



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ CAROLINA BALANZO MUÑOZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 001 2020 00080 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de agosto de 2023.

En esta instancia el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A., presentó alegato, en el que reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes efectuados junto con los rendimientos generados.

Sustentó sus pretensiones, en que fue afiliada del Instituto de los Seguros Sociales desde el 9 de septiembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1995, cotizando un total de 334 semanas; que en el mes de febrero de 1995 se traslado a Colmena hoy Protección S.A., sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 12 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 11 del Decreto 2127 de 1945, los artículos 1 y 3 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502 y 1511 del Código Civil, los artículos 10, 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 1 de la Ley 1480 de 2011, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, los artículos 19, 48, 53 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir formulario de afiliación con la AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de agosto de 2023, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora LUZ CAROLINA BALANZÓ MUÑOZ, identificada con la C.C. N° 51.778.787, a través del fondo administrado por la sociedad demandada PROTECCIÓN S.A, conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señor LUZ CAROLINA BALANZÓ MUÑOZ, identificado con la C.C. No 51.778.787 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señor LUZ CAROLINA BALANZÓ MUÑOZ, identificado con la C.C. No 51.778.787 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por las. accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia con radicado número 68852 de 2019, en caso similar manifestó que la AFP tenía las responsabilidad de brindarle información clara, comprensible y oportuna sobre la características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen en el que se encontraba vinculada, entre ellas la pérdida del régimen de transición, sin

que el expediente se encuentre medios de convicción que se acredite el cumplimiento de dicha obligación, toda vez que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador pero no que este fuese informado a la luz del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, en armonía de los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al considerar que no se comparte el criterio del Despacho, en virtud de que la declaración de ineficacia del traslado conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones, ya que si bien existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular; pues la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, esto de conformidad con el Decreto 2241 del 2010, así como tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS contenidos en el mismo formulario como son el retracto y la rescisión; señaló que debe tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 23 de febrero 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de agosto de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS ENRIQUE
URREA CASTAÑEDA CONTRA EMPRESA DE
TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

RADICADO: 11001 3105 005 2020 00314 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

En la sentencia de primera instancia se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión por cuanto no se compartía la interpretación efectuada por el fallador de primera instancia respecto de la prevención efectuada en el numeral 4° de la sentencia T764-2005, además de no habersele dado relevancia y valor probatorios a los testimonios y certificación allegada.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la ETB S.A. E.S.P., en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declara que entre las partes existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1995 y el 27 de junio de 2018, que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, por lo que debía declararse la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo por incumplimiento del requisito establecido en la sentencia T764-2005, en consecuencia, se ordenara su reintegro al mismo cargo o uno de igual categoría junto con el pago de los salarios, prestaciones sociales y aportes al SGSS dejadas de recibir con los incrementos legales

y convencionales correspondientes, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente, reclama el pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con las terminación ilegal e injusta de su contrato de trabajo, a la reliquidación de los salarios y prestaciones sociales, a la indexación de las sumas y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que ingreso a laborar al servicio de la ETB, mediante contrato de trabajo a término indefinido el 18 de agosto de 1995; que el último cargo desempeñado fue el de ayudante empalmador y el último salario devengado ascendió a \$2.500.000; que el 27 de junio, la ETB dio por terminado su contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa; que al momento de la terminación del contrato estaba afiliado a SINTRATELEFONOS y era beneficiario de las CCT; que a partir de enero de 2016, se inició el proceso de privatización de la ETB, presentándose ante ello oposición por la organización sindical SINTRATELEFONOS, movilizandando a sus afiliados y activistas a desplegar acciones de rechazo y por ello la ETB dispuso el despido de 42 trabajadores sindicalizados para el 27 de junio de 2008, incumpliendo el requisito establecido en la sentencia T764-2005 y que a partir de la fecha de despido no percibía ingresos en la proporción recibida al interior de la ETB que le permitieran procurarse un subsistencia digna y la de su núcleo familiar.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ETB S.A. E.S.P., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la terminación de contrato de trabajo era eficaz, válida, ajustada a la ley, sin vicios ni causales de nulidad y no existía tal obligación ni mandato a la ETB por parte del juez constitucional, menos de la ley o convención colectiva de trabajo de informar al sindicato sobre la terminación del contrato de trabajo, igualmente, señaló que respecto al contenido de la sentencia T764-2005, ello ya había sido precisado por la Corte Constitucional en sentencia T660-2010, señalando que la empresa no se encontraba obligada a informar a la organización sindical sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa a trabajadores sindicalizados.

Asimismo, adujo que al adoptar la decisión de la terminación del contrato respetó todas las garantías de trabajador y no le generó perjuicios, además que los connaturales con la terminación fueron resarcidos con el pago de la indemnización convencional que era muy superior a la legal y liquidó y pagó oportunamente todos los salarios y prestaciones sociales. Propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación, falta de supuestos facticos y probatorios y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de septiembre de 2021, el Juzgado Quinto laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la empresa de telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP de todas y cada una de las pretensiones invocada por el señor Luis Enrique Urrea Castañeda tanto principales como subsidiarias.

TERCERO: COSTAS a cargo del demandante, un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV) como agencias en derecho a cargo del señor Luis Enrique Urrea.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado consúltese con el superior a favor del demandante.”

Como fundamento de su decisión el juzgado argumentó que no se podía extraer de ninguna manera que la sentencia T764-2005, hubiese incluido un requisito adicional para poder dar por terminando los contratos de los trabajadores sindicalizados, en donde el no cumplimiento de ese requisito conllevara a la ineficacia del despido sino se cumplía con la comunicación previa mencionada en la sentencia, lo que si era claro y se compartía era que la facultad que tenía el empleador para dar por terminado de manera unilateral y sin justa causa los contratos no podía ser utilizado como un instrumento de persecución sindical.

