya que como ésta lo admitió, fue quien le impartió ordenes e instrucciones, le pagó sus salarios y prestaciones sociales; es decir ejecutó obligaciones obrero-patronales; sin que se evidenciara, como atrás se indicó, que la codemandada PAVIMENTOS COLOMBIA SAS, hubiere ejercido alguna actuación de subordinación y mando respecto de la aquí demandante; circunstancia que impide tener por cumplidos los presupuestos para declarar la sustitución patronal reclamada; como quiera que lo advertido es que no se dio ese *cambio de un patrono a otro*; ni *la continuidad de los servicios de la trabajadora mediante el mismo contrato de trabajo*; pues a manera de resultar insistentes, no se advierte que la trabajadora

hubiere prestado servicio alguno para la cesionaria, y su contrato lo dio por terminado su empleador ICM INGENIEROS S.A.S.

Lo anterior es suficiente para confirmar la decisión de primera instancia, que arribó a la misma conclusión.

De otra parte, se indica en la demanda que la accionante goza de **estabilidad laboral reforzada**, por tanto, el despido del que fue objeto se realizó sin tener en cuenta la debilidad que estaba presentando, puesto que se encontraba próxima a la realización de un procedimiento quirúrgico, situación de conocimiento del empleador y que conlleva a la ineficacia de la desvinculación.

Respecto a la condición de salud que alega la parte accionante y el amparo peticionado, recordemos que la Ley 361 de 1997-, establece mecanismos de integración social de las personas con limitación y consagra en el artículo 26, la prohibición para despedir a un trabajador como consecuencia de sus limitaciones físicas; señalando que ninguna persona en condición de discapacidad puede ser despedida o su contrato terminado por razón de esa situación, salvo que medie autorización del Inspector del Trabajo, no obstante, si ello ocurriere sin dicha autorización administrativa, tiene derecho a que su contrato sea restablecido sin solución de continuidad y a que se le reconozcan todos los emolumentos laborales dejados de percibir, así como una indemnización equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones contempladas en la ley, a que hubiere lugar.

Normatividad respecto del cual la Corte Constitucional, declaró su exequibilidad condicionada, mediante sentencia C-531 de 2000, al considerar *"...bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), 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..."*.

Esta Corporación, sobre el alcance del mencionado artículo, ha considerado, en sus diferentes pronunciamientos, que la protección especial a la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud, no es exclusiva de quienes se encuentren calificados en su pérdida de capacidad laboral, sino también respecto de quienes se encuentren en un *estado de debilidad manifiesta*, entendido éste como aquella situación grave, relevante o significativa que afecte la salud del trabajador y le dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores.

Así mismo, para la acreditación de la situación la jurisprudencia considera que *“...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 limitación que pone al trabajador en una 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 constate la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuanta con concepto desfavorables 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...”* (Sent. CSJ SL572-2021).

Por consiguiente, la simple existencia de una enfermedad o el hecho de que el trabajador se encuentre incapacitado, o en licencia por enfermedad, o con un quebranto de salud, no es suficiente para concluir que es titular de la protección reforzada; esa *situación de debilidad manifiesta*, debe quedar plenamente evidenciada en el expediente, bien sea con la determinación del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral -dictamen correspondiente cuando haya sido realizado-, o con la demostración de la situación de discapacidad en un grado significativo o relevante, es decir que el estado de salud genere dificultades sustanciales en el trabajador para laborar en condiciones regulares, situación que debe ser debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguarda su estabilidad (Sent. CSJ SL11411-2017 y SL2797-2020).

Sostiene la demandante que el 21 de noviembre de 2018, informó a su empleador que tenía que someterse a una intervención quirúrgica denominada CISTOSCOPIA TRANSURETRAL; que en esa misma fecha el administrador de la obra –Jonathan Andrés Rodríguez- remitió dicha información a la gerencia de ICM

INGENIEROS S.A.S., comunicando sobre la situación a través de correo electrónico; que el 3 de diciembre siguiente, informó y allegó la programación de la cirugía, información a la que se le dio curso en los mismos términos de la anterior misiva y; el 7 de diciembre se le terminó el contrato de trabajo (hechos 9 a 11, fls. 11 y 12 PDF 01); se acompañaron los correos remitidos en las dos oportunidades citadas, por el funcionario señalado (fls. 48 a 51 PDF 01); y es lo aceptado por la demandada en la contestación a los hechos 9 y 10 citados (fl. 331 y 332 PDF 02).

Se allegó al proceso, historia clínica del Hospital Universitario – Clínica San Rafael -, en la que se observa que el 10 de noviembre de 2018, la accionante acudió a consulta por presentar “...INCONTIENCIA URINARIA DE ESFUERZO ...”, se le ordenan pre quirúrgicos y valoración por anestesia para realizar procedimiento de CISTOSCOPIA TRANSURETRAL y CISTROURETROPEXIA CON CABESTRILLO (SUSPENSIÓN DEL MUSCULO ELEVADOR) (fls. 55 a 62PDF 01).

La demandante en el interrogatorio de parte señaló que la cirugía que tenía programada era “...Cistopexia es el procedimiento como tal se llama Cistopexia, eso es una cirugía para la incontinencia urinaria...”; que duró un mes incapacitada, precisando que para el momento en que se le terminó el contrato “...no estaba incapacitada...”, y ejecutaba su labor en forma normal “...es correcto señor juez...”, como se lo preguntó el juzgador de primer grado.

El representante legal de la empleadora, respecto a la condición de salud de la demandante para el momento de la ruptura del contrato, sostuvo “...La información que tengo es que ella en el momento de liquidar el contrato no estaba incapacitada...”; precisando “...Yo la información que tengo es que en el momento en que se le liquidó no estaba incapacitada, no sé si durante el proceso en que ella estuvo trabajando para nosotros tuvo algún periodo de incapacidad, eso no lo sé...”, que tampoco tiene conocimiento que la demandante tuviera o hubiera reportado “...¿alguna discapacidad a ICM ingenieros cuando estuvo laborando para ustedes?...”, como lo interrogó la apoderada de la llamada en garantía CHUBB SEGUROS DE VIDA, ya que respondió “...No señora no tengo información si presento alguna discapacidad la empleada...”.

De los medios de prueba referenciados, analizados en conjunto atendiendo los principios de la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Arts. 60 y 61 del CPTSS), aunque acreditan que la demandante tenía programada una intervención quirúrgica -CISTOSCOPIA TRANSURETRAL-; no así que real y materialmente para el momento de la terminación de su contrato de trabajo, padeciera una situación de discapacidad en un *grado significativo, notorio y evidente*, que fuera debidamente conocida por el empleador para que se activaran las garantías que resguardan su estabilidad.

Ello, ya que si bien antes de la terminación de su contrato de trabajo, fue a consulta por presentar incontinencia urinaria, conforme la historia clínica de 10 de noviembre de 2018, y le ordenaron pre quirúrgicos y valoración por anestesia para la práctica del aludido procedimiento; debe decirse que la trabajadora no se encontraba incapacitada para el momento de la finalización del contrato, tampoco contaba con restricciones o recomendaciones médicas, por el contrario realizaba su labor de manera normal como lo admitió en el interrogatorio de parte; por lo que dichas probanzas no permiten determinar que fuera un limitada física, psíquica o sensorial, con vocación para ser beneficiaria de las prerrogativas consagradas en la norma que se analiza; recuérdese, no se probó que su padecimiento hubiere desencadenado una limitante en la ejecución de las labores para las cuales fue contratada la trabajadora; que conforme lo referido por el representante legal, la empresa no tenía conocimiento adicional al de la cirugía, que la actora tuviere una situación particular de salud; menos aún que le haya estructurado una pérdida de capacidad en grado significativo, en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, para que el empleador hubiere tenido que solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo; adviértase que dicha protección se deriva justamente de la configuración de la limitación en vigencia del nexo contractual laboral; lo que no quedo evidenciado en el presente asunto.

En efecto, téngase en cuenta, que como bien lo señaló el a quo, anterior la fecha de la consulta referenciada, 10 de noviembre de 2018, no aparece

demostrada alguna otra atención a la demandante que lleve a inferir una situación especial en su estado de salud que la limitara en el desarrollo normal de sus actividades, para considerarla como una persona limitada en los términos del precepto ya citado y que dé lugar a la protección en él mencionada; no debe perderse de vista que la jurisprudencia ha sostenido que no toda enfermedad del trabajador lo determina como limitado físico merecedor de la protección especial reclamada, como lo adoctrinó la Corte Suprema de Justicia, entre otros pronunciamientos, en sentencia de 28 de octubre de 2009, radicación No. 35421, con ponencia del Magistrado, doctor CAMILO TARQUINO GALLEGO.

Además, la persona en situación de discapacidad es aquella que padece una deficiencia que en cualquiera de los órdenes mencionados -física, mental, intelectual o sensorial- independiente del origen de la misma, le impida su participación plena y efectiva en la sociedad; y ello no se advierte de la demandante; téngase en cuenta que, la misma trabajadora precisó que para el momento de la ruptura del contrato realizaba la actividad contratada de manera normal; lo que lleva a considerar que la sintomatología que originó el procedimiento quirúrgico ordenado, el cual se llevó a cabo posterior a la terminación del nexo laboral; no le causaba limitación en *grado significativo, notorio y evidente*, que fuera incapacitante para poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL572-2021 de 24 de febrero de 2021, radicación No. 86278; señaló.

“(...)Ahora bien, es evidente que el trabajador padece una patología en su hombro derecho, que se encuentra documentada, pero, como quedó dicho en párrafos anteriores, no es la patología lo que activa la protección de la estabilidad laboral reforzada, sino la limitación que ella produce en la salud del trabajador para desarrollar su labor, lo que no se encuentra demostrado en el proceso, pues además de no estar calificada la pérdida de la capacidad laboral, al momento del despido no presentaba ninguna situación grave de salud, que fuera notoria y evidente, por el contrario, se encontraba desarrollando sus actividades de manera normal, lo que demuestra que la patología del hombro no ocasionaba ninguna limitación en el trabajador que fuera incapacitante, con la magnitud de poder activar la protección establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997...”

Bajo ese panorama, se considera que la actora, para la fecha de terminación de su contrato de trabajo, no demostró que se encontraba en alguna situación que lleve a determinar ese *estado de debilidad manifiesta* o

discapacidad que alega, en un *grado significativo*, a fin que se pudiera obtener la estabilidad de que trata la Ley 361 de 1997; adviértase que dicha protección se deriva justamente de la configuración de la limitación en vigencia del nexo contractual laboral; lo que, se reitera, no quedó evidenciado en el presente asunto; recordemos conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, “...*la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020) ...*” (Sent. CSJ SL572-2021); aspecto éste “PCL” que tampoco quedó acreditado en el expediente o que por lo menos, como se ha venido reiterando en esta decisión, se hubiere demostrado que realmente, la demandante tenía una limitación en su salud, notoria y evidente, para que se activara su garantía de estabilidad laboral; pero no fue lo acaecido en el caso en estudio.

Así las cosas, al no quedar evidenciada la condición de salud que sostiene la actora ostentaba para el momento del finiquito del contrato que la hiciera beneficiaria de la estabilidad laboral u ocupacional reforzada; no es posible considerar que la decisión de la empresa de terminar el contrato de la demandante fuera discriminatoria y menos aún que para ello necesitaba autorización del Ministerio del Trabajo como se indica en la demanda.

En atención a lo señalado; se colige que acertó el juzgador de primera instancia en cuanto a considerar que la condición de salud alegada por la accionante que conllevaba el amparo de la estabilidad laboral reforzada, no quedó plenamente demostrada en juicio; situación que hace nugatorias las pretensiones derivadas de esta circunstancia, como el reintegro, sus consecuenciales, y la indemnización prevista en el artículo 26 de la comentada normatividad; por tanto, se confirmará la decisión en este aspecto.

También reclama la demandante, de manera subsidiaria, la **indemnización del artículo 64 del CST**. Debe precisarse respecto a la carga de la prueba, que de tiempo atrás la jurisprudencia ha precisado que cuando se reclama indemnización por despido le corresponde al demandante acreditar el hecho del despido y a la demandada la justificación del mismo.

En el presente caso, desde la contestación de la demanda, la ex empleadora admitió que dio por terminado el contrato de trabajo, por cuanto realizó cesión del contrato de obra, que originó la vinculación de la accionante. Así, en comunicación de 23 de noviembre de 2018, señaló “...Con base en lo indicado en la Cláusula Segunda del Anexo 1 del contrato suscrito entre las partes, el cual viene rigiendo desde el 20 de febrero de 2018, **nos permitimos comunicarle que la Empresa se ve en la necesidad de dar por terminado el contrato de trabajo debido a la terminación del contrato suscrito con el IDU.**- Usted deberá laborar hasta el día 07 de diciembre y presentarse dentro del ... hábiles siguientes en las oficinas centrales para recibir la liquidación de las prestaciones social a las que tiene derecho...” (resaltado fuera de texto, fl. 52 PDF 01).

Con se indicó en líneas anteriores, el contrato pactado entre las partes, fue por la duración de la obra o labor determinado, conllevando a que finalizada ésta, es decir la obra contratada, se termina el vínculo laboral, sin que sea necesario preaviso alguno al respecto.

No obstante, se advierte que luego de cedido el contrato de obra No.1385 de 2017, acto jurídico que se materializó con la autorización y aceptación impartida por el IDU, el 20 de noviembre de 2018 (fls. 245 a 253 PDF 02), la demandante continuo prestando sus servicios hasta la ruptura de su contrato -7 de diciembre de 2018; sin que pueda considerarse que la actividad realizada en ese lapso, lo fue en ejecución del aludido contrato de obra, toda vez que el mismo legalmente dejo de tener vigencia y existir para la cedente a partir de la autorización del acto de cesión, lo que conlleva a que desde ese momento se extinguieron las causas que dieron origen a la vinculación de la demandante; por consiguiente no es factible considerar que la terminación del vínculo de ésta lo fue por una causa objetiva como lo alega la ex empleadora, dado que, se reitera,

para la fecha del rompimiento del contrato ya hacía varios días, 17 para ser más exactos, que no subsistían las causas que le dieron origen –esto es el contrato de obra, por la cesión de que fue objeto.

Téngase en cuenta que en el ANEXO No. 1, CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO –POR LA DURACIÓN CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO. – las partes establecieron en la cláusula segunda, en su parte pertinente, que “...**TERMINO DE DURACIÓN DEL CONTRATO: ... Por lo tanto, la terminación de esta labor o actividad para la obra, significará por ende la finalización o terminación de la labor contratada por no subsistir la causa que dio origen al contrato.** - PARAGRAFO: *Se entenderá igualmente terminada la Obra o Labor Contratada en los siguientes casos: a) Cuando por causas ajenas no imputables a la Empresa, esta no pueda culminar la Obra Contratada en la cual labora el trabajador; b) Cuando sea necesario disminuir el número de trabajadores en proporción al avance de la obra o labor especial contratada; c) En cualquier evento, cuando dejen de subsistir las causas que dieron origen al presente contrato...*”, firmado el 20 de febrero de 2018 (resaltado fuera de texto, fls. 44 y 148 PDFS 01 y 02, respectivamente); por ello, no podía continuar el contrato de la demandante al amparo de esa cláusula; recordemos igualmente que se estableció en el contrato de cesión, cláusula 5ª, párrafo primero “...**el Cedente se obliga a proceder al pago y liquidación de todos los subcontratistas y personal contratado para la ejecución del Contrato N° 1385 de 2017. queda por tanto entendido, que no existirá relación laboral alguna entre el Cesionario y el Cedente, o el personal que éste haya utilizado en la ejecución del objeto del Contrato N° 1385 de 2017. El Cesionario no se hace responsable por ninguna de las obligaciones que haya contraído el Cedente con los proveedores o sus subcontratistas. En ningún caso los subcontratistas del Cedente adquirirán por tal hecho relación jurídica alguna con el Cesionario...**” (resalta la sala).

Por tanto, al continuar la prestación del servicio de la demandante, luego de materializada la cesión del contrato y por ende desaparecida la causa que originó su contratación, la desvinculación de ésta, en la forma que lo hizo la accionada. se torna en injusta, conllevando el reconocimiento de la indemnización deprecada, contenida en el artículo 64 del CST.

Dicho apartado legal, establece una indemnización, equivalente al lapso determinado por la duración de la obra o labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días –inciso 3° 64 CST-. Por

consiguiente, la actora tiene derecho a \$1.250.000 por tal concepto, valor al que se condenará a la ex empleadora demandada, debiendo por tanto revocarse la decisión de primer grado, en este sentido.

De otra parte, reclama la parte actora la **indemnización del artículo 65 del CST**, al no haber pagado la ex empleadora a la finalización del contrato la liquidación definitiva de prestaciones sociales.

Sobre dicha sanción, la jurisprudencia ordinaria laboral enseña que, para su imposición, el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador moroso, con el fin de establecer si su actuar se encuentra revestido o no, de buena fe, en razón a que la sola deuda objetiva de las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo a su terminación, no le dan prosperidad.

En otras palabras, si de las circunstancias fácticas se establece que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello a los derechos laborales de quien reclama, la conclusión es que debe ser absuelto por estos conceptos, toda vez que la existencia de una verdadera relación laboral no trae como consecuencia fatal la imposición de estas sanciones, si no se analiza primero el elemento subjetivo de la conducta omisiva del deudor, con miras a determinar si las razones que expone son atendibles o justificativas para obrar como lo hizo, sin importar si estas puedan ser consideradas o no, como correctas.

Lo importante es que las razones expuestas por el empleador puedan ser consideradas como atendibles de tal manera que razonablemente lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel “...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL 16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En el presente asunto, refiere la demandante en el interrogatorio de parte que la empresa le pagó sus acreencias causadas a la terminación del contrato *“...la liquidación fue paga dentro de los 30 días exactamente en este momento no lo recuerdo, pero si fue paga dentro de los 30 días posteriores al 7 de diciembre...”*.

Al proceso se aportó la Liquidación definitiva de prestaciones sociales de la accionante, que arrojó un valor de \$4.818.945, practicada el 7 de diciembre de 2018 (fl. 277 PDF 01); junto con copia del cheque No. 1981215 de Banco de Bogotá, por dicho guarismo, con fecha 26 de diciembre de 2018 y el respectivo comprobante, en el que se indica que la suma registrada corresponde a *“...PAGO LIQUIDACION CONTRATO DE TRABAJO...”* (fl. 278 ídem).

El representante legal de ICM INGENIEROS S.A. refirió en el interrogatorio de parte, en términos generales que no le pagaron a la demandante las acreencias a la ruptura de su contrato, por cuanto la sociedad estaba adelantando los trámites concernientes a la cesión del contrato de obra que había celebrado con el IDU, así como la liquidación de todo el personal de ese frente de obra, sin embargo, dijo no saber cuántas personas eran, *“...en ese frente de obra no tengo el dato, teníamos varios frentes de obra y fácilmente podríamos tener en toda la planta de la compañía más de 100 personas, pero en ese frente de obra las personas que se liquidaron no se...”*.

Bajo ese contexto, no es factible considerar, como lo determinó el operador judicial de primer grado, que se encontraba justificada la mora del empleador en el pago de las prestaciones sociales de la trabajadora; habida consideración que, observados los documentos aportados, el contrato de cesión se celebró en 15 de noviembre de 2018 (fls. 245 a 253 PDF 02), se autorizó y aceptó la cesión por parte del IDU el 20 de ese mismo mes y año (fls. 504 a 519 ídem), siendo la razón por la cual con la misiva fechada al día siguiente 23, le comunicara a la trabajadora la decisión de finalizarle el vínculo contractual, por lo que la empleadora tuvo el tiempo suficiente, esto es entre la fecha que autorización de la cesión y aquella de ruptura del contrato, para adelantar los trámites correspondientes que le permitieran cumplir en oportunidad, con su obligación obrero-patronal, vale decir pagar a la terminación del contrato de la trabajadora la liquidación de acreencias

laborales, como se colige de lo dispuesto el artículo 65 del CST, “...a la terminación del contrato...”.

En efecto, ya que al ser quien con la debida anticipación –más de 15 días, tomó la decisión de terminarle el contrato de la accionante, era su deber adoptar las medidas respectivas y necesarias para el cabal cumplimiento de sus obligaciones; toda vez que no se compadece, que aunado a que la trabajadora se quedó cesante, deba esperar un tiempo más para recibir lo que legalmente le correspondía por acreencias derivadas de la prestación de sus servicios.

Obsérvese, que no se allegó medio de convicción alguno que permitiera establecer que, la situación aducida, esto el trámite de la cesión y la liquidación del personal, hubieran impedido real y materialmente el adelantamiento por parte de la ex empleadora, las gestiones pertinentes para lograr el pago de la aludida liquidación al momento de la finalización de la vinculación de la operaria; téngase en cuenta que lo concerniente al trámite de la cesión del contrato de obra, se adelantó desde el mes de julio de 2018, como se colige de las diferentes comunicaciones que enviaba la ex empleadora a la entidad interventora de dicho contrato – MAB INGENIERIA DE VALOR- informándole sobre el mismo, entre ellas la carta de 27 de julio de 2018, en la que se indica “...Por lo anterior sometemos a consideración de la **INTERVENTORIA** y posterior traslado al IDU, nuestra voluntad de iniciar el proceso de cesión del contrato para lo cual solicitamos se nos informe acerca del procedimiento y requisitos a acreditar, así como cualquier otro tipo de actuación administrativa y contractual que se deba adelantar para lograr culminar este proceso...” (fls. 163 y 164 PDF 02); la del 29 de agosto de 2018, en la que determina como “...**Asunto:** Documentos para Cesión del Contrato...” en la que se indica “...Atendiendo la solicitud del IDU enviada hoy via correo electrónico, adjunto a la presente nos permitimos entregar copia de los siguientes documentos: ...” (fls 165 a 167 ídem): que como se precisó líneas atrás, el ACUERDO INTERNO de CESION DEL CONTRATO No. 1385 de 2017, se suscribió el 15 de noviembre de 2018 (fls. 245 a 253 PDF 02), y se autorizó por el IDU dicha sesión el siguiente día 20 del mismo mes y año (fls. 504 a 519 ídem).

Así las cosas, no se advierte una justificación razonada y atendible para liberar a la demandada ICM INGENIEROS SAS de la sanción aquí analizada; por consiguiente, se condenará a la misma de manera parcial, que en los términos del artículo 65 del CST, corresponde a un día de salario por cada día de retardo, la cual liquidada desde la fecha de terminación del contrato y aquella de pago, que se determina con la calenda de expedición del título valor que representa la suma que arrojó la liquidación -26 de diciembre de 2017 (fl. 278 PF 01)-, le corresponde a la ex trabajadora por dicha sanción, la suma de **\$1.583.333.33**, liquidada con el salario de \$2.500.000, con el cual se le practicó la liquidación final de acreencias (fld. 277 y 278 PDF 01); por la que se elevará condena, revocándose la decisión de primera instancia, al respecto.

Igualmente, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, así como las directrices jurisprudenciales, contenidas en las sentencias de la Sala de Casación Laboral SL359 y SL859 de 2021, entre otras, se impone la actualización de dicha suma; por lo que se ordenará a la sociedad demandada pague a la demandante la indexación sobre la misma, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago.

Ahora, solicita por la parte actora, se condene al IDU como responsable solidario de las acreencias que surgieran a favor de la trabajadora, como quiera que celebró con la ex empleadora contrato de obra No. 1385 de 2017, y por ende en sentir de dicho extremo procesal, fue beneficiaria de las labores realizadas por la demandante.

En el proceso quedo acreditado que, entre la citada entidad pública IDU y la ex empleadora –ICM INGENIEROS SAS, se celebró el contrato de obra tantas veces referenciado No. 1385 de 2017, y que dicho contrato fue cedido a la accionada PAVIMENTOS COLOMBIA S.A., conforme autorización emitida por la entidad pública citada, el 20 de noviembre de 2018.

La figura jurídica de la solidaridad frente al contratista independiente, se encuentra determinada en el artículo 34 del C.S.T., al exponer:

*“1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. **Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores**, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso para que se repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*

2. Los beneficiarios del trabajo o dueño de la obra también serán solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.” Resaltado fuera de texto).

Sobre dicho tema, que la jurisprudencia legal ha sostenido, entre otras, en sentencia SL 3774-2021, radicado No.82593 de 25 de agosto de 2021, lo siguiente:

“(…) La Corte debe memorar que a través del artículo 34 del CST el legislador simplemente previó un mecanismo para proteger los derechos laborales de los trabajadores y con este objetivo extendió al obligado solidario las deudas que por estos conceptos se generen a cargo del empleador (contratista).

No se trata de otorgarle esta última calidad (empleador) al beneficiario del servicio, sino de prever una garantía frente a los trabajadores. Es claro que el empleador es el contratista independiente, y el dueño de la obra tan solo funge como garante de éste para efectos laborales, salvo cuando se trate de actividades extrañas a sus labores normales...”

Bajo ese contexto, se debe advertir que tal figura no es aplicable en los términos pretendido por la convocante al proceso, dado que la responsabilidad del IDU, respecto al contrato de obra celebrado con la ex empleadora, se extendió hasta el momento en que se materializó la cesión del contrató con la sociedad PAVIMENTOS COLOMBIA S.A., vale decía hasta el 20 de noviembre de 2018 cuando el IDU autorizó y aceptó la misma; pues no es procedente responsabilizarla por actuaciones que acaecieron con posterioridad al hecho que la desligó de la ex empleadora.

Y es que, al haberse cedido el contrato, las obligaciones y responsabilidades surgidas con el mismo para el IDU en su calidad de propietaria o beneficiaria de la obra, cesaron en ese momento –de la materialización de la cesión– respecto del contratista inicial, esto es la demandada aquí ex empleadora; por consiguiente, las consecuencias de las actuaciones de ésta última, que originan las condenas impuestas, y que se dieron con posterioridad al acto de cesión, no pueden comprometer la responsabilidad de la entidad pública; lo que hace nugatoria la aplicación de la solidaridad deprecada.

En los anteriores términos, queda revisada la decisión consultada; la cual se revocará de manera parcial, para elevar condena conforme a lo señalado líneas atrás.

Sin condena en costas en la instancia, atendiendo que se trata de una consulta. Las de primer grado a cargo de la demandada ICM INGENIEROS S.A.S. y a favor de la accionante.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los numerales 1° y 3° de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario promovido por **YURY MANYERLI BARRERA ROA** contra **ICM INGENIEROS SAS, PAVIMENTOS COLOMBIA SAS,** e **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO “IDU”,** que absolvió a la demandada **ICM INGENIEROS SAS,** de las pretensiones incoadas en su contra por la actora y le impuso costas a la parte demandante, para en su lugar **CONDENAR** a dicha sociedad, en su condición de ex empleadora de la accionante, a pagarle a ésta, en su calidad de ex trabajadora, las sumas debidamente indexadas de \$1.250.000 por

concepto de indemnización por despido injusto y \$1.583.333.33, por concepto de indemnización moratoria parcial; de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO SIN COSTAS en esta instancia. Las de primer grado a cargo de la demandada **ICM INGENIEROS SAS** y a favor de la demandante.