En esa medida concluyó que el despliegue probatorio que debió haberse efectuado correspondía a demostrar la existencia de la persecución sindical, no obstante, de lo expuesto en el interrogatorio de parte, los testimonios recibidos y las pruebas allegadas al proceso, así como de los parámetros expuestos en la jurisprudencia constitucional no era factible establecerlo.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, señaló que no se explicaba ni se detallaba porqué razón el salario del actor ascendía a \$2'500.000 para 2018, cuando el mismo actor manifestó que su promedio en 2017 era \$1'500.000 y su salario en 2018 era \$1'600.000, además que al revisar los cálculos aritméticos con el salario acreditado no había lugar a reliquidación alguna y respecto a la indemnización de perjuicios, se mencionó que si bien era factible que si el trabajador demostraba un perjuicio mayor con ocasión de la decisión arbitraria del empleador (terminación unilateral del contrato) este pudiera llegar a ser beneficiario de una suma superior a la legalmente establecida, no obstante, debía tenerse en cuenta que en este asunto la indemnización que se le pagó al actor fue convencional y los perjuicios no fueron demostrados en el juicio.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no compartía la interpretación efectuada por el fallador de primera instancia respecto de la prevención efectuada en el numeral 4° de la sentencia T764-2005, correspondiente a *“PREVENIR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador,*

respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo (...)”, para cuya aplicación solo se requería ser afiliado, puesto que si se tratara de directivo se tendría el fuero sindical o si se estuviera en curso de negociación sindical se acudiría al fuero circunstancial.

Asimismo, manifestó que no compartía la tesis expuesta relacionada con no dar relevancia a los testimonios practicados respecto a que los despidos se produjeron ante el accionar desplegado por la organización sindical ante los intentos privatizadores de la ETB y no dársele valor probatorio a la certificación allegada relacionada con el número de trabajadores que fueron despedidos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente la ineficacia de la terminación del contrato del demandante ante el incumplimiento de la prevención realizada en la sentencia T764-2005 y las pretensiones derivadas de ello, igualmente, si ello no resultara viable si era procedente la reliquidación de salarios y prestaciones sociales y el pago de la indemnización plena de perjuicios.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en en los siguientes puntos, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente

durante el periodo comprendido entre el 18 de agosto de 1995 y el 27 de junio de 2018, fecha en la que la ETB S.A. E.S.P., terminó unilateralmente y sin justa causa el contrato de trabajo del actor con el reconocimiento de la indemnización convencional respectiva, así como, que el actor estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá S.A.

Precisado lo anterior, se abordará el análisis de la aplicación de la sentencia T-764 de 2005, como quiera que el petitum de la demanda gira principalmente en torno a ello, debiéndose memorar que en tal decisión en su numeral 4° se dispuso lo siguiente: *“PREVENIR a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional.”*.

Ahora bien, para resolver debe recordarse que atendiendo lo expuesto en los artículos 48 de la Ley 270 de 1996 y 36 del Decreto 2591 de 1991, los efectos de las sentencias que la Corte Constitucional expide en materia de acciones de tutela, tienen efectos “inter partes”, es decir, que tiene carácter vinculante para las partes o para el caso concreto allí analizado, adicionalmente, la Corte Constitucional en sentencia SU-349 de 2019, señaló *“(…) por disposición legal, la decisión y órdenes contenidas en la parte resolutive de las sentencias de tutela siempre tienen efectos “inter partes”. Sólo*

en casos excepcionales es posible hacerlos extensivos a otros sujetos, por vía del establecimiento de los efectos “inter comunis” o “inter pares”. El uso de estos “dispositivos amplificadores” es una competencia reservada a las autoridades judiciales que adoptan las providencias. Particularmente, como se vio, la jurisprudencia vigente ha establecido que la determinación y aplicación de estas figuras están autorizadas únicamente a la Corte Constitucional.”

Revisada la sentencia cuya aplicación se pretende, se observa que en la misma no se contemplaron efectos “*inter comunis*” o “*inter pares*” que permitan su aplicación a la situación del demandante, ni se conoce alguno otro mecanismo adicional que permita aplicar los efectos de la sentencia de tutela a un proceso ordinario.

Adicionalmente, no puede pasar desapercibido que tampoco existe mediatez o una temporalidad pertinente entre la situación aquí analizada, pues en este asunto la demanda fue sometida a reparto en el mes de septiembre del año 2020 y la situación expuesta en su momento ante el juez constitucional acaeció en el año 2003.

Tampoco puede desconocerse que el trámite constitucional se sustentó en unos supuestos distintos, para ello solo es necesario advertir que la acción de tutela se cimentó en que la empresa demandada le había vulnerado a los allí accionantes sus derechos fundamentales a la libre asociación sindical, a la negociación colectiva, al trabajo, a la vida, a la igualdad, al debido proceso, a las libertades de opinión,

expresión, reunión y manifestación, en la que consideran incurrió la entidad accionada al dar por terminados sin justa causa sus contratos de trabajo, esto es, la vulneración de unos derechos en abstracto mientras que en este asunto se reclaman unos derechos económicos individuales, debiéndose en este punto mencionar que si bien nuestro órgano de cierre de vieja data ha determinado que le corresponde al juez laboral interpretar la demanda no es posible hacerlo al punto de modificar o sustituir las pretensiones para darle un sentido diferente, razones por las cuales no habría lugar a aplicar en este asunto la sentencia reclamada.

Adicionalmente y si en gracia de discusión se interpretara la demanda al punto de considerar que lo pretendido era la vulneración del derecho de asociación sindical producto de las desvinculaciones realizadas, no puede pasar desapercibido que incluso en la sentencia cuya aplicación se reclama, se puntualizó lo siguiente:

“(…)

Debe tenerse en cuenta que la sola terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo no puede considerarse como una violación del derecho de asociación sindical imputable a la empresa. Es necesario acreditar la existencia de unas condiciones distintas, a partir de las cuales pueda concluirse que la conducta de la empresa tiene una connotación de persecución sindical. Establecidas esas consideraciones sería factible que, para establecer el carácter antisindical de la conducta del empleador se acuda a una inversión de la carga de la prueba. Pero, se repite, se requiere de una base fáctica mínima que active esa regla de excepción de origen constitucional. **Esto es, si se aportan elementos de convicción que para un observador desprevenido planteen una duda razonable en torno al ánimo persecutorio del empleador, correspondería a éste desvirtuar tal ánimo mediante la acreditación, así sea sumaria, de una razón distinta para la terminación de los contratos.** Pero no cabe que la sola manifestación del sindicato sobre el ánimo persecutorio, o un señalamiento en ese sentido, apoyado en hechos incapaces por si solos de generar esa duda razonable, se traduzca en la inversión de la carga de la prueba.

(…)

(...) Pero cuando en la ponderación de los elementos de convicción allegados al proceso, el juez no encuentre suficiente base probatoria sobre la existencia de un designio antisindical en la conducta del empleador, prevalece el régimen legal que habilita a éste para dar por terminado el contrato, de manera unilateral y sin justa causa, con el pago de la indemnización correspondiente, sin que, en tal hipótesis, sea de cargo del empleador demostrar que, en cada caso, la terminación de los contratos tenía una explicación suficiente.
(Subrayas y negrita fuera de texto).

(...)”.

En esa medida, resulta claro que incluso la misma jurisprudencia constitucional ha establecido que la terminación unilateral del contrato no puede considerarse per se una violación del derecho de asociación sindical debiéndose para ello acreditar la existencia de conductas con connotación antisindical, para este propósito la jurisprudencia constitucional en sentencia T-1328 de 2001, reiterada en la misma sentencia T-764 de 2005 y en otras mas recientes como la T-882 de 2010 y la T-358 de 2015, ha establecido que cuando se alegue un ánimo persecutorio deben ponderarse una serie de factores entre los que se encuentran:

“(i.) El número de trabajadores sindicalizados despedidos, pues es posible establecer distinciones entre la terminación del contrato laboral que se aplica a un número reducido de empleados y el que cubre a una porción mayor que, evidentemente, por ese solo hecho, pone en peligro la estabilidad y existencia misma de la organización sindical.

(ii.) El papel de los empleados sindicalizados que se despiden, puesto que también es posible establecer diferencias en las consecuencias que produce el despido de simples afiliados a la organización, de algunos de sus activistas de base o el de los propios miembros de los cuadros directivos –que necesariamente se encargan de la representación del sindicato y la promoción de sus intereses-.

(iii.) La frecuencia con que el empleador acude al ejercicio de su facultad de terminación unilateral del contrato sin justa causa: sin duda, el despido tiene un efecto mayor sobre la solidez del sindicato cuando se ejerce en repetidas ocasiones.

(iv.) La oportunidad en que el empleador decide realizar los despidos, pues la estabilidad y capacidad de representación de una organización sindical no es indiferente al hecho de que la terminación de los contratos de sus afiliados ocurra en vísperas de la expiración de la convención colectiva vigente, o en tiempos en los que precisamente el sindicato y el empleador discuten acerca de algunas de las condiciones de trabajo existentes;

(v.) El grado de impacto que los despidos tienen en los demás trabajadores sindicalizados, el cual se aprecia, en ocasiones, en el posterior retiro de otros afiliados o en el enrarecimiento del ambiente de trabajo dentro de una empresa. Así, además de la intranquilidad que genera entre los empleados agremiados, ésta práctica revela la ineficacia de la agrupación para defender los intereses de sus afiliados. Sin duda, se desalienta y desnaturaliza la existencia de un sindicato o la pertenencia de los trabajadores al mismo, pues "aquellos que ya están afiliados pueden pensar en la conveniencia de su retiro de la asociación para conservar el puesto -lo que no es difícil suponer que ocurra en una situación de desempleo tan grave como la que vive el país-, y los que aún no se han asociado lo pensarán dos veces; y,

(vi.) Finalmente, es necesario comprobar el animus con el que el empleador actúa. Este es un elemento fundamental dentro del ejercicio de ponderación que se propone, pues revela la intención con la que obra el patrono al acudir a la terminación unilateral, sin justa causa, de los contratos de trabajo de sus trabajadores sindicalizados. Así, resulta inaceptable que éste, prevaleciéndose de una atribución legal intente desmembrar al sindicato, desestimular la afiliación de los trabajadores al mismo, o perseguir a sus miembros -tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte-, pues en todos estos eventos es evidente que la facultad contenida en la ley se convierte en un instrumento que desconoce derechos fundamentales de los trabajadores."

En este caso, como documentales relevantes obran certificaciones expedidas por la demandada, sobre las terminaciones de los contratos de trabajo sin justa causa efectuadas por la E.T.B. S.A. E.S.P., durante el periodo 27/12/2017 – 27/06/2018 (fl. 302 del expediente digital) y 28/06/2018 – 27/12/2018 (fl. 303 del expediente digital), de las que se colige que para la fecha en que se informó al actor sobre la terminación del contrato de trabajo (25 de junio de 2018) se despidió a 55 trabajadores, que representaba al 2% del total de los trabajadores de la empresa y en el semestre posterior, se despidieron 19 trabajadores, que equivalían al 0,7% de los contratos vigentes al 27 de junio de 2018 (2676), lo que no evidencia un marco atípico en el ejercicio de la facultad de terminación unilateral del contrato, teniendo en cuenta la cantidad de trabajadores de la empresa y que el escenario medido obedece a periodos de 6 meses.

Nótese además, como las desvinculaciones efectuadas no se enmarcaban dentro de un despido colectivo como podía colegirse de la cantidad de trabajadores despedidos comparada con la totalidad de trabajadores de la compañía expuesta no solo por la ETB (2695 – 2700) sino por la testigo Martha Alejandra Wilches Pulido (2400), en declaración recibida a instancias de la parte actora.

De igual forma, no puede pasar desapercibido lo mencionado por el demandante en el interrogatorio de parte absuelto en donde aceptó que no desplegó una participación activa en el sindicato pues tan solo asistía a las asambleas, lo que conlleva a concluir que no ejercía un papel preponderante en la organización y por tanto era un simple afiliado, desvirtuándose así lo mencionado sobre el particular por el testigo Oscar Gustavo Penagos.

Tampoco puede pasarse por alto que no se allegó ningún soporte del que se pudiera colegir con certeza cuantos de los trabajadores despedidos eran sindicalizados, cuantos estaban afiliados a Sintratefonos y cuantos afiliados en total tenía la organización sindical a efectos de evidenciar la posible intención de poner en peligro la estabilidad y existencia de Sintratefonos, no se aludió la realización de actos de obstaculización de la actividad sindical, ni se acreditó el impacto que los despidos se generaron en los demás trabajadores pertenecientes al sindicato.

En ese orden y a pesar que se alude que los despidos se efectuaron ante la oposición de los trabajadores sindicalizados

al proceso de privatización de la compañía demandada, aspecto que confirman los señores Martha Alejandra Wilches y Oscar Gustavo Penagos, lo cierto es que no se cuenta con algún registro formal sobre tal aspecto por ejemplo en las actas del sindicato y al analizar los factores mencionados en líneas anteriores no se acreditó que en este caso se hubiesen desplegado conductas de persecución sindical y/o antisindicales.