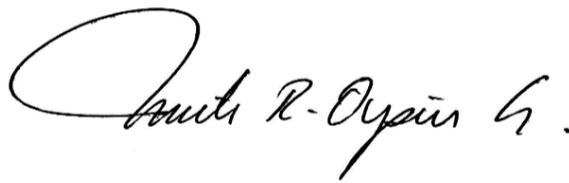
TERCERO. CONFIRMAR en lo demás la decisión consultada.

CUARTO DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR NELSON MANOLO CHÁVEZ MUÑOZ contra UNIVERSIDAD DE LA SALLE. Radicación No. 11001-31-05-014-**2018-00274-01**.

Bogotá D. C. diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; la presente sentencia se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia de fecha 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la universidad antes referida con el objeto que se declare que entre las partes existe un contrato de trabajo, el que no ha sido terminado por la empleadora, "*ni con justa causa, ni sin justa causa*", como quiera que la carta de terminación que le fue entregada, "*es inexistente, absolutamente ineficaz*" por haber sido suscrita por una persona que no tiene la facultad para terminar contratos de trabajo; que no ha existido solución de continuidad desde el 3 de noviembre de 2015 hasta que "*se produzca el reintegro real y efectivo*"; y que el trámite surtido por la demandada es nulo por violación al debido proceso; como consecuencia, solicita se ordene su reintegro laboral en el mismo cargo que desempeñaba o a uno igual o de superior categoría, y se condene al pago de salarios, cesantías, intereses sobre la cesantía, primas, vacaciones y aportes a la seguridad social, causados

desde el 4 de noviembre de 2015 hasta que se haga efectivo el reintegro; igualmente, se restituyan sus condiciones de pago y condonación del crédito concedido para adelantar estudios de doctorado en la Universidad Externado de Colombia; subsidiariamente, solicita se declare que todo el trámite surtido por la universidad frente a la queja presentada es absolutamente nulo por violación al debido proceso, se declare que la terminación del contrato de trabajo se produjo sin justa causa, y en ese sentido, se condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que suscribió con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido, el 12 de enero de 2007, el cual, entre otras disposiciones, se rige por el estatuto orgánico de la universidad (Acuerdo 005 del Consejo Directivo de fecha 6 de abril de 2006), "*especialmente en cuanto a la representación legal de la empleadora en cabeza de su Rector*", quien tiene como funciones, entre otras, la de "*Nombrar y remover al personal de la universidad con arreglo a las disposiciones legales vigentes y a lo establecido en el Estatuto orgánico*" (literal f, artículo 29); de otro lado, indica que suscribió con la demandada dos otrosíes, uno el 28 de julio de 2008 y otro el 1º de julio de 2009; indica que los días 27 y 28 de abril de 2011 "*en el marco del III SIMPOSIO DE INVESTIGACIONES EN ESTUDIOS DEL TRABAJO*", presentó junto con el docente Héctor Fabio Ríos Hernández, una ponencia titulada "*FACTORES QUE DETERMINAN LA DISCRIMINACIÓN OCUPACIONAL POR GÉNERO EN COLOMBIA*", y que por ello la empleadora le entregó un diploma con el reconocimiento por su participación; de otra parte, señala que su contrato de trabajo pretendió darse por terminado con fundamento en una queja presentada por las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López, a la primera de las cuales le había remitido la referida ponencia a su correo electrónico, el 2 de mayo de 2011; que en el mes de mayo de 2013, las citadas alumnas presentaron su trabajo de grado que titularon: "*DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO "EFECTO TECHO DE CRISTAL". ESTUDIO PARA LAS SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA (1984-2010)*", del cual actuó como jurado junto con el docente Ríos Hernández; indica que posteriormente ellos en su calidad de docentes se comunicaron con las alumnas antes mencionadas para integrar los dos trabajos "*(ponencia de los profesores CHÁVEZ y RÍOS de 2011 y trabajo de grado de las señoras MEZA y MORA de 2013)*" y publicarlos como un libro, por lo que intercambiaron algunos correos electrónicos, como los de fechas 3 y 13 de septiembre de 2013; no obstante, no fue posible la

publicación del libro por no cumplir los requisitos, por lo que se intentó publicar un artículo en la "Revista de Economía del Caribe" de la Universidad del Norte de Barranquilla, y en ese orden se envió dicho artículo al correo de tal universidad, pero fue rechazado el 8 de abril de 2014; luego, el 23 de ese mismo mes y año, lo envió a la Universidad Autónoma del Caribe, con el título: "DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO "EFECTO TECHO DE CRISTAL". CASO: SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA", incluyéndose como autores, "Manolo Chávez, Carols Meza, Héctor Ríos y Yenny Mora", lo que fue comunicado a las alumnas mencionadas, y luego de ser publicado en la revista "DIMENSIÓN EMPRESARIAL", se informó también a Carols Meza y Yenny Mora, lo que se hizo el 17 de marzo de 2015; refiere que en ese artículo aparecían todos los que participaron en su elaboración, sin embargo, por decisión de la editorial, las alumnas Carols Meza y Yenny Mora fueron citadas como "asistentes de investigación", y que por esa razón, el 14 de abril de 2015, ellas presentaron ante la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la universidad demandada una queja formal por presunto plagio de su trabajo de grado, por lo que la decana de dicha universidad lo citó a él y al profesor Héctor Ríos para escucharlos frente a la queja interpuesta; no obstante, en esa misma reunión les fueron puestos de presente otros hechos por los cuales no fueron citados, relacionados con "la presunta existencia de contratos simultáneos con las Universidades Católica, Gran Colombia, Santo Tomás y Autónoma", a lo que dieron contestación pese a no haber sido citados para ello, y además, el 1º de junio de 2015 allegaron las certificaciones requeridas por la universidad y se pronunciaron frente a la queja presentada por las alumnas Carols Meza y Yenny Mora, como quiera que no existió plagio, ya que dicho artículo se hizo en coparticipación, y que fue la revista, por una decisión de tipo editorial, la que dejó a las citadas alumnas como "asistentes investigadoras"; indica que sin recibir por parte de la demandada respuesta alguna a su escrito, ni haberse llamado al editor de la revista para corroborar lo anterior y sin cumplirse con el principio de inmediatez, la universidad por intermedio de la decana de Facultad de Ciencias Económicas, solicitó a las alumnas pronunciarse frente al escrito presentado por él y por el profesor Ríos, y las citó para el 2 de septiembre siguiente para ampliar la queja; reunión a la que no los citaron a ellos para que pudieran interrogar a las quejas como lo solicitaron; señala que las alumnas no desconocieron "la autorización concedida" y conocían que se trató de publicar un libro y después un artículo; posteriormente, él y el profesor Ríos fueron llamados a rendir versión libre ante el jefe de personal de la universidad, el 16 de septiembre de 2015, quien los sorprendió con un

"COMITÉ DE PROPIEDAD INTELECTUAL"; de otro lado, indica que el 29 de ese mes y año, la Universidad Autónoma del Caribe remitió al director del Comité de Propiedad Intelectual de la universidad demandada "el artículo previamente publicado, CORREGIDO en cuanto a la calidad de autoras de las señoras CAROLS AMIRA MEZA y YENNY MORA LÓPEZ en coautoría con el demandante y el profesor HECTOR RÍOS indicándole el "link" en el que se podía encontrar, con lo que se satisfacían (sic) la inquietud y la petición de las quejas en cuanto a que figuraran como "coautoras", y a pesar de lo anterior fue citado para el 8 de octubre de 2015 con el fin de formularle cargos por existir motivos para iniciarle proceso disciplinario, cuando ya habían transcurrido más de 5 meses de formulada la queja; agrega que en "la parte final del pliego de cargos formulado por la UNIVERSIDAD DE LA SALLE al demandante, manifiesta la empleadora por intermedio de su Jefe de Personal, que se atenía en su totalidad al concepto emitido por el Comité de Propiedad Intelectual con lo que queda patente que en este trámite la empleadora no tuvo en cuenta sus propias normas internas, toda vez que, de conformidad con el literal (m) del artículo 38 del Estatuto Orgánico (...), la aplicación de la propiedad intelectual a los trabajos realizados por los miembros de la comunidad universitaria CORRESPONDE al CONSEJO ACADÉMICO de la UNIVERSIDAD DE LA SALLE y no al Comité de Propiedad Intelectual"; indica que la universidad le concedió del 9 al 19 de octubre de 2015 para presentar descargos, lo que hizo dentro de ese término, además solicitó pruebas y propuso la nulidad de lo actuado por no garantizarse sus derechos de defensa y debido proceso, solicitud que fue rechazada por el jefe de personal el 27 de ese mes y año, y el 30 siguiente le fue entregada carta suscrita por dicho jefe de personal, señor Orlando Pinzón Chacón, en la que le informa la terminación del contrato de manera unilateral y con presunta justa causa, sin ser el representante de la demandada y por ende sin estar facultado para ello, y sin existir inmediatez desde que tuvo conocimiento la empleadora de la supuesta falta hasta la fecha del despido; finalmente, narra que la demandada inició un cobro judicial por los dineros que pagó a su favor para adelantar estudios de doctorado, y solicitó el embargo de los salarios que percibía por los contratos que tenía con las universidades Santo Tomás, Gran Colombia y Católica, así como de sus cuentas bancarias y de su vehículo automotor, y aunque solicitó un acuerdo de pago, su propuesta fue negada por el citado señor Orlando Pinzón, quien ahora suscribía como "Director de Gestión humana".

3. La demanda se presentó el 8 de mayo de 2018 (PDF 05), siendo inadmitida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto de fecha 19 de julio de 2018 (PDF 06), y una vez fue subsanada (PDF 07),

con auto del 30 de agosto del mismo año se admitió y se ordenó notificar a la demandada (PDF 08).

4. La diligencia de notificación a la demandada se cumplió el día 2 de noviembre de 2018 (PDF 14), dándose contestación el 14 del mismo mes y año (PDF 16).
5. La universidad demandada, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, como quiera que el doctor Pinzón, en atención al cargo que ejercía, era representante del patrono; frente a los hechos aceptó los relacionados con el contrato de trabajo, sus extremos temporales, que el representante legal es el rector, la queja presentada por dos alumnas de la universidad, la reunión que se convocó, las fechas en las que se presentaron los escritos del demandante, y el contenido de la carta de terminación del contrato. Respecto a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos; indicó que contrato finalizó por los hechos enlistados y debidamente comprobados en la carta del 30 de octubre recibida por el demandante; que en la *"diligencia de ampliación de la versión libre, celebrada el 16 de septiembre de 2.015, - para pedir pruebas y controvertir las aportadas por las quejas- el demandante guardó silencio"*; que el concepto del Comité de Propiedad Intelectual hizo parte del contenido del acta que se levantó en su debida oportunidad; agrega que el proceso que se adelantó al demandante se hizo para *"establecer la verdad real, garantizándole, como se hizo, al demandante el derecho de defensa"*; de otro lado, señaló que la imputación de cargos se realizó previo cumplimiento del procedimiento establecido en el reglamento interno de trabajo, respetándose el derecho de defensa, se recibió versión verbal al actor *"ante la Decana, una vez las economistas -egresadas- Carols Meza y Jenny Mora pusieron la queja"*, se dio la oportunidad para ampliar su versión y se le reconoció apoderada; señala que las quejas eran estudiantes, no trabajadoras; que el superior funcional del actor era la decana en lo atinente al desempeño de sus funciones como profesor; que el proceso disciplinario comienza con la imputación de cargos, luego sigue la indagación preliminar en la que presentó versión libre y se practicaron pruebas para establecer la verdad de la queja y los presuntos responsables de los hechos contenidos en la misma; que el actor *"tuvo suficiente tiempo, antes de la imputación de cargos, para agregar nuevos elementos a la ampliación de la versión que había rendido en la etapa de indagación preliminar, sin que hubiera aprovechado esta oportunidad"*, igualmente tuvo la oportunidad de conocer, antes de la diligencia de cargos, las versiones de las quejas, y a partir de la formulación de cargos se guardó

la reserva de confidencialidad; agrega que en la publicación las referidas estudiantes aparecen como asistentes cuando en realidad son las verdaderas autoras del artículo; y si bien la revista Dimensión Empresarial corrigió el error incluyendo el nombre de las autoras y en la nota editorial les presentaron excusas, dicha autoría de las estudiantes se reconoció por el requerimiento que hiciera la universidad ante la queja de las alumnas; de otro lado, indica que *“En el documento en que el demandante, junto con el profesor Chávez, hace la Cesión de Derechos de Autor, se trasunta el hecho de que nunca tuvo la intención de incluir en la publicación del artículo los nombres de las quejasas”*; agrega que la conducta del demandante da lugar a la terminación de su contrato de trabajo con justa causa; y que el actor interpuso una acción de tutela en su contra por posible violación a los derechos fundamentales al buen nombre, honra, petición, trabajo y debido proceso, la que no le fue favorable a sus intereses. Propuso en su defensa la excepción previa de cosa juzgada, y las excepciones de mérito de prescripción, petición de lo no debido, petición de modo indebido, compensación, inexistencia de la obligación y buena fe (PDF 16).

6. Con auto del 16 de enero de 2019, se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 15 de mayo de 2019 (PDF 18); diligencia que se realizó ese día, y en la misma se citó a audiencia de trámite y juzgamiento para el 2 de octubre del mismo año (PDF 21), siendo reprogramada para el 12 de febrero de 2020 (PDF 26), en esta audiencia se aceptó el desistimiento de los interrogatorios de parte, se dispuso requerir al Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal para que remitiera copia de la acción de tutela seguida entre las partes aquí intervinientes, y se fijó el 22 de abril de ese año para continuación de la diligencia (PDF 30), la que no se realizó por la suspensión de términos judiciales decretada por el Consejo Superior de la Judicatura debido a la pandemia del Covid-19, por lo que se agendó para 22 de julio de 2020 (PDF 32); en esta audiencia se prescindió de la anterior prueba, se cerró el debate probatorio, se recibieron los alegatos de conclusión y se fijó el 10 de agosto siguiente para la continuación de la audiencia (PDF 34).
7. El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 10 de agosto de 2020, dispuso absolver a la demandada de las súplicas de la demanda y condenó en costas al demandante, aun cuando no tasó las agencias en derecho (PDF 36).

8. Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que manifestó: *“consideramos que el fallo que acaba de proferir su despacho se produjo una violación indirecta de la ley sustancial, a la que se llegó por varios errores de hecho, manifiestos y trascendentes en la decisión, errores de hecho derivados del desacierto objetivo en la valoración del acervo probatorio, resaltando señoría que todas las pruebas recaudadas en este asunto son documentales, en efecto, vemos que la sentencia se incurrió por el despacho en un error de hecho derivado de un falso juicio de existencia por suposición de prueba, en el sentido de que tuvo como probado que el señor Orlando Pinzón Chacón sea el jefe de personal cuando en parte alguna del proceso ni por gestión probatoria en la parte demandada se acreditó que dicho señor en efecto tuviese tal calidad o que en el señor representante legal de la Universidad de La Salle, el señor rector, hubiese delegado tal facultad para que él pudiera tomar este tipo de decisiones; además, en nuestro juicio sí se deben declarar como prósperas por el honorable Tribunal las declaraciones y condenas formuladas, porque en nuestro criterio lo que sí está probado es que quien suscribe el documento del 30 de octubre de 2015 no tiene esa facultad y tampoco se demostró que en efecto hubiese sido delegado; el señor Orlando Pinzón Chacón no tenía (sic) representante y seguimos insistiendo en la representación del empleador y suponer que tenía las facultades sin que haya una prueba documental en el proceso, por parte del despacho comporta el error de hecho, por el cual solicitamos al honorable Tribunal que se revoque la sentencia, máxime si tenemos en cuenta que la misma Universidad de La Salle, al contestar el hecho segundo de la demanda, aceptó que quien es el representante legal es el señor rector y es él quien tiene las facultades para terminar los contratos de trabajo, y que este hecho en la audiencia de obligatoria de conciliación y fijación del litigio fue probado por su señoría; a nuestro juicio, esa decisión que acaba de proferir su despacho incurre también en una aplicación indebida del artículo 32 del CST, porque dicha norma no sustituye el estatuto orgánico universitario de la empleadora, que quedó probado que es el representante legal quien tiene esa facultad, y es una suposición que el señor Jefe de Personal, si es que en efecto es el jefe de personal, tuviese esa facultad para dar por terminado los contratos de trabajo. Frente a la violación del debido proceso por parte del trabajador, no compartimos con todo respeto la lectura que hace el despacho de la sentencia C 593 de 2014 que declaró la constitucionalidad del artículo 115, al exigir que tiene que existir una presunta normatividad convencional o contractual diferente para la aplicación del debido proceso laboral, en efecto, en esta sentencia sí se establecieron los pasos para que se le respete el debido proceso administrativo laboral al trabajador, parte de lo cual, es que se le debe dar la oportunidad de que presente sus pruebas y tienen que practicarse en el proceso, por tanto, consideramos que la lectura que en la que se basó dicha sentencia y en que se basó su señoría, no es afortunada para los derechos del demandante. Tampoco consideramos que se haya producido la justa causa para la terminación de la relación laboral como lo consideró el despacho, porque dentro del trámite disciplinario de manera arbitraria para nosotros, contra toda consideración del debido proceso que prevé la sentencia C-593 de 2014, no se decretaron las pruebas, con insistencia su señoría, que aparte de ello se*

habla de un presunto concepto del Comité de Propiedad Intelectual, que ni en el proceso administrativo laboral ni en el proceso se aportó, no está acreditada la tal presunta coincidencia con base en lo que su señoría supuso que sí existe. Frente a la intempestividad de la terminación entre el motivo aducido en la carta del 30 de octubre, tampoco está probada a nuestro juicio, que ese haya sido un tiempo suficiente porque se denota que hubo un lapso grande entre la presentación de la queja de las señoras Mesa y Mora, frente a la primera actuación, y que de todas maneras el motivo subyacente que había ahí, era el trabajo que tenía el señor Nelson Manolo Chávez en otras universidades; se incurre también en suposición de prueba en la sentencia que nos acaba de referir, en cuanto a que soporta la decisión en el Reglamento Interno de Trabajo, que por lo menos reconoció el despacho no se aportó a (sic) la demandada, por tanto, el despacho sin conocer realmente si en efecto lo que se aduce en la carta de terminación del contrato sí corresponde con la normatividad, mal puede fundamentar la decisión en unas presuntas normas internas que al no estar en el proceso son supuestas totalmente por el despacho; al no obrar el tal reglamento en el expediente, es claro que fundamentó la sentencia absolutoria de la universidad en presuntas pruebas que reitero, no están en el proceso; la suposición de prueba también se presenta en cuanto al presunto concepto del comité de propiedad intelectual de la Universidad de La Salle, que sí, reitero su señoría, está probado, nunca se exhibió al trabajador, porque la misma universidad lo reconoce cuando formula el presunto pliego de cargos, cuando dice que solo lo transcriben en lo fundamental, y también omitió la Universidad de La Salle aportarlo a este proceso, si es que en efecto existe porque no lo podemos afirmar, de tal manera que el despacho al soportarse en ese presunto concepto del comité de propiedad intelectual para afirmar, como lo hizo en la sentencia, que hay una coincidencia del 90%, está suponiendo la prueba su señoría, lo que debe dar para que el honorable Tribunal revoque la sentencia absolutoria de la demandada que acaba de proferir; entonces, con todo respeto para concluir, estas omisiones probatorias por parte de la demandada y la suposición que de ellas hace el despacho, no dan para que se materialice la causal aducida por la demandada; en estos términos y con la salvedad del ejercicio de derecho de ampliar nuestros reparos en segunda instancia, dejamos presentado y sustentado nuestro recurso de apelación.”

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 6 de octubre de 2020, luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ninguna los allegó.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso antes el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* analizar si el despido del demandante es ineficaz por no estar suscrita la carta de terminación por el representante legal de la universidad demandada; *ii)* verificar si se vulneró el derecho al debido proceso del trabajador en el trámite disciplinario que le adelantó la demandada; *iii)* examinar si se acreditó la justa causa invocada por la demandada para finalizar el contrato con su trabajador; y *iv)* establecer si entre la fecha de la queja y la del despido del demandante, se observó el principio de inmediatez.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes, sus extremos temporales del 12 de enero de 2007 al 3 de noviembre de 2015, así como también, el cargo de docente desempeñado por el demandante. De otro lado, las partes no discuten que previo al despido del trabajador, la demandada adelantó un proceso interno, en atención a la queja presentada por las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora, relacionada con un presunto plagio de su trabajo de grado.

La a quo al proferir su decisión, y frente a los puntos objeto de apelación, consideró de un lado, que de conformidad con el artículo 32 del CST *"no existe la menor duda que el jefe de personal se encuentra dentro de aquellos que en una entidad o sociedad ejerce funciones de dirección o administración, lo que presupone que ejerce el poder de mando, organización, control y subordinación propios del empleador sobre el conglomerado de trabajadores, representándolo"*, por lo que en ese sentido el hecho de que la carta de terminación del contrato laboral hubiera sido suscrita por el jefe de personal de la demandada no deslegitima ni invalida la decisión, por lo que *"se asume que las decisiones que adopte o comunica lo son en representación del empleador quien le delegó esa función de manejo de personal contratado y por tanto, lo obliga"*. De otro lado, indicó que la demandada no vulneró el debido proceso del trabajador en el trámite

disciplinario que le adelantó, como quiera que "el agotamiento de un proceso disciplinario para tomar la decisión de finalizar el vínculo contractual se repite, no se hace visible en ninguna norma convencional o reglamentaria, que así obligare al empleador, por el contrario, tal y como señaló el actor en demanda y con la documental aportada se tiene que fue escuchado en descargos, además, tuvo la oportunidad de aclarar y ampliar la versión de los hechos que se le endilgaron, de manera que se siguió un procedimiento mínimo encaminado a determinar la ocurrencia de la justa causa y garantizarle el derecho de defensa del trabajador", por tanto, al no estar consagrado en las normas de la empresa el despido como una sanción, no podía aplicarse la sentencia C-593 de 2014; en cuanto a la inmediatez, señaló que sí se cumplió con ese requisito, pues aunque tardó 6 meses en tomar la decisión, contados desde la presentación de la queja, dicho término no fue excesivo si se tiene en cuenta que "durante este lapso la pasiva desplegó una serie de actos tales como la puesta en conocimiento al demandante de la queja presentada por las exalumnas, la citación al demandante a descargos, la aclaración y ampliación de su versión, la ampliación de la queja y la opción de contraargumentación de la misma, la formulación de los cargos y la emisión de un concepto del Comité de Propiedad Intelectual de la Universidad, ello con el objeto de verificar la comisión de la conducta que le atribuyó como justa causa para terminar el contrato laboral, esto es, el plagio de la tesis de grado de las egresadas Carols Amira Mesa Martínez y Yenny Catherine Mora López", máxime cuando no se demostró que la demandada debiera seguir "un tiempo determinado para hacerlo conforme a alguna reglamentación interna de la institución educativa". Finalmente, en lo referente a la justa causa de despido, consideró que la misma está acreditada; indicó que si bien "no es posible verificar el incumplimiento de las faltas y prohibiciones contenidas en el reglamento interno de trabajo, el reglamento de profesorado y el reglamento de propiedad intelectual, por no haberse allegado al proceso, lo cierto es que la conducta del docente hoy demandante sí encuadra dentro de la causal que le endilgó el empleador como justa causa para finiquitar el contrato laboral, esto es, la establecida en el numeral 5° del literal a) del artículo 62 del CST, en cuanto señala como justa causa, todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores, pues el hecho de tomar como suyo propio una tesis de grado de unas estudiantes de la Universidad para la cual presta sus servicios como docente, y del cual fue jurado y hacerlo suyo reproduciéndolo a través de una publicación en aprovechamiento de su calidad y atribuyéndose la autoría del mismo, constituye una conducta alejada del hábito del buen obrar o un acto que, sin jugar a dudas, opaca la transparencia que debe predominar en los sujetos de la relación laboral y que no resultan acordes con los postulados de la honestidad y de la buena fe, por lo que válidamente se puede predicar que incurrió en actos que atentan contra la moral, pues afectó derechos de terceros, tales como la propiedad intelectual, derechos de autor de las egresadas Carols Amira Meza Martínez y Jenny Katherine Mora, así como la imagen de la universidad como institución de educación superior, pues se le involucró indicando en el artículo que el mismo fue producto de un proyecto de investigación adelantado en la universidad, por él y por el docente Héctor Ríos y no como resultado de un proyecto de grado de unas estudiantes hoy

graduados del programa de economía de su facultad de ciencias económicas y sociales, quebrantando con ello los principios a la ética profesional”.

En este orden de ideas, pasa la Sala a resolver el primer problema jurídico, vale decir, el relacionado con la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo del demandante, por haber sido suscrita dicha comunicación por una persona diferente al representante legal de la universidad demandada.

Al respecto, considera la Sala que no merece reproche alguno la decisión de la juez de primera instancia, pues, en efecto, en el caso concreto es dable entender que el jefe de personal de la universidad suscribió dicha misiva del finiquito contractual en su calidad de representante del empleador, en los términos del artículo 32 del CST, como quiera que para ese momento ejercía funciones de dirección y realizaba actos de representación con la aquiescencia del empleador, como pasa a explicarse.

En primer lugar, debe resaltarse que el citado artículo 32 es claro e inequívoco en señalar que son representantes del empleador, **además** de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las personas que allí se enuncian, de manera que no puede entenderse que dicha representación debe ser ejercida únicamente por las personas que se indiquen en los reglamentos internos del empleador, como lo entiende el apelante, sino además, por las que se indican en la norma, como en el caso lo es, el jefe de personal de la universidad demandada, en atención al cargo de dirección y jerarquía que simboliza ante los trabajadores de la universidad demandada.

En este punto, debe aclararse que la referida norma diferencia la figura de la representación legal a la del representante del empleador, y es por esa razón que la jurisprudencia laboral ha señalado que, *“una cosa es la representación laboral dentro de la empresa, establecida para los precisos fines de la mencionada norma, y otra la representación legal con su incidencia en las relaciones del empleador frente a terceros y en las actuaciones judiciales”*, y en tal sentido el hecho de que la carta de terminación del contrato de trabajo no aparezca suscrita por el representante legal, *“no le resta el valor legal que posee de suyo y tampoco da al traste con sus efectos jurídicos si lo firma otra persona de la misma compañía con capacidad de representarlo frente a sus trabajadores, no solo por el carácter que puede ser conferido vía reglamentos, sino también, por ser un empleado que se encuentre a su servicio, siempre que ejerza funciones de dirección, supervisión o administración”* (Sentencia SL4195-2022).

Ahora, frente a los empleados que ejercen funciones de dirección o administración, la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que, *“se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa, están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central”* (sentencia CSJ SL, 22 abr. 1961, reiterada en sentencias SL939-2018 y SL 3010-2022).

Así las cosas, y dado el cargo ejercido por la persona que suscribió la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, de jefe de personal de la universidad demandada, no queda duda que en realidad tenía una posición jerárquica por encima de los demás empleados, e incluso tenía facultades disciplinarias, tan es así que fue quien adelantó el proceso al trabajador demandante previo al despido; además, no puede dejarse de lado que la citada norma indica que dichos actos de representación se realizan con aquiescencia no solo expresa sino también tácita del empleador, y en el presente caso puede colegirse dicho asentimiento de la demandada, pues no obra prueba alguna que indique lo contrario.