De otra parte, en lo relacionado con la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, se observa que la misma se solicitó por cuanto no se tuvo en cuenta el salario promedio devengado en el último año, el cual debía considerar conceptos tales como: a) Prima de Navidad, b) Proporción navidad, c) Prima Junio, d) Proporción Junio, e) Prima de Vacaciones, f) Proporción Vacaciones, g) Vacaciones compensadas en dinero, h) Horas Extras, i) Quinquenio, j) Auxilio de Alimentación y k) Auxilio de Transporte, no obstante, se cuenta solo con la liquidación final de prestaciones sociales y algunos comprobantes de nómina, sin que fuera aportado el marco convencional del cual se pudiera determinar la incidencia salarial de tales conceptos y en el caso de las horas extras tampoco se puntualizó si quiera cuales fueron las laboradas.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el resarcimiento de los perjuicios morales y materiales sufridos superiores a los tarifados en la Ley o Convención Colectiva de Trabajo, se tiene que aunque jurisprudencialmente se ha determinado que tal

análisis es procedente, se tiene que en el asunto bajo análisis se efectuaron algunas manifestaciones abstractas sobre el particular y los perjuicios que si fueron detallados tampoco se acreditaron.

Por las anteriores razones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el del 6 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANDRES
ARTURO BORDA BARAJAS CONTRA COOPERATIVA DE
TRABAJO ASOCIADO APOYO, DESARROLLO Y GESTIÓN
TECNOLOGICA - ADETEK CTA EN LIQUIDACIÓN,
EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO -
TRANSMILENIO S.A., ANGELCOM S.A.S., LLAMADA EN
GARANTIA SEGUROS DEL ESTADO S.A.**

RADICADO: 11001 3105 007 2018 00077 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil
veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de
apelación presentados por los apoderados de las partes contra
la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del

Circuito de Bogotá D.C., el 2 de noviembre de 2021, en donde se declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el señor Andrés Arturo Borda Barajas y Angelcom, se declaró la solidaridad de la CTA Adetek en Liquidación y de Transmilenio S.A., condenándose al pago de varias de las acreencias e indemnizaciones reclamadas.

Los recursos de apelación propuestos tienen por objeto de una parte acceder al pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, así como el subsidio de transporte y de otra la revocatoria de la decisión por cuanto en este asunto estaba acreditado que se trato de un verdadero acuerdo cooperativo.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la parte actora, Seguros del Estado S.A. y Transmilenio S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el tramite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El actor formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las empresas Transmilenio S.A., Angelcom SAS y el actor existió un contrato de trabajo y se declarara solidariamente responsable de los derechos a la CTA Adetek en Liquidación, en consecuencia, se condenara a las demandadas al pago de los siguientes conceptos: salarios dejados de percibir, horas extras, trabajo en tiempo suplementario, prestaciones sociales y vacaciones, subsidios de transporte, indemnización moratoria por no consignación

de cesantías, indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización por daños morales, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 28 de junio de 2005, suscribió convenio de asociación con la CTA Adetek; que la actividad personal no fue desarrollada en las instalaciones de la CTA sino con el objetivo de aportar a la productividad y sostenimiento de Transmilenio S.A., como beneficiario de la labor; que las ordenes eran impartidas por el coordinador de zona, asistente operativo y gerente de Adetek en Liquidación y empleados de Angelcom; que las capacitaciones que se requerían para el manejo de equipos y servicio al cliente se otorgaban por Angelcom, empresa que además era la que verificaba descuadres y problemas con tarjetas.; que siempre estuvo a órdenes y disposición de las demandadas; que recibió como retribución por su labor 1 SMMLV denominado compensación básica mensual; que realizó actividades tales como orientación al pasajero, conteo de tarjetas, transportar monedas, venta de pasajes, venta de tarjetas inteligentes, aseo de taquillas y relevos de descanso y que nunca recibió el pago de horas extras ni prestaciones sociales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Transmilenio S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó el hecho 1° y adujo respecto de los demás hechos que no le constaban o eran falsos. El fundamento

fáctico y legal de la oposición radicó en que el demandante nunca había sido parte de la planta de personal de la empresa además aludió que no se establecía ningún tipo de relación laboral por cuanto no se configuraban los elementos para configurarla, ni existía solidaridad con Angelcom SAS o con Adetek en Liquidación, precisando que el actor había suscrito convenio asociativo con Adetek en Liquidación y que las funciones que este desempeñaba no se ubicaban en ningún cargo dentro de la planta de personal de Transmilenio S.A., cuyo objeto era la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros, pues la labor de recaudo en el sistema Transmilenio se prestaba a través de empresas concesionarias, que en este asunto era Angelcom SAS. Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, buena fe y excepción genérica.

La **Cooperativa de Trabajo Asociado Adetek en Liquidación**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que entre la cooperativa y el actor, lo que se ejecutó fue un convenio asociativo entre el 28 de junio de 2005 y el 30 de mayo de 2015, conforme a las normas regulatorias de las cooperativas y a los regímenes y estatutos de Adetek, sin que hubiese existido de por medio alguna intermediación laboral, por lo que carecía de motivación la

afirmación efectuada respecto a la existencia de un contrato con Transmilenio S.A. y con Angelcom S.A.S, adicionalmente, indicó que al actor se le cancelaron en debida forma y tiempo la totalidad de las compensaciones y demás derechos económicos a que estaba obligada en los términos previstos en los estatutos de la entidad y en sus regímenes de trabajo asociado y compensaciones. Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, genérica, prescripción y compensación.

Angelcom SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no existía una sola prueba que permitiera acreditar la existencia de una relación jurídica y menos de tipo laboral con el actor, puesto que el contrato de prestación de servicios de apoyo operativo a la plataforma de recaudo jamás contempló o implicó injerencia alguna entre Angelcom y los trabajadores asociados que la cooperativa designó para la ejecución de servicios de apoyo a su cargo, en cambio si estaba acreditado que desde la vinculación hasta la desvinculación del trabajador asociado implicaron un trabajo asociado con la cooperativa, además que la empresa no participaba ni dirigía a la CTA Adetek en Liquidación por lo que no podía admitirse que solidariamente hubiese existido un contrato de trabajo o que fuera su empleador directo. Propuso las excepciones de falta de legitimación por pasiva, inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido, improcedencia de las pretensiones, buena fe y genérica.

Seguros del Estado S.A., contestó el llamamiento en garantía con el escrito que obra a folios 581 a 604 del archivo 01 del expediente digital, en el que se refirió a la cobertura de la póliza y su imposibilidad de afectación en este caso.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de noviembre de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor ANDRES ARTURO BORDA BARAJAS y ANGELCOM S.A., existió en la realidad una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido la cual rigió desde el 28 de junio de 2005 al 31 de mayo de 2015, para desempeñar el cargo de Coordinador y devengado un salario de \$1.400.000, como último salario.