Es cierto que el apoderado apelante en su recurso menciona que no se probó que el señor Orlando Pinzón Chacón fuera el jefe de personal, sin embargo, constituye un hecho que no fue discutido en juicio, incluso el mismo demandante en su escrito de demanda admite que el citado señor para el momento de los hechos era *“Jefe de Personal de la UNIVERSIDAD”*, y así lo enuncia en los hechos 24, 28, 31 y 32 (pág. 8-13 PDF 04); es más, el mismo demandante dirigió comunicaciones del 1º de octubre de 2015, a dicho señor Pinzón Chacón, en su calidad de jefe de personal (pág. 118-125 y 126-131 PDF 03), y las respuestas que da tal persona incluyen un sello de la Universidad de La Salle, en el que se indica que es *“JEFE DE PERSONAL”*, cuya papelería es también de la universidad demandada, de la *“Vicerrectoría Administrativa”* (pág. 132-139 PDF 03), aun más, la carta de despido se hace con copia al rector de la universidad, a los vicerrectores académico, administrativo y de investigación y transferencia, y a la decana de la facultad de ciencias económicas y sociales, con lo que se concluye que el referido jefe de personal sí actuó con la aquiescencia del empleador para suscribir la carta de despido.

De otro lado, conviene precisar que la demandada al contestar el hecho 2 de la demanda aceptó que el rector era el representante legal de la universidad, pero no hizo mención alguna a que fuera dicho rector el único facultado para dar por terminado los contratos de trabajo como lo asegura el apelante.

En consecuencia, las anteriores son razones más que suficientes para confirmar la decisión del juez en este aspecto.

En lo que tiene que ver con la vulneración al debido proceso del trabajador dentro del trámite disciplinario que le adelantó la demandada, debe decirse que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 115, señala que antes de aplicarse una sanción disciplinaria el empleador debe dar oportunidad de *“ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca”*, y que no producirá efecto alguno la que se imponga pretermitiendo ese trámite. Dicho artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-593 de 2014, aclarando que la interpretación acorde con los postulados constitucionales *“es aquella que impone al empleador que, en forma previa a la imposición de cualquier sanción contenida en el Reglamento del Trabajo, debe garantizarse el respeto de las garantías propias del debido proceso”*, y señaló que los reglamentos internos de trabajo deben contener unos parámetros mínimos que garanticen los derechos al debido proceso y a la defensa de los trabajadores, permitiéndoles *“conocer tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción, así como el procedimiento que se adelantará para la determinación de la responsabilidad”*; a su vez, dicha facultad sancionatoria del empleador *“debe ser ejercida en forma razonable y proporcional a la falta que se comete y, estar plenamente probados los hechos que se imputan”*.

Ahora, frente al cumplimiento del debido proceso disciplinario, el Tribunal debe precisar que el empleador está obligado a seguirlo cuando pretenda imponer una sanción, pero no cuando requiera terminar un contrato de trabajo con base en una justa causa, al no ser esta una decisión de carácter disciplinario, salvo que así se haya estipulado en el reglamento interno de trabajo, a excepción de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, pues en este caso deberá oírlo previamente para garantizarle su derecho a la defensa, como lo enunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2351-2020, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 115 del CST y en la sentencia C-593 de 2014 de la Corte Constitucional, antes referida; no obstante, la Corporación en dicha decisión también indicó que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión

del despido con justa causa, pues de todas formas debe garantizar el derecho de defensa cuando se hace *“uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación”*, y resumió tales garantías como *“a) La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato (...)”, “b) La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos”, “c) Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo”, “d) Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso”, y “e) La oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido”, y aclaró que *“La citación a descargos no es la única forma de garantizar el derecho de defensa del trabajador”, pues esta garantía “se cumple también cuando el trabajador, de cualquier forma, tiene la oportunidad de hacer la exposición de su caso al empleador con el fin de asegurar que la decisión de terminación del contrato vaya precedida de un diálogo...”*. (sentencia SL2351 de 2020).*

Además, la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-449 de octubre de 2020, fijó los criterios para el despido del trabajador por una justa causa, en los que se resalta, el deber del empleador de garantizar al trabajador el derecho a ser oído o de poder dar la versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, cuya aplicación, entiende la Corte, se extiende para todas las causales, pues ellas, más allá de que no tengan un contenido sancionatorio, sí envuelven elementos subjetivos y objetivos de valoración, respecto de los cuales, en términos de igualdad, se debe permitir un escenario de reflexión e interlocución, ya sea en una audiencia o en cualquier otra vía idónea de comunicación, con miras a que el trabajador pueda defenderse frente a los supuestos que permitirían su configuración y, dado el caso, si así lo estima pertinente el empleador, retrotraerse de la decisión adoptada. Por lo que puede concluirse que, el empleador en todo caso, cuando pretenda despedir a su trabajador con base en una justa causa, debe darle la oportunidad de escucharlo con el fin de garantizar su derecho a la defensa.

Así las cosas, del material probatorio obrante en el expediente digital fácil resulta concluir que la decisión de la demandada no desencadenó en la imposición de una sanción disciplinaria, sino en la terminación del contrato de trabajo con justa causa, con fundamento, entre otros, en las causales consagradas en los

numerales 5º del literal A) del citado artículo 62 del CST; por tanto, a juicio de la Sala, el empleador no estaba obligado a seguir un proceso disciplinario para adoptar esa determinación, máxime cuando el contrato de trabajo que fue allegado al plenario, o los otrosíes que se suscribieron, visibles en la páginas 5 a 8 del archivo PDF 15, no consagran un procedimiento especial para terminar la relación laboral de un trabajador que incurra en una justa causa, pues como pudo advertirse, dicho trámite solo está concebido para la imposición de sanciones, decisión que no fue la adoptada por la empresa demandante.

No obstante lo anterior, y conforme los presupuestos dados por la jurisprudencia en cita, encuentra la Sala que la universidad demandada sí dio la oportunidad al demandante para que expusiera su versión de los hechos, previo a tomar la decisión de finalizar su contrato de trabajo, y de esa forma le garantizó su derecho a la defensa, pues de un lado, lo citó a una reunión para escucharlo en versión libre para que pudiera pronunciarse frente a la queja presentada por las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López, reunión que se realizó el 20 de mayo de 2015, y en la misma el demandante se pronunció al respecto, dándole la oportunidad para que allegara los soportes con los que respaldaban su dicho; luego, el 1º de junio de 2015 el actor nuevamente hace mención frente a la queja presentada, punto por punto, allega pruebas, solicita interrogatorio de las quejosas y el testimonio del director de la revista donde se hizo la publicación; por lo que, una vez las alumnas les fue puesto de presente el escrito del actor, fueron interrogadas por la universidad en diligencia de versión libre de fecha 2 de septiembre de 2015; y a su vez, el acta que se levantó se puso en conocimiento del demandante para que hiciera las manifestaciones que considerara pertinentes, lo que hizo el demandante en audiencia de ampliación de su versión, de fecha 16 de septiembre de 2015; y ante el pliego de cargos que le formuló la universidad, el 8 de octubre de 2015, el demandante efectuó los pronunciamientos correspondientes con escrito radicado el 19 del mismo mes y año, igualmente solicitó la nulidad de lo actuado, siendo esta última resuelta por la demandada el 27 de octubre de 2015; y posteriormente, mediante comunicación del 30 de octubre de 2015, la universidad dio por terminado el contrato de trabajo (pág. 33-90 PDF 15)

En ese orden de ideas, es evidente que la demandada no solo le dio la oportunidad al demandante para exponer la versión de sus hechos, sino que, además, le puso en conocimiento la queja que se presentó en su contra, para que pudiera ejercer su derecho a la defensa, le dio la oportunidad de allegar las

pruebas que considerara necesarias, accedió a interrogar a las quejas, cuyas respuestas también se las puso en conocimiento del actor, dándole una vez más, la oportunidad para pronunciarse al respecto, y si bien no se decretó el testimonio del director de la revista en la que se hizo la publicación, se advierte que sí se hicieron los requerimientos pertinentes, incluso, dio lugar para que la editorial corrigiera el error puesto de presente relacionado la autoría del artículo publicado, lo que se hizo el 29 de septiembre de 2015 (pág. 81 PDF 03), y con posterioridad a todas las explicaciones que brindó el demandante, la universidad mediante comunicación del 30 de octubre de 2015 le notificó la terminación de su contrato de trabajo con base en una justa causa.

En consecuencia, no hay duda que la universidad dio la oportunidad al trabajador de oírlo antes de finalizarle el vínculo laboral, garantizándole su derecho a la defensa y al debido proceso, pues, se reitera, la demandada no solo lo citó a diligencia de versión libre para que se pronunciara frente a la queja inicial presentada en su contra, sino que también, luego de interrogar a las quejas acerca de las explicaciones que había dado el actor, le dio a este la oportunidad de ampliar su versión libre, y una vez la demandada le formuló pliego de cargos, le permitió nuevamente hacer las manifestaciones que considerara necesarias, dando lugar a que se analizaran las nuevas explicaciones y emitiera su decisión final.

Ahora, si bien es cierto que en la diligencia de versión libre se le indagó al demandante por temas relacionados con los contratos que tenía con otras universidades, lo cierto es que tales hechos no hicieron parte de los motivos por los cuales la universidad dio por terminado el contrato de trabajo, como se verá más adelante, y, por ende, tal circunstancia no puede ser objeto de estudio en esta decisión.

En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la sentencia en este aspecto.

En cuanto al tema de la inmediatez, la Sala comparte la decisión de la juez, pues aunque es cierto que entre la fecha de la queja que presentaron las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López (14 de abril de 2015), y el momento en el que se le comunicó al demandante la terminación de su contrato de trabajo (30 de octubre de 2015), transcurrieron más de 6 meses; sin embargo, en este aspecto, la Sala de Casación Laboral de

la Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que el despido del trabajador no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos que constituyen la justa causa, como quiera que habrán eventos o situaciones que ameritan un lapso razonable para esclarecer con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos (Sentencia CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014, reiterada en sentencias SL18110-2016, SL11969-2017, SL3010-2022). Al respecto, dicha Corporación señaló:

“Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores”.

En el presente caso, la universidad demandada tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de una justa causa para finalizar el contrato del actor, el 14 de abril de 2015, en atención a la queja presentada por las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López, y aunque no reposa la citación que para el efecto hizo la demandada, lo cierto es que citó al demandante a una reunión que se realizaría el 20 de mayo del mismo año, con el fin de escucharlo en versión libre, fecha en la que se realizó, concediéndole hasta el 1º de junio de 2015 para que allegara las pruebas que respaldaran su dicho, lo que se cumplió por parte del actor; y con el fin de establecer lo ocurrido, y dadas las manifestaciones hechas por el demandante, la demandada de un lado, corrió traslado a las quejas de las manifestaciones hechas por el actor, quienes se pronunciaron el 1º de septiembre de 2015, luego las citó para que ellas rindieran versión libre, diligencia que se hizo al día siguiente (2 de septiembre de 2015), posteriormente la demandada convocó nuevamente al demandante para que ampliara su versión libre, en atención a lo dicho por las quejas, diligencia que se celebró el 16 de septiembre de 2015; paralelamente, la demandada requirió a la Revista Dimensión Empresarial para indagar acerca de los hechos, quienes luego de hacer el trámite pertinente, procedieron a corregir el nombre de las autoras, y en

constancia de ello, allegaron copia de la publicación del artículo con la respectiva corrección, mediante correo electrónico del 29 de septiembre de 2015; luego, el 8 de octubre de 2015 la universidad formuló pliego de cargos contra el demandante, y le concedió entre el 9 y el 19 de ese mes para que presentara descargos, lo que hizo el actor el 19 siguiente, solicitando además la nulidad de lo actuado; el 27 de octubre de 2015 la demandada rechazó la nulidad, y finalmente el 30 de octubre del mismo año dio por terminado el contrato de trabajo, a partir del 3 de noviembre siguiente.

Así las cosas, observa la Sala que la universidad demandada necesitó tiempo para constatar la falta que finalmente le endilgó al demandante en la carta de terminación del contrato de trabajo, no solo por la complejidad y trascendencia que representaba para la institución educativa, sino porque debió requerir a terceras personas con el fin de establecer la veracidad de la queja que fue presentada contra el actor; así mismo debió esperar las respuestas a tales requerimientos, y además concedió diferentes espacios y oportunidades al trabajador para que diera las explicaciones frente a cada una de las pruebas que se iban recaudando, con el fin de esclarecer los hechos puestos de presente en la referida queja, existiendo un tiempo razonable y una secuencia en las actividades desplegadas por la demandada que no dejan duda de que el finiquito contractual se originó por la conducta que se le endilgó en la carta de despido. En consecuencia, considera la Sala que en este caso no se vulneró el principio de inmediatez, por lo que en ese sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Resuelto lo anterior, pasa la Sala a resolver si se encuentran demostradas las justas causas invocadas por la universidad demandada para terminar el contrato de trabajo del trabajador demandante. Cabe señalar que de acuerdo con los criterios sobre carga de la prueba establecidos en el artículo 167 del CGP al trabajador le corresponde acreditar el despido o la terminación del contrato, por cualquiera de los medios probatorios establecidos en la ley, y a la demandada le incumbe probar de manera suficiente, fehaciente y sin lugar a equívocos que la terminación del contrato se dio por una justa causa, para lo cual debe demostrar la ocurrencia de los hechos que motivaron la rescisión del contrato y que los mismos son justa causa para ello.