SEGUNDO: DECLARAR la solidaridad entre ANGELCOM S.A., y las sociedades COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTIÓN TECNOLÓGICA ADETEK EN LIQUIDACIÓN y la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A., y como consecuencia de ello CONDENAR a las demandadas a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- ✓ Prestaciones sociales adeudadas la suma de: \$1.882.716
- ✓ Cesantías e intereses a las cesantías adeudadas: \$6.629.911.
- ✓ Por sanción moratoria por no consignación de cesantías a un fondo partir del 15 de febrero de 2006 hasta el 30 de mayo de 2015 la suma de \$64.637.600.
- ✓ Por indemnización por despido sin justa causa la suma de \$9.730.000.

TERCERO: CONDENAR a SEGUROS DEL ESTADO a responder por las condenas impuestas contra TRANSMILENIO hasta el monto del valor asegurado por concepto de US\$250.000.00 según póliza No. 12-44-101102446.

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

QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción formuladas por las dos demandadas y NO PROBADAS las demás excepciones formuladas por las sociedades demandadas.

SEXTO: Se condena en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las agencias se tasan en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia y a cargo de las demandadas.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que con las pruebas obrantes en el expediente, especialmente de los testimonios recibidos se acreditaba que el actor desempeño funciones propias de un contrato de trabajo cumpliendo un horario y recibiendo directrices de parte de Angelcom SAS cuyo beneficiario directo era Transmilenio S.A., sin que se evidenciara un trabajo autogestionario en los términos en que lo prevé la regulación sobre cooperativas por lo que el vínculo cooperativo era ilegal, en esa medida como hubo un aprovechamiento indebido de la fuerza de trabajo y se determinó que el actor prestó sus servicios a Angelcom S.A.S, se declararía la existencia de la relación laboral con dicha empresa y serian solidariamente responsables Transmilenio S.A. como dueño de la obra y la CTA Adetek en liquidación por servir como intermediario, señalando además que como Transmilenio S.A., resultaba condenada y esta empresa era beneficiaria de la póliza expedida por Seguros del Estado, que contemplaba el amparo del pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales hasta por 250.000 dólares, tal aseguradora debería responder por las condenas impuestas a tal demandada.

Así, ordenó al pago de las acreencias que no se encontraron prescritas al 22 de diciembre de 2013, junto con el pago de la indemnización por despido injusto ya que no se había acreditado con ningún medio probatorio que el contrato se hubiera terminado de manera justa puesto que lo que se dio fue la expulsión del demandante como asociado a una cooperativa, igualmente, concedió la indemnización moratoria

por no consignación de cesantías al no haber evidenciado buena fe en la contratación efectuada.

En cuanto a la excepción de compensación, aludió que al demandante nunca se le realizó el pago de salarios, ni de prestaciones o de indemnizaciones, por lo que mal podría predicarse que efectivamente se hubiese generado una compensación, salvo los valores reclamados por salario, ya que el mismo actor en su interrogatorio señaló que hasta el último día le fueron pagadas las compensaciones derivadas de esa labor, que si bien no eran salario para esos efectos sí se podían equiparar.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, señaló que no estaba de acuerdo con la decisión en cuanto a que si bien no se hizo pronunciamiento respecto de las pretensiones 10 y 11, se asumía que se estaban negando las mismas, solicitando entonces pronunciamiento del Tribunal sobre el particular, siendo que si se estaba accediendo al pago de la indemnización por no consignación de cesantías y de despido injusto debía accederse a la moratoria por no pago de acreencias laborales a la terminación del contrato y al subsidio de transporte reclamado, siendo que se había acreditado la existencia de una relación laboral.

El **apoderado de Transmilenio S.A.**, solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto no se tuvo en cuenta la naturaleza jurídica de su representada siendo que se trataba de una empresa industrial y comercial del estado, regida por lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, desconociéndose además la prohibición legal establecida en el numeral 6 del artículo 3 del acuerdo 04 de 1999, relacionada con que Transmilenio no podía ser ni socio ni operador del transporte masivo y tampoco explotaba el servicio público de transporte que incluía la operación de recaudo, además que en este caso se evidenciaba la existencia real de un vínculo asociativo en el que se efectuaba una real descentralización productiva por parte de la CTA Adetek en Liquidación frente a Angelcom SAS como podía colegirse de las pruebas allegadas y de lo expuesto por la testigo Jasmine Sanchez Rodríguez, sin que pudiera pasarse por alto que el concesionario tenía independencia y autonomía para celebrar los contratos destinados al cumplimiento de su objeto social por lo que sus actuaciones no vinculaban a Transmilenio S.A.

Igualmente, señaló que estaba acreditado que el actor recibió unas compensaciones durante toda la vinculación no solo de manera mensual, sino también semestral, anual y extraordinarias por lo que debía revisarse la excepción de compensación propuesta y que por ello no eran procedentes las indemnizaciones ordenadas, especialmente la indemnización por despido injusto ya que ello era carga de la parte demandante

El **apoderado de Angelcom SAS**, solicitó la revocatoria de la decisión puesto que en este caso se había acreditado la existencia de una real y verídica relación de trabajo asociado sostenida entre el aquí demandante y la CTA Adetek en Liquidación, ya que desde el punto de vista formal, la cooperativa acreditó el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el Decreto 4588 del 2006 y demás normas pertinentes, adicionalmente, destacó que debía valorarse la tacha propuesta respecto de la testigo María Eugenia Chacón, por tener interés en el asunto ya que tramitaba un proceso judicial de la misma índole y que no podía desconocerse que el actor se vinculó en forma libre y voluntaria con la CTA como se manifestó en su interrogatorio donde reconoció que conocía los estatutos de la cooperativa, participó democráticamente al interior de la misma y como lo acreditaban las documentales allegadas fue objeto de cursos de cooperativismo y se pagaron las compensaciones, aportes al SGSS y demás derechos económicos, debiéndose por tanto dar aplicación a la excepción de compensación reclamada.

Asimismo, preciso respecto a la indemnización por despido injusto ordenada que en este asunto se había allegado una renuncia que no fue objeto de tacha y por tanto se presumía auténtica por lo que debía revocarse y dejarse sin efecto la indemnización por despido ordenada, en cuanto a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías debía revisarse el monto de la misma y aplicar la prescripción correspondiente.

La **apoderada de la CTA Adetek en Liquidación**, solicitó la revocatoria de la decisión por cuanto no se encontraba demostrado que se estaba frente a un suministro de personal o que se evidenciara la existencia de una relación de trabajo con el actor y Angelcom, como podía colegirse con cada uno de los documentos allegados, advirtiéndose que el actor suscribió de manera libre y voluntaria, el convenio de trabajo asociado, en virtud del cual recibió el pago de las compensaciones y de sus derechos económicos derivados de su Convenio de asociación, fue afiliado al SGSS, suscribió documento de conocer los estatutos de la cooperativa, ejerció participación democrática al votar por los delegados de la Asamblea General de la cooperativa, recibió educación cooperativa y fue objeto de procedimientos disciplinarios.

Seguros del Estado S.A., solicitó la revocatoria de la decisión ante la inexistencia de la relación laboral entre el actor y Angelcom S.A.S. y Transmilenio S.A., por cuanto logró demostrarse que la única relación que surgió fue con la CTA Adetek en Liquidación bajo el convenio de asociación, en virtud del cual se acreditó el pago de todas las contraprestaciones, adicionalmente, señaló que en este asunto se presentaba ausencia de cobertura de las conductas desplegadas por Transmilenio respecto de la declaración de una relación laboral y las obligaciones de tal naturaleza ya que la póliza de cumplimiento tenía como finalidad proteger al asegurado ante un incumplimiento contractual imputable al contratista Angelcom SAS, motivo por el cual cualquier conducta que resulte imputable al asegurado y no al tomador, carecería de cobertura a la luz del contrato de seguro,

solicitando por ello la desvinculación de Seguros del Estado al no configurarse el riesgo amparado siendo que además la situación se presentó por fuera de la vigencia de la póliza. Adicionalmente y en gracia de discusión aludió que en este caso nos encontramos frente a una póliza de riesgos nombrados por lo que únicamente se cubrían los conceptos de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, por lo que conceptos como las vacaciones, mora en el pago de cesantías indemnización por despido injusto no podrían ser encuadrados dentro de los riesgos amparados.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y Angelcom SAS, en dado caso si procedía el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas e indemnizaciones peticionadas y la solidaridad establecida en cabeza de Transmilenio S.A. y de la CTA Adetek en Liquidación.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda

relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala

fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, se debe recordar que en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de otra persona bajo contrato de trabajo al cual le es aplicable la legislación laboral (conforme se dejó sentado en sentencia de la C.S.J., S.C.L. Rad. No. 25713 del 6 de diciembre de 2006) y el que presta un asociado en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Respecto a esta última modalidad en la sentencia ya mencionada se ha establecido que para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que dicha forma de vinculación no se utilice *“(...) de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de terceras personas naturales o jurídicas”*.

Así, se tiene que la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las

personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores, por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un empleador frente a la persona que prestó el servicio.

Ahora bien, sobre la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de delegación en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros, pues expresamente la Corte en la sentencia aludida señaló lo siguiente:

“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Así las cosas, se tiene que en procesos como este se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la subordinación la ejerció realmente la Cooperativa, caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia o si la subordinación y control del servicio lo ejerció

quien se benefició de los servicios, caso en el cual se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y se determinara que la Cooperativa actuó como un simple intermediario.

Para comenzar, debe señalarse que en este caso lo pretendido era la declaratoria de una relación laboral con las demandadas Angelcom y Transmilenio S.A., como documental relevante se allegó al expediente el contrato de concesión para el recaudo en el sistema Transmilenio suscrito entre Transmilenio S.A. y Angelcom S.A. el 17 de abril del año 2000, del cual resultan importantes los siguientes apartes:

(...)

(i) Que mediante Resolución No. 22 del 19 de noviembre de 1999, TRANSMILENIO S.A. convocó a la Licitación Pública No. 002-99 con el objeto de entregar en concesión: (a) la explotación comercial en firme de las actividades de recaudo de los recursos que se generen por la venta del servicio de transporte público terrestre automotor masivo urbano de pasajeros sobre los corredores troncales de la Avenida Caracas – Autopista Norte – Calle 80, (b) la explotación comercial de la actividad de recaudo de los recursos que se generen por la venta del servicio de transporte público terrestre automotor masivo urbano de pasajeros a través del Sistema TransMilenio sobre los corredores troncales de cualesquiera otras troncales que se construyan dentro del término de vigencia del contrato de concesión a opción de TRANSMILENIO S.A., y (c) la infraestructura para la instalación, operación y explotación del sistema de recaudo, que dentro del Sistema TransMilenio se encuentra dispuesta para estos efectos.

(ii) Que mediante la Resolución No. 027 del 10 de abril, le fue adjudicado el objeto de la Licitación Pública No. 002-99 a quien en el presente contrato se ha denominado el CONCESIONARIO, la que fue notificada personalmente el 11 de abril del 2000.

(iii) Que en la fecha se encuentra vigente el plazo previsto en los términos de referencia de la Licitación Pública No. 002-99 para la suscripción del contrato de concesión adjudicado;

(iv) Que en consideración de lo anterior, las partes han decidido celebrar el presente contrato, el que incorpora el siguiente contenido:

(...)

CAPITULO 1 - OBJETO, NATURALEZA Y ALCANCE DEL CONTRATO

CLAUSULA 1.- Modificada por el numeral 8.2. del Adendo N°1. OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato tiene por objeto:

- 1.1 Otorgar en concesión al CONCESIONARIO la explotación económica del Recaudo del Sistema TransMilenio por el concepto de venta del servicio de transporte público de pasajeros sobre las troncales Avenida Caracas, Autopista Norte y Calle 80, y, a opción de TRANSMILENIO S.A., de las que sucesivamente se lleguen a construir dentro del término de vigencia del contrato de recaudo, bajo la vigilancia y control de TRANSMILENIO S.A., opción ésta que será de obligatorio cumplimiento para el CONCESIONARIO en caso de ser ejercida por TRANSMILENIO S.A. conforme al derecho que en tal sentido le asiste conforme lo reconoce el CONCESIONARIO a través del presente contrato.
- 1.2 Otorgar en concesión la infraestructura para la instalación, operación y explotación del recaudo del Sistema TransMilenio. La infraestructura entregada en concesión solo incluirá el espacio para los puntos de venta y para las barreras de control de acceso.

Como se observa del contrato de concesión traído a colación se desprende que se otorgó a Angelcom S.A., la explotación económica del recaudo del sistema Transmilenio por el concepto de venta del servicio de transporte publico de pasajeros sobre las troncales allí establecidas bajo la vigilancia y control de Transmilenio S.A.