Para este efecto, se debe tener en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó los artículos 62 y 63 del C.S.T., en

cuanto consagra que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la terminación, los motivos de su decisión; posteriormente no podrá alegar válidamente otra causal o motivo distinto.

Los motivos para dicha terminación aparecen expuestos en la comunicación expedida por el jefe de personal de la universidad demandada de fecha 30 de octubre de 2015 (pág. 134- PDF 03), por medio de la cual decidió dar por terminado el contrato de trabajo del actor con justa causa, conforme los siguientes hechos expuestos en la parte considerativa de esa decisión:

“Esta determinación obedece al hecho atribuido a Ud. Por las doctoras Carols Amira Meza Martínez y Jenny Kharerine Mora López, de un presunto plagio de trabajo de grado de dichas profesionales, según queja que las mismas formularon el 14 de abril del año en curso.

Con el fin de darle a Ud toda la oportunidad de la defensa respecto de la conducta imputada a Ud, se practicaron y analizaron estas pruebas:

- a) Las comunicaciones de septiembre 03, de la Decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Doctora Adriana Patricia López, de septiembre 04, del Vicerrector de Investigación y Transferencia, Doctor Luis Fernando Ramírez Hernández fungiendo como Presidente del Comité de Propiedad Intelectual.*
- b) La queja formulada por las Economistas de la Universidad de La Salle Carols Amira Meza Martínez y Jenny Kharerine Mora López el 14 de abril del 2015.*
- c) La versión dada por Ud, en asocio del profesor Héctor Fabian Ríos, el pasado 1 de junio.*
- d) La ampliación de las versiones libres de las quejas, materializadas en las comunicaciones dirigidas a la Decana, con fechas primero y dos de septiembre de 2015.*
- e) El concepto emitido por el Comité de Propiedad Intelectual, calendado el 04 de septiembre del año que corre.*
- f) La ampliación de la versión libre dada por Ud, el profesor Héctor Fabian Ríos y las quejas el pasado 16 de septiembre.*
- g) La respuesta suya a los cargos formulados, calendada el 19 de octubre presentada ante este Despacho en la que pide la nulidad de la actuación procesal adelantada dentro del asunto en que Ud es disciplinado, junto con el profesor Héctor Fabian Ríos.*

Teniendo a la vista todo el material documentario (sic) de que se da cuenta precedentemente, este Despacho encuentra pruebas fehacientes y razonables para concluir que se tipificó el hecho, por llamarlo de alguna manera, inmoral y la responsabilidad suya en la comisión del mismo.

En efecto, las quejas dicen en el escrito dirigido a la Decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de esta Universidad: “...Comedidamente nos dirigimos a usted para presentarle nuestra queja formal frente a un suceso que consideramos puede configurar plagio al trabajo de grado que realizamos las abajo firmantes para obtener el título de economistas de la Universidad de la Salle, titulado "DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO "EFECTO TECHO DE CRISTAL". ESTUDIO PARA LAS SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA (1984-2010) dirigido por el doctor Jairo Guillermo Isaza Castro... A principios de abril de 2015, buscando antecedentes para el anteproyecto de investigación de la Maestría en la Universidad Santo Tomas, que cursa una de nosotras, encontré en la Revista Dimensión Empresarial de la Universidad Autónoma del Caribe el artículo DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO "EFECTO TECHO DE CRISTAL". CASO: SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA. Dicho artículo aparece publicado y señala como autores a los profesores Nelson Manolo Chávez y Héctor Ríos.

En dicho artículo, en el pie de página se indica textualmente que este es un "Artículo de investigación adelantado en la Universidad de La Salle, Bogotá, Colombia, entre enero de 2013 y mayo de 2014. Trabajaron como asistentes de investigación Yenny Mora, moralopez@gmail.com y Carols/Meza, carol.meza@fundacionapic.org, economistas de la Universidad de La Salle’

Procedimos a hacer la respectiva revisión, encontrando que este artículo, es una fiel copia de nuestro trabajo de grado y que se incumplió el acuerdo inicial: i) el artículo debía tener dos acápite, uno de ellos nuestro proyecto de grado y el otro el trabajo de investigación de dichos profesores y; ii) apareceríamos como co-autoras en la publicación y no como asistentes de investigación, puesto que nunca hemos sido asistentes de investigación de ningún proyecto con nuestra Universidad.

Extrañadas con el artículo hallado, días después procedimos a comunicarnos con los profesores Nelson Manolo

Chávez y Héctor Ríos, quienes nuevamente nos compartieron el artículo y nos indicaron que así había quedado publicado, pues al momento de su aceptación por parte de la Universidad Autónoma, nosotras aun no teníamos el título de economistas, sin embargo para la fecha de la publicación nosotras sí contábamos con el título, ya que la revista cubre el periodo julio-diciembre de 2014 y nosotras nos graduamos en agosto de 2013...

Frente a este hecho viene la versión suya y del profesor Héctor Fabian Ríos Hernández con fecha de junio 01, en la que niega haber incurrido en el presunto plagio.

Posteriormente, en la ampliación de las versiones libres de las quejas, con fechas del 01 y 02 de septiembre de 2015 dirigidas a la Decana de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, ratificando el hecho objeto de la queja y ampliando los detalles de la misma.

Luego, el 04 de septiembre viene el concepto emitido por el Comité de Propiedad Intelectual de la Universidad, que cito textual y parcialmente a los profesores Chávez y Ríos en la ampliación de la versión, veamos: "el Comité, con base en la lectura de los dos documentos, trabajos de grado, encuentran que el artículo publicado reproduce alrededor de un 90% del trabajo presentado por las estudiantes Meza y Mora" Y que como señala el Reglamento de Propiedad Intelectual de la Universidad de La Salle, los autores de los trabajos de grado son los estudiantes como establece el capítulo VI- la propiedad Intelectual en el ámbito Universitario..."

Usted y su compañero de faena, a este respecto dicen: "...Evidentemente en el artículo aparecemos los profesores como promotores y ellas aparecen allí como asistentes de investigación sin embargo, como nosotros lo manifestamos en la respuesta ellas estuvieron enteradas de esa decisión que fue una sugerencia del editor de la revista, ya que inicialmente ellas aparecían como autoras, y los 4 como autores pero por recomendación del editor nos dijeron que apareciéramos nosotros como autores y ellas como asistentes y a ellas se les dio a conocer esta sugerencia y ellas tenían pleno conocimiento y accedieron..."

Por su parte, a este respecto las quejas en versión ante la Decana dicen: "...6. ¿Los docentes les informaron que figurarían como asistentes de investigación en el artículo?

No porque todo el tiempo hablábamos en éramos coautores. Ellos nos dijeron que por ser docentes investigadores estaban en un ranking que les daba más facilidad de publicar ..."; los profesores Chávez y Ríos siguen insistiendo que ellas, las economistas Carols y Yenny sí estaban enteradas, que tenían plena conocimiento de la decisión respecto a que quedarían como asistentes.

Este despacho quiere resaltar lo señalado por las quejas: ... Es claro que ninguna persona aceptará publicar como asistente de investigación cuando es un documento producto de nuestro trabajo de grado..."

Así, pues, lo afirmado por la quejas es contrario a lo expresado por Ud y el profesor Ríos, que manifiestan que si ellas estaban de acuerdo porque (sic) ahora salen con esta queja, al contrario el sentido común y la sana crítica daría a pensar lo contrario, "porque no nos consultaron, no participamos y no aprobamos es porque presentamos la queja para que se restablezcan nuestros derechos". Es palmario que las que en su momento fueron alumnas entienden claramente la gravedad de lo que significa la violación de la propiedad intelectual, sin haber ingresado a la Academia, al contrario sensu, Usted y su colega el profesor Ríos en todo su proceder no han atisbado la gravedad de su conducta después y a pesar de haber estado inmersos en la Academia durante muchos años y paradójicamente obligados a conocer la reglamentación de la propiedad intelectual, los derechos de autor, la reglamentación estudiantil y por supuesto profesoral, que los llevaría a comprender meridianamente que la violación de la propiedad intelectual en la Academia es un tema de la mayor gravedad.

En salvaguarda del derecho de defensa se le citó a Ud y a su compañero Héctor Fabian a la ampliación de la versión libre en diligencia realizada en la Oficina de Personal el 16 de septiembre del año en curso, por el suscrito y en ella persisten en negar el hecho imputado.

A la formulación de cargos efectuada por el suscrito el 08 de octubre de 2015 se recibe la insólita solicitud suya y de su compañero profesor Ríos del 19 de octubre, solicitando nulidad del trámite.

Por ello y, con fundamento en los documentos singularizados precedentemente, aparece, en forma meridiana, que, con su proceder, ha trasgredido

Así las cosas, las explicaciones suyas dados frente al pliego de cargos que plantea como atenuantes respecto de su conducta relacionada lejos de ser plausibles, arrojan su responsabilidad inexcusable."

Finalmente, señala la universidad que el demandante incumplió su obligación laboral plasmada en el numeral 4º del artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo, como lo es "Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores,

profesores, personas a su cargo, estudiantes y compañeros”, incurrió en la prohibición dispuesta en el numeral 9º del artículo 51 de la misma norma, al no acatar el Reglamento de Propiedad Intelectual y no cumplir con los deberes señalados en los literales c y g del artículo 54 del Reglamento de Profesorado; y de otro lado, no cumplió la obligación dispuesta en el numeral 4º del artículo 58 del CST, frente a su deber de *“Guardar rigurosamente la moral en sus relaciones con sus superiores y compañeros”*, en concordancia con la falta grave establecida en el literal d) del artículo 54 del RIT, por lo que en ese orden, invoca como causales para justificar dicha terminación del contrato lo establecido en el numeral 5º del literal a) del artículo 62 del CST, en concordancia con el citado numeral 4º del artículo 58 ibídem, y las normas antes referidas contenidas en los reglamentos internos de la universidad.

De lo anterior puede extraerse que la conducta que la universidad atribuye al demandante es haber publicado un artículo en una revista de investigación atribuyéndose su autoría, cuando dicha obra pertenecía al trabajo de grado de las estudiantes Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López.

Frente a la conducta endilgada al demandante, debe decirse que no es objeto de discusión en este asunto, pues en la misma demanda acepta que el artículo titulado *“DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO “EFECTO TECHO DE CRISTAL”. CASO: SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA”* fue publicado en la Revista Dimensión Empresarial de la Universidad Autónoma del Caribe, lo que se hizo el 2 de julio del año 2014, según copia de la revista allegada (pág. 19-36 PDF 03), que dicho artículo lo envió él a la referida editorial el 23 de abril de 2014 (pág. 8 PDF 04), y que en la publicación se citan a tales docentes como autores y a las estudiantes Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López como asistentes de investigación; y así también lo admite la demandada; la discusión estriba en que para el demandante dicha publicación se hizo en tales términos como quiera que tenían la autorización de las estudiantes, y que ellas conocían que por disposición de la editorial se citarían como asistentes de investigación y los docentes como autores, incluso le enviaron en su oportunidad la publicación realizada por la revista; no obstante, la demandada, luego de adelantar la investigación correspondiente, considera que la conducta del actor es inexcusable, que no existió dicha autorización y que atribuirse la autoría de una obra que no le pertenecía, constituía un acto inmoral frente a sus relaciones con los estudiantes y compañeros de trabajo.

Por tanto, habiéndose acreditado la realización de la conducta por parte del trabajador, corresponde seguidamente analizar si la misma, en las circunstancias en que fue cometida según lo que establecen las pruebas, constituye justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, así como también, deberá analizarse si el demandante contaba con la autorización de las autoras de la publicación para que la revista las citara como asistentes de investigación y a él como autor; y si el demandante puso de presente a las mencionadas estudiantes la publicación final del artículo.

Analizadas las anteriores pruebas en su conjunto concluye la Sala que la universidad demandada sí demostró la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante, pues quedó plenamente acreditado que él realizó la publicación de un artículo de investigación, atribuyéndose la autoría, cuando en realidad dicha obra pertenecía a las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López, sin que contara con la autorización para ello.

Es cierto que con las pruebas recaudadas se desprende que el demandante, el profesor Héctor Ríos y las alumnas Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López realizaron un acuerdo para hacer la publicación conjunta de sus obras, mediante un libro en el que se incluiría la ponencia de los docentes titulada *“FACTORES QUE DETERMINAN LA DISCRIMINACIÓN OCUPACIONAL POR GÉNERO EN COLOMBIA”*, y la tesis de grado de las estudiantes denominada *DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR GÉNERO “EFECTO TECHO DE CRISTAL”. ESTUDIO PARA LAS SIETE ÁREAS METROPOLITANAS DE COLOMBIA (1984-2010)*; sin embargo, la editorial consideró que no se cumplían los presupuestos para la publicación de un libro; y aunque se intentó hacer la publicación mediante un artículo en la Revista de Economía del Caribe de la Universidad del Norte, tal revista mediante mensaje de datos del 8 de abril de 2014, consideró que *“falta mucho trabajo para llegar a niveles que consideraría aceptables para publicación”*, por lo que no accedió a publicar el artículo, y así se lo comunicó tanto a los profesores como a las estudiantes a sus correos electrónicos (pág. 17-18 PDF 03), sin que repose prueba alguna que permita sostener que las estudiantes para ese momento conocían que dicho artículo finalmente se había publicado en la Revista Dimensión Empresarial de la Universidad Autónoma del Caribe, por lo que no es posible concluir que ellas sabían que en la publicación aparecerían como asistentes de investigación, pues, se reitera, el acuerdo inicial era que participarían como coautoras; además, tampoco se allegó alguna prueba de la que pudiera

desprenderse que ellas dieron la autorización para que fueran los docentes quienes aparecieran como autores de la obra; y por el contrario, reposa la queja que presentaron las entonces alumnas, en fecha 14 de abril de 2015 (pág. 37-39 PDF 03), en la que ponen de presente a la universidad que una de ellas encontró por casualidad el artículo y luego de analizarlo advirtieron que era fiel copia de su trabajo de grado, por lo que se comunicaron con el demandante y el profesor Héctor Chávez, quienes les compartieron el artículo que había sido publicado, lo que hizo el actor el 17 de marzo de 2015, según correo electrónico visible en la página 10 del archivo PDF 04, y por esa razón en su escrito de queja reclamaron la autoría del artículo, reprocharon “*el incumplimiento del acuerdo frente al reconocimiento de co-autoras del documento*”, y solicitaron se iniciaran las acciones correspondientes para esclarecer lo ocurrido. Por tanto, es dable colegir que, en realidad, el demandante no contaba con la autorización aquí alegada, como tampoco comunicó a Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López que dicho artículo había sido publicado, pues según reconoce en su demanda y lo ratifica en el mensaje de datos antes enunciado, ello lo hizo tan solo el 17 de marzo de 2015, vale decir, más de 8 meses después de efectuarse la publicación, y no a motu proprio, sino por requerimiento de las estudiantes.