A su turno, se observa también que al proceso fueron allegados el convenio (2004) y contrato(2010) suscritos entre Angelcom y la CTA Adetek, los cuales tenían como objeto la prestación de los servicios de apoyo administrativo, logístico y operativo de la cooperativa a Angelcom en virtud del convenio que esta última tenía con Transmilenio, puntualizándose en el último contrato suscrito que tales servicios se efectuarían en la operación de recaudo de los dineros producto de las ventas del servicio publico de transporte en las troncales asignadas en concesión.

Igualmente, obra en el expediente el convenio de asociación suscrito entre la CTA Adetek y el señor Andrés Arturo Borda Barajas, suscrito el 27 de junio de 2005, vinculándose al actor para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios en forma autogestionaria como coordinador zona norte en atención al contrato suscrito entre la cooperativa y Angelcom, como puede colegirse de los documentales allegadas al proceso y los interrogatorios de parte rendidos por los representantes legales de Angelcom y Adetek, quienes contextualizaron que Angelcom era empresa de tecnología que tenía como objetivo principal el desarrollo y puesta en marcha de la plataforma tecnológica de recaudo del

sistema Transmilenio siendo contratados los servicios de apoyo de la cooperativa Adetek para la operación manual de recaudo.

En ese orden de ideas , se tiene que se encuentra acreditada la prestación personal del servicio del actor en la operación de recaudo de dineros por las ventas en las troncales de Transmilenio cuya explotación estaba a cargo de Angelcom, con lo que se activó la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T., que establece que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo, no obstante, tal presunción puede ser desestimada, por ejemplo si se advierte la ausencia de subordinación.

Descendiendo en el análisis, se tiene que respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se prestaron los servicios por el actor, rindieron testimonio las señoras **María Eugenia Chacón Sáchica**, quien refirió haberse desempeñado como taquillera principal en la zona norte y subordinada del actor entre el año 2009 - 2015 y **Jasmine Sánchez Rodríguez**, quien manifestó haber sido gerente y representante legal de Adetek entre el año 2002 – 2015, en tales declaraciones la primera de las testigos aludió a grosso modo que la ordenes para el desempeño de actividades, capacitaciones y decisiones de los procesos disciplinarios provenían de Angelcom y solo asuntos relacionados con temas administrativos como pagos y entrega de uniformes se efectuaba por Adetek, además que solo recibieron charla y no curso de cooperativismo, por su parte, la segunda testigo aludió lo contrario y refirió que eran autónomos en la

realización de actividades de la operación manual de recaudo, pues desde la misma cooperativa se suministraban las ordenes sobre tal ejecución, enfatizando además que eran quienes suministraban las capacitaciones, realizaba los procesos disciplinarios y que el actor conocía a plenitud la regulación y estatutos de la cooperativa pues no solo había participado en asambleas sino que también verifico actas.

En el análisis de la prueba testimonial, se evidenció que la testigo María Eugenia Chacón, señaló que lo señores Humberto Cruz y Edgar Ronderos, eran los jefes inmediatos del actor y de la operación , siendo estos quienes desplegaban las ordenes y quienes suministraban capacitación, puntualizando que los mismos pertenecían a Angelcom y que ello le constaba porque siempre estaban en las oficinas de esa empresa, por su parte, la señora Jasmine Rodríguez, adujo que los mencionados señores, pertenecían era a Adetek, siendo los encargados directos de interactuar con el cliente, refiriendo incluso que el señor Cruz fue presidente del consejo de administración de la cooperativa y participó de varias asambleas.

Verificado el soporte documental allegado, se advierte que en el acta de asamblea general de delegados No. 4 del 27 de febrero de 2007, figura el señor Humberto Cruz, como miembro principal del Consejo de Administración, también se observa que en el acta de asamblea general de delegados No. 10 del 9 de marzo de 2013, al verificar el quorum se evidenció la participación como delegado del señor Carlos Humberto Cruz Osorio, quien se encuentra suscribiendo tal acta como

verificador y revisor de la misma, situación que también acontece con el acta de asamblea general de delegados No. 12 del 13 de marzo de 2015, posteriormente en el acta de asamblea general de delegados No. 13 de fecha 17 de julio de 2015, se dejó constancia de la inasistencia del señor Cruz Osorio, aspectos que evidencian la participación activa como asociado del señor Cruz Osorio y que conducen a restarle credibilidad a lo manifestado por la señora Chacón Sáchica, en cuanto al despliegue de la subordinación por parte de Angelcom, nótese como además todo el soporte documental allegado a acerca de los procesos disciplinarios adelantados al actor dan cuenta que todo el proceso era tramitado por Adetek desde la iniciación del proceso hasta la adopción de la decisión, documentos que también respaldan la pertenencia a la cooperativa del señor Cruz Osorio como líder operativo

Adicionalmente, del soporte documental allegado visible a folios 379 y ss. del archivo 1 del expediente digital, se desprende que al actor si se le entregó por parte de Adetek el estatuto del régimen de trabajo asociado y de compensaciones, que Adetek fue quien le suministró inducción y capacitaciones al actor no solo sobre la actividad a desempeñar sino también sobre asuntos administrativos, operativos y de bienestar de la CTA, además se advierte que las peticiones sobre derechos económicos eran presentadas por el actor ante la cooperativa quien se encargaba del pago de las compensaciones y concesión de los demás derechos económicos, así como de la entrega de manuales, traslados, evaluaciones de desempeño y procesos disciplinarios, estando

también acreditada la entrega de la dotación por parte de la CTA Adetek, como lo confirman los testimonios recibidos.

En ese orden de ideas, no se aprecia que existieran elementos de prueba que pudieran desvirtuar el convenio cooperativo o evidenciar una intermediación laboral no permitida en la ley, puesto que lo que se observa es que la cooperativa actuó con autonomía e independencia en desarrollo del contrato que sostuvo con Angelcom SAS, siendo Adetek quien desplegó en forma única y directa la subordinación respecto del actor.

En consecuencia, se procederá a revocar la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia expedida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar absolver a las demandadas Cooperativa de Trabajo Asociado Apoyo, Desarrollo y Gestión Tecnológica – Adetek Cta En Liquidación, a la Empresa de Transporte del Tercer Milenio –

Transmilenio S.A., a Angelcom S.A.S. y a la llamada en garantía Seguros del Estado S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante señor Andrés Arturo Borda Barajas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA HILDA INES TULIA JUDITH NUBIA YOLANDA ROSRIGUEZ LUNA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 008 2021 00087 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Skandia S.A, Colfondos y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A, así como también el que efectuó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP trasladar a la

Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones de todos los aportes pensionales, intereses, bonos pensionales debidamente indexados.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió e hizo aportes pensionales al Instituto de los Seguros Sociales-ISS, desde el 2 de febrero de 1987 hasta el 17 de febrero de 1998; que se traslado el 1 de abril de 1998 a Colfondos S.A; que se trasladó a el 1 septiembre de 2003 a Skandia S.A y posteriormente a Porvenir S.A., el 1 de agosto de 2011; sin que ninguno de los fondos privados le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 1, 13,20, 46,48, 78 de la Constitución Nacional; los artículos 13, 60,90 y 97 de la Ley 100 de 1993.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó la parte demandante se presume no solo realizado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y titulo para pedir.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso entre otras las

excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP siempre ha actuado de buena fe y conforme a los lineamientos vigentes al momento de la afiliación de la demandante por lo que no puede ser condenada ni imponerse ninguna sanción. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido, Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos no son iguales o similares, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción de la acción, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de julio de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora MARÍA HILDA INÉS TULIA JUDITH NUBIA YOLANDA RODRÍGUEZ LUNA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 06 de febrero de 1998, mediante su afiliación a COLFONDOS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARÍA HILDA INÉS TULIA JUDITH NUBIA YOLANDARODRÍGUEZ LUNA, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS, PORVENIR, SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA HILDA INÉS TULIA JUDITH NUBIA YOLANDA RODRÍGUEZ LUNA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez se materialice el traslado de régimen pensional a que ordenado en virtud de la ineficacia, de traslado referida en procedencia de la pensión de forma inmediata a

estudiar la procedencia de la pensión de vejez. favor de la demandante conforme a las motivaciones expuesta.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoada en su contra

SÉPTIMO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS, PORVENIR, y SKANDIA, liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 de pesos.

OCTAVO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colfondos interpuso recurso de apelación en contra del numeral tercero de la parte resolutive en lo referente a la orden de trasladar a Colpensiones gastos de administración, al considerar que cada aporte realizado por la demandante al Sistema General de Pensiones un porcentaje fue destinado para pagar gastos de administración y seguro previsional de las compañías de seguro; descuento que resaltó fue debidamente autorizado por la ley, lo cuales ya fueron causados durante todo el tiempo que la actora estuvo vinculada con la AFP.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida frente a la condena impuesta de trasladar

a Colpensiones todos los conceptos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, toda vez que no se posible ni factible que la AFP retorne emolumento alguno en favor de la parte actora teniendo en cuenta que los conceptos de cotizaciones fueron trasladados a Porvenir; por otro lado indicó que en lo referente a gastos de administración y seguros previsionales dichos dineros ya fueron acaecidos tal y como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, resaltando que no se encuentran en poder de la entidad.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial frente a la indexación, al considerar que de las pretensiones de la demanda no se evidencia tal aspecto, situación que iría en contra del principio de congruencia, por lo que al no existir discusión frente a dicho aspecto tampoco habría lugar de que se habilitaran las facultades ultra y extra petita.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, al considerar que no se encuentran reunidos los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010 y 130 del 2013, que pudieran permitirle al demandante regresar al RPM en cualquier tiempo, esto de conformidad con el Decreto 3800 de 2003; señaló que no se evidencia falta al deber de información pues de conformidad con el interrogatorio absuelto por la actora se encuentra que si recibió asesoría por parte del fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 15 de junio de 2011.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

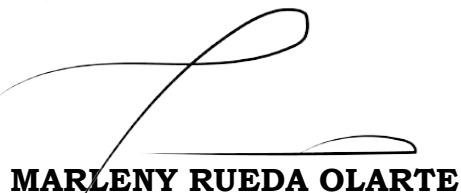
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DIANA LUCIA OSPINA VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 008 2021 00144 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses,

como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de febrero de 1964; que desde el año 1990 se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por medio del Departamento Administrativo de Planeación hasta marzo de 1995, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A; posteriormente en el mes de septiembre del año 2000 se traslado a Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 68838 de 2019, 56174 de 2019, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 68838 de 2019, 56174 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante nunca estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, tal y como consta en la información suministrada en la historia laboral emitida por la entidad, donde se puede verificar que la actora realizó aportes al Sistema de Pensiones través de Cajanal por el periodo comprendido entre octubre de 1990 hasta marzo de 1995. Propuso entre otras las excepciones

de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría veraz y oportuna, en donde informó ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación, reiterando el funcionamiento del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de junio de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora DIANA LUCIA OSPINA VARGAS, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 21 de abril de 1995, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional la señora DIANA LUCIA OSPINA VARGAS, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación la señora DIANA LUCIA OSPINA VARGAS, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva COLFONDOS y PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada COLFONDOS y PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003,

de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de forma parcial frente al numeral tercero de la parte resolutive, al considerar que no comparte el efecto jurídico que se le día a la ineficacia del traslado en lo referente a trasladar los gastos de administración debidamente indexados, ya que resulta incompatibles con los rendimientos financieros que también se ordenaron devolver, teniendo en cuenta que se estaría condenando a la AFP dos veces por el mismo rublo esto de conformidad con pronunciamiento del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó revocar la misma en su integridad, al considerar que no se esta frente a un traslado de régimen sino ante una hipótesis de selección inicial de régimen; resaltó que antes a la afiliación de Colfondos la demandante prestaba sus servicios como trabajadora del Departamento Nacional de Planeación desde el 10 de octubre de 1990 hasta el 28 de febrero de 1995 y durante ese periodo se hicieron aportes a Cajanal, cuando la demandante se afilia a Colfondos en abril de 1995, se encontraba legalizando su vinculación laboral con la Corporación Regional Autónoma del Canal del Dique; situación que permite concluir que cuando se afilia a Colfondos no se esta realizando un traslado de régimen pensional porque ya no se encontraba en el RPM, en virtud de que no existió una continuidad laboral, por lo que la parte actora l 21 de abril de 1995 cuando se afilio a

Colfondos estaba realizando una selección inicial de régimen por voluntad propia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 20 de septiembre 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró

al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con

prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE PABLO ORTIZ PLATA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 008 2022 00077 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la eficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses, gastos de administración y demás que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliado para los riesgos de vejez, invalidez, y muerte al RPM desde el 13 de mayo de 1985 hasta el mes de septiembre de 1998; que el 29 de septiembre 1998 se trasladó a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A; sin que el fondo privado le hubiera suministrado la información suficiente, veraz e idónea sobre las características de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, los artículos 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1510, 1603, 1604, 1740, 1741, 1742, 1746 del