Y aunque el demandante insiste que la demandada debió llamar al director de la Revista Dimensión Empresarial para que corroborara la información suministrada en su momento, y de esta forma demostrar que fue por disposición de la editorial que debía citarse a los docentes como autores y a las alumnas como asistentes de investigación, lo cierto es que en este proceso no solicitó su testimonio, con el fin de acreditar sus manifestaciones, sin que pueda tenerse como cierto el dicho del demandante pues no le es dable fabricar su propia prueba en su beneficio, y lo que sí se observa es que tal director de la revista, señor Néstor Juan Sanabria Landazabal, una vez efectuó la corrección del nombre de los autores del referido artículo, lo envió a la universidad demandada con el fin de demostrar que se había efectuado el trámite de corrección correspondiente, lo que hizo el 29 de septiembre de 2015 (pág. 81 PDF 03), y para tal efecto allegó la nueva publicación en la que se cita a Carols Meza y Yenny Mora como autoras, y al demandante y el profesor Héctor Ríos como profesores asistentes (pág. 82-98 PDF 03); con lo que se advierte que ellas sí eran las autoras del artículo, es más, así lo acepta el demandante en su demanda, pues al respecto indica que “*el artículo*

previamente publicado” fue “CORREGIDO”, por lo que se satisfacía “la inquietud y la petición de las quejas en cuanto a que figuraran como “coautoras” (hecho 26).

Ahora, dentro del proceso disciplinario que le adelantó la universidad al demandante, se observa que este señala en su escrito del 1º de junio de 2015 que el texto publicado se realizó en coparticipación con las alumnas “en el cual como ellas lo reconocen, se acordó la integración de dos bloques de texto en un solo artículo” (pág. 54-57 PDF 03), lo que igualmente aceptan las ahora economistas Carols Meza y Yenny Mora en la ampliación de su queja de fecha 1º de septiembre de 2015; sin embargo, lo que ellas reprochan es que el texto que se publicó únicamente contenía la obra que ellas crearon, y aun así aparecían como autores el demandante y el profesor Héctor Ríos, sin que fueran informadas de esas circunstancias, y consideran que ello va “en contra de la ética”, vulnera los derechos de autor y les ha generado perjuicios, esto por cuanto no pueden incluir la tesis que realizaron para optar al título de economistas, en sus trabajos de grado de maestría ni en las referencias académicas de su hoja de vida, como quiera que para que no se considere como plagio deben hacer referencia a la publicación realizada en la Revista Dimensión Empresarial en la que no se reconoce su autoría (pág. 58-66 PDF 03); y así lo ratifican en la ampliación de la versión libre que rindieron el 2 de septiembre de 2015 ante la universidad, e insisten que tales docentes siempre les informaron que se publicaría un documento que contendría los dos trabajos y todos aparecerían como coautores, y agregaron que para esa data Carols aún no había podido radicar su proyecto de investigación para el trabajo de grado de la maestría que realizaba actualmente en la Universidad Santo Tomás, como tampoco había podido ser parte del grupo de investigación de dicha universidad, por cuanto no había podido demostrar que no hizo plagio y que el artículo publicado en realidad corresponde a su autoría (pág. 67-69 PDF 03).

Al respecto, el demandante en la ampliación de su versión, de fecha 16 de septiembre de 2015, una vez le fue puesto de presente el concepto rendido por el comité de propiedad intelectual de la universidad, en el que se concluyó que “el Comité, con base en la lectura de los dos documentos, trabajos de grado, encuentran que el artículo publicado reproduce alrededor de un 90% del trabajo presentado por las estudiantes Meza y Mora” Y que como señala el Reglamento de Propiedad Intelectual de la Universidad de La Salle, los autores de los trabajos de grado son los estudiantes como establece el capítulo VI - la propiedad Intelectual en el ámbito Universitario”, aceptó que el artículo publicado aparecen como “promotores” él junto con el docente Héctor Ríos, y como

asistentes de investigación Carols Meza y Yenny Mora, además, admite que él y el profesor Héctor tomaron el “documento de la tesis” de tales estudiantes y “lo volvimos tipo artículo para presentarlo a la revista, que sea el 90 % de la tesis claro que sí porque de la tesis se sacó el artículo, el documento que nosotros escribimos inicialmente estaba referenciado en la tesis de las estudiantes, de hecho nosotros fuimos los primeros que escribimos sobre ese tema, ellas todo el tiempo supieron que esa era su tesis...”, y agrega que él y el profesor Héctor entienden “el resultado del concepto del Comité y reiteramos que nunca fue nuestra intención el obrar de mala fe con las estudiantes, por el contrario, nuestro propósito fue tratar de colaborarles con una publicación” (pág. 70-80 PDF 03); por lo que fácil es de concluir que el demandante sí conoció el concepto rendido por el comité de propiedad intelectual, por tanto, el hecho que no se haya aportado a este proceso no quiere decir que el mismo no existió, ni que por esa omisión quedara desvirtuado su contenido, pues se reitera, es el mismo demandante quien así lo expone en su versión libre e incluso, se insiste, acepta que dicho artículo se extrajo de la tesis de grado de Carols Meza y Yenny Mora, y que por esa razón tal publicación contiene un 90% de coincidencia con la referida tesis, como lo concluyó el comité de propiedad intelectual, con lo que implícitamente admite que el artículo final que se publicó no incluyó la ponencia que él realizó en conjunto con el profesor Héctor Ríos, sino únicamente la tesis de grado de Carols Meza y Yenny Mora, por lo que lógico es de concluir que las autoras del artículo eran ellas y no los docentes Nelson Chávez, aquí demandante, y Héctor Ríos, ni siquiera en coautoría, y contrario a ello, el mismo se publicó el 2 de julio de 2014 como si él y el docente Héctor Ríos hubiesen sido los únicos autores, como se desprende de la copia de la revista allegada al expediente (pág. 19-36 PDF 03).

Aunado a lo anterior, la Sala quiere resaltar que el trabajador demandante conocía ampliamente la gravedad de la conducta, pues era conocedor de las obligaciones y las normas que deben tenerse en cuenta en la elaboración de trabajos de investigación, artículos y publicaciones de los mismos, e incluso, sabía que la universidad tenía personal experto encargado de hacer la revisión de los trabajos realizados, pues según su contrato de trabajo, visible en las páginas 5 y 6 del archivo PDF 15, dentro de sus obligaciones estaban las de presentar y sustentar proyectos de investigación al decano de la facultad y al comité de área y elaborar un artículo inédito sobre cada trabajo de investigación, el que podría ser publicado en la revista de investigación de la universidad demandada; además, debía autorizar a la universidad para que

sometiera a examen y estudio de un experto del trabajo realizado, la validez científica e investigativa del mismo.

Ahora, aunque es cierto que no se allegó el reglamento interno de trabajo ni el reglamento de profesorado, invocados en la carta de despido, con el fin de constatar los incumplimientos del actor frente a esos instrumentos y si las faltas invocadas están calificadas ahí como graves, y si bien en el contrato de trabajo las partes acordaron expresamente que *"El incumplimiento por parte de EL (LA) PROFESOR (A) de cualesquiera las obligaciones y prohibiciones contempladas en el presente contrato -que se consideran graves- será causal justa de terminación unilateral del contrato de trabajo"*, sin que la conducta del trabajador que originó su despido encaje en ninguna de las allí enunciadas, de todas formas, no puede pasarse por alto que en la carta de despido la demandada también atribuyó al trabajador la falta de no *"Guardar rigurosamente la moral en sus relaciones con sus superiores y compañeros"*, contemplada en el numeral 4º del artículo 58 del CST como una obligación especial del trabajador, sobre la adecuación de las conductas de los trabajadores a unos estándares morales el código de la materia es insistente porque el numeral 5ª de su artículo 62 del CST consagra como justa causa para finalizar el contrato de trabajo, *"Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores"*, causal que dicho sea de paso, fue la que la demandada le endilgó a su trabajador.

Frente al alcance de la norma, la Corte Constitucional en sentencia C-931 de 2014 señaló que la *"moralidad pública remite a los principios y valores fundamentales aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa. Es decir, no corresponde a creencias particulares confesionales o subjetivas sino a la ética moral colectiva contenida en la Constitución la cual tiene fundamento en el respeto al pluralismo, la tolerancia y la diversidad cultural"*, por lo que el concepto *"inmoral"* debe entenderse como contrario a la moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, y la realización de un acto *"inmoral"* debe darse en el lugar de trabajo o en ejecución de las labores, y afectar el normal desarrollo de las funciones de la empresa, vale decir, que tal acto debe trascender la esfera privada y el interés particular al ámbito laboral, *"por afectar derechos de terceros, y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las relaciones de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley"*, lo que en este caso se configuró. Además, frente al tema de la moralidad en las relaciones laborales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL107-2019, radicado

69143, señaló que “la disposición del artículo 62, literal a), numeral 5, del CST., guarda estrecha relación con la «(...) obligación primordial de todo trabajador, prevista en el numeral 4 del artículo 58 del C.S. del T.», según la cual debe «guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros, la que necesariamente debe preservarse en todo lugar, más tratándose de asuntos relacionados con la relación laboral; por tanto la violación grave de esta obligación, con ocasión del vínculo laboral, constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo», y agregó, que el concepto de moral se enmarca dentro de una “dimensión humanista”, en virtud de la cual “el respeto por la dignidad humana implica que «un juicio moral plantea una afirmación sobre cómo la gente debe tratar a la otra gente»”.

El Tribunal comparte la calificación que hace la universidad demandada de la conducta del trabajador, porque a su juicio sus actos no se atienen a los estándares morales que se espera de los trabajadores de un conglomerado laboral frente a sus compañeros y a la comunidad educativa, ya que procedió a publicar un artículo de investigación como si fuera de su autoría, cuando en realidad, el mismo contenía la tesis de las estudiantes Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López, sin haberles puesto en conocimiento la publicación que se realizaría y menos aún, sin solicitarles autorización a tales estudiantes para que él apareciera como autor de dicho documento, y posterior a esa publicación, que se reitera data del 2 de julio de 2014, tampoco les informó que la misma se hizo efectiva, ni les allegó el documento final que se publicó; y si bien el actor posteriormente remitió a la estudiante Carols Meza la publicación realizada, ello lo hizo tan solo el 17 de marzo de 2015, con ocasión al requerimiento de la estudiante para que él le informara lo sucedido, ya que ella por causalidad encontró la publicación al estar recopilando información para el trabajo de grado de la maestría que ahora cursaba.

Con la anterior actuación es indudable que el demandante puso en tela de juicio la imagen a la universidad demandada, pues aunado a lo anterior, en la cita de la publicación se indica que dicho artículo es producto de un trabajo de investigación adelantado por la Universidad de La Salle, Bogotá, Colombia, entre 2013 y mayo de 2014, cuanto ello es alejado a la realidad, como quiera que dicha obra no era producto de un trabajo de investigación de la universidad, sino de la tesis de grado que las estudiantes Carols Amira Meza Martínez y Yenny Katherine Mora López elaboraron; y además, pasó por encima de los derechos de autoría que tenían tales estudiantes, haciéndolas ver como asistentes de investigación, cuando en realidad ellas eran la únicas autoras del documento. En este punto, debe reiterarse que si bien el actor dice

que la cita de autoría allí publicada se hizo por sugerencia del director de la revista, ello no lo acreditó en este juicio.

Por dichas razones tal conducta es dable calificarla como grave pues el demandante no solo sacó provecho de la tesis de grado elaborada por unas estudiantes de la facultad de economía, donde él prestaba sus servicios, sino que generó un clima de desconfianza y prevención en el interior de la universidad, amén de que el actor mostró poco interés por las repercusiones que su acto pudiera tener potencialmente sobre la imagen de esta, ni las afectaciones a las que podía exponerse, y además, porque la referida conducta contravino la buena fe con que debe ejecutarse el contrato de trabajo, según el artículo 55 del CST, y que impone la obligación de un actuar recto y sin argucias dentro de las empresas, no solo frente al empleador y a los compañeros de trabajo, sino también, dada su condición de profesor de la universidad demandada, frente a sus estudiantes.

De manera que para este Tribunal existió una justa causa comprobada para que la entidad demandada diera por terminado el contrato de trabajo del actor, lo que en efecto hizo mediante comunicación de fecha 30 de octubre de 2015, por lo que, en ese sentido, no queda otro camino que confirmar la sentencia en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo del demandante por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 10 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de NELSON MANOLO CHÁVEZ MUÑOZ contra UNIVERSIDAD DE LA SALLE, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV.

TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EDNA MARGARITA REYES TRUJILLO y EMPERATRIZ VILLOTA contra HILAZAS & TEJIDOS S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-028-**2018-00216**-01.

Bogotá D. C. diez (10) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura, según Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022; la presente sentencia se emite de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en orden a decidir el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de fecha 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** Las demandantes instauraron demanda ordinaria laboral contra la sociedad Hilazas & Tejidos S.A.S. con el objeto que se declare que entre dicha demandada y cada una de ellas existió un contrato de trabajo; y como consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, sanciones moratorias consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, aportes a la seguridad social, prestaciones sociales, vacaciones, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales.
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiestan las demandantes que celebraron con la demandada un contrato de trabajo a término indefinido, así: con Edna Margarita Reyes desde el 10 de julio de 2016, y con Emperatriz Villota desde el 17 de marzo de 2016; que el salario mensual que ambas tenían era de \$1.200.000, desempeñaron el cargo de jefes de producción, labor que ejecutaron de manera personal, conforme las

instrucciones y el horario impuesto por el empleador, sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención; agregan que la demandada dio por terminados sus contratos de trabajo sin justa causa, el 16 de diciembre de 2016, sin que les fueran pagadas sus cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, como tampoco la indemnización por despido injustificado ni los aportes a pensión; de otro lado, indican que el empleador adujo que ellas abandonaron el puesto de trabajo, y ante ello, Edna Margarita Reyes envió una comunicación al empleador, "*manifestando la solicitud de ingreso a laboral, las causales de despido y el pago de las prestaciones sociales adeudadas*", y posteriormente citó a la empresa a audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida.

3. La demanda se presentó el 13 de abril de 2018 (PDF 08); siendo admitida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con auto de fecha 31 de mayo de 2018 (PDF 10).
4. La diligencia de notificación personal se realizó mediante curadora *ad litem*, el 23 de octubre de 2019 (PDF 28). La constancia de la publicación del edicto emplazatorio de la demandada obra en el archivo PDF 20.
5. La demandada, por intermedio de curadora, contestó la demanda el 6 de noviembre de 2019, con oposición a todas las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con el salario, el cargo desempeñado y la terminación del contrato respecto de la demandante Edna Margarita Reyes, así como la audiencia de conciliación que convocó dicha actora, esto, en atención a la documental obrante en el expediente; respecto a los demás hechos manifestó no constarles los mismos. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción (PDF 29)
6. Con auto del 12 de diciembre de 2019 se tuvo por contestada la demanda y se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 30 de julio de 2020 (PDF 30), diligencia que no se realizó; y con auto del 21 de enero de 2021 se reprogramó para el 3 de febrero del mismo año (PDF 32), fecha en la que se celebró y en la misma el juzgado se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento, practicó las pruebas recaudadas, cerró el debate probatorio y fijó el 4 de marzo de 2021 para la continuación de la diligencia (PDF 33).

7. El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el citado 4 de marzo de 2021, declaró que entre la demandante Edna Margarita Reyes Trujillo y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente del 10 de julio al 16 de diciembre de 2016; condenó a la demandada pagar a favor de tal demandante \$523.333 de cesantías, \$27.388 de intereses a las cesantías, \$523.333 de prima de servicios, \$260.000 de vacaciones, \$1.200.000 de indemnización por despido injusto, \$40.000 diarios por sanción moratoria contada a partir del 17 de diciembre de 2016 durante 24 meses, y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima establecida para los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, al pago de la reserva actuarial *“que determine la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliada la misma o en su defecto a la que esta elija, de acuerdo con el salario devengado determinado en la parte motiva de esta sentencia, para el período comprendido entre el 10 de julio y el 16 de diciembre del año 2016”*, y al pago de costas, tasando las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000. De otro lado, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante Emperatriz Villota Díaz; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, en relación con las pretensiones presentadas por la señora Emperatriz Villota Díaz; y concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha demandante.

8. La anterior decisión no fue apelada.

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el grado jurisdiccional de consulta mediante auto del 26 de marzo de 2021; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, se dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022, y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ninguna los allegó.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 69 del CPTSS, se revisa en grado obligatorio de consulta la sentencia dictada por la juez de primera instancia, en tanto fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante Emperatriz Villota. Dada

la naturaleza protectora del Derecho del Trabajo, este grado jurisdiccional busca justamente que no se desconozcan los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; por lo tanto, se estudiará la cuestión litigiosa en su totalidad sin restricciones ni limitaciones de ninguna índole.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es determinar si entre la demandante Emperatriz Villota y la sociedad demandada existió un contrato de trabajo dentro de los extremos temporales señalados en la demanda, y de así demostrarse, analizar si resulta procedente el pago de las acreencias reclamadas.

La a quo al proferir su decisión, consideró que la demandante Emperatriz Villota no cumplió con la carga probatoria de le correspondía de acreditar la existencia del contrato de trabajo, y *"si bien si bien se tiene a su favor la confesión presunta del representante legal de la sociedad demandada en los términos del artículo 205 del CGP, ello no significa que quede relevada de demostrar los hechos en que esta presunción se funda, esto es, acreditar los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el salario percibido, lo anterior por cuanto el artículo 166 de la norma referida, señala que las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados"*; además indicó que aunque obra registro de ingreso y salidas, en el que se observa *"los reportes de asistencia de la demandante, esto no se constituye en sí sólo como un medio idóneo con el cual se pueda determinar los extremos temporales de la relación ni el salario por ella percibido"*, aunado a que dicha demandante tampoco concurrió a absolver interrogatorio y *"se tuvo por confesa de los hechos contenidos en la contestación de la demanda, ante su inasistencia injustificada a la diligencia de interrogatorio de parte, lo que denota un desinterés de su parte en las results de este proceso"*.

Para resolver el problema jurídico planteado, es importante precisar que en los términos del artículo 23 del CST los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal del servicios en favor de otro, remuneración y la continuada subordinación; aunque valga aclarar que de conformidad con el artículo 24 *ibídem*, la simple prestación de un servicio personal hace presumir la existencia de contrato de trabajo sin que se requiera la demostración de todos sus elementos, pues la parte que niega ese tipo de contrato es la que debe demostrar que la relación es independiente o autónoma, o es de una naturaleza distinta a la laboral, sin que sea suficiente la simple alegación en tal

sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida. Además, a la trabajadora le corresponde demostrar los extremos temporales alegados en la demanda.

De modo que en este tipo de procesos resulta de capital importancia acreditar la existencia de esos servicios personales. Dice el artículo 164 del CGP que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, principio que se conoce y define ese artículo como el de necesidad de la prueba. Igualmente, el artículo 167 ídem dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, obligación que se ha denominado como "*carga de la prueba*", y se traduce en que, si el hecho que produce la consecuencia no se demuestra, la parte que debía hacerlo deberá correr con las consecuencias, que no son otras que la desestimación de sus pretensiones.

Así las cosas, habrá que establecer inicialmente si con las pruebas recaudadas se logra demostrar que la demandante Emperatriz Villota prestó los servicios personales en favor de la demandada, para que se active la presunción consagrada en el artículo 24 a que antes se hizo referencia.

Es del caso precisar que la carga probatoria de la prestación personal de servicios, tal como quedó visto, le correspondía única y exclusivamente a la referida demandante, y al proceso únicamente allegó un "*Reporte de Registros*", de los que puede colegirse que ingresaba y salía de algún lugar en los meses de julio a noviembre del año 2016, no obstante, dicho documento no contiene membrete, ni logos, como tampoco firmas, y, por tanto, no es posible establecer quién lo elaboró, ni existe certeza respecto de la persona a la que pueda atribuirse, sin que la parte demandante se hubiese ocupado de establecerlo, por tanto, de dicha prueba no puede inferirse alguna relación contractual y menos aún una prestación de servicios de la demandante Emperatriz Villota a favor de la empresa demandada.

Ahora, es cierto que la juez a quo declaró a favor de la demandante Emperatriz Villota, la confesión ficta de la demandada por la inasistencia de su representante legal a absolver el interrogatorio de parte, en los términos dispuestos en el artículo 205 del CGP, y para tal efecto indicó que se tendrían por probados los hechos de la demanda susceptibles de confesión, los cuales están enlistados en los numerales del 1 al 25 del escrito de demanda, y si bien no relacionó en concreto a cuáles hechos se refería, de todas formas, no puede

pasarse por alto que la demanda está compuesta precisamente por 25 hechos, y en tal situación esta Sala ha considerado que deben entenderse como presuntamente probados los hechos abarcados en el señalamiento genérico del juez, que en el caso lo serían todos los hechos de la demanda; sin embargo, ello no es suficiente para tener dicha confesión ficta como prueba del proceso, pues, como quedó visto la aquí demandada compareció al proceso mediante curador *ad litem*, y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la confesión ficta no procede ni surte efectos probatorios cuando la parte demandada está así representada, ya que dicha confesión presunta está referida necesariamente a la parte que ha comparecido al proceso, como quiera que es la que puede ser considerada como renuente a atender la citación a la práctica del interrogatorio de parte, presupuesto que no se cumple respecto de quien no se presenta al proceso por haber sido imposible su notificación personal, cualquiera que sea la causa (Sentencia CSJ SL2463-2016 reiterada en SL1699-2018). Al respecto, dicha Corporación mencionó lo siguiente:

“La problemática jurídica planteada por la censura ya ha sido resuelta de tiempo atrás, como se puede ver en la sentencia cuyo pasaje pertinente a continuación se transcribe:

En efecto, la manera como está regulada la confesión ficta o presunta en el artículo 210 del C. de P. C. permite colegir que la no comparecencia del citado a la audiencia prevista para la práctica del interrogatorio de parte, que hace presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, necesariamente está referida a la parte que ha comparecido al proceso, pues es la que puede ser considerada como renuente a atender la citación a la práctica del interrogatorio ordenado, presupuesto que desde luego no se cumple respecto de quien no se presenta al proceso por haber sido imposible su notificación personal, cualquiera que sea la causa, pues si desconoce su existencia no es razonable entender que quiere evadir sus obligaciones procesales.

*Es cierto que las partes tienen unas cargas y deberes dentro del proceso pero éstas difieren en el caso de la demandada según haya o no comparecido al proceso, pues en principio no se le puede imputar a quien le fue nombrado curador *ad litem*, ante la imposibilidad de la notificación personal, el incumplimiento de las órdenes del juez o de sus obligaciones como tales cuando se supone que desconoce el trámite dado al proceso y, por consiguiente, los mandatos y disposiciones en general emitidas en el mismo.*

No demuestra en consecuencia la acusación que el juzgador de segundo grado incurrió en un error jurídico al concluir que resultaba improcedente declarar confeso al demandado por no haber asistido a absolver el interrogatorio de parte previsto en este asunto. CSJ del 4 de diciembre de 2002, No. 19101. Negrillas en la presente sentencia.

Conforme a la jurisprudencia laboral precitada (y reiterada en las sentencias CSJ SL del 1 de febrero de 2011, no. 41113, y SL 16110 de 2015), no es procedente la confesión ficta por efectos del artículo 210 del CPC cuando la parte convocada, por cualquier causa de las

previstas en el artículo 29 del CPT y SS, comparece al proceso a través de curador ad litem; es decir, la posición de esta corporación no distingue si la participación del curador ocurre porque se desconoce el paradero de la enjuiciada, o por si esta se oculta o impide su notificación, situación esta última del sublite.

Así las cosas, con el escaso material probatorio recaudado no se acredita, siquiera, la prestación personal del servicio de la demandante Emperatriz Villota a favor de la empresa demandada para activar la presunción legal del artículo 24 del CST antes aludida, debiéndose aclarar que la mera alegación en el escrito de demanda de haber prestado servicios en favor de otro no es suficiente para tener como cierta y demostrada esa aseveración, pues se trata de la simple afirmación del interesado en su propio favor y ello no constituye prueba judicial contundente de tal hecho.

Y aunque una razón adicional para negar las pretensiones de la demandante Emperatriz Villota, es la prueba de confesión ficta que recae en su contra como quiera que tampoco asistió a absolver su interrogatorio de parte, esta no puede tenerse como producida dentro del plenario, pues para que se entienda configurada de forma eficiente y válida, era menester que la juzgadora de conocimiento, en la respectiva audiencia, hubiese indicado de manera expresa e individualizada los hechos de la contestación de la demanda y de las excepciones sobre los cuales recaía la confesión, o siquiera señalarlos con su número, con el fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa de la parte afectada con la medida como lo ha adocinado la jurisprudencia laboral (Sentencia CSJ SL2807-2020), ejercicio que no hizo, ya que solo se limitó a indicar que se tendrían por probados los hechos de "*la contestación de la demanda y los medios exceptivos propuestos la demanda susceptibles de confesión*", sin mencionar a cuáles hechos se refería de manera concreta, es más, una vez revisado el escrito de contestación, se observa que la curadora *ad litem* de la demandada no narró ningún hecho; por lo tanto, dicha confesión ficta no puede tenerse como prueba del proceso.

De manera que al no cumplir la parte actora con la carga probatoria que soportaba, no queda otro camino que confirmar la sentencia recurrida, pero por las razones aquí expuestas.

Sin costas en esta instancia por cuanto el asunto se conoció en grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR por las razones aquí expuestas, la sentencia de fecha 4 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de EDNA MARGARITA REYES TRUJILLO y EMERATRIZ VILLOTA contra HILAZAS & TEJIDOS S.A.S., de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

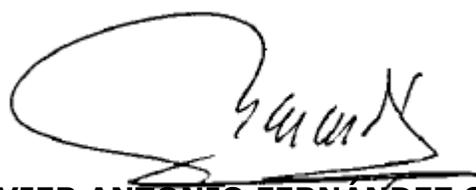
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el párrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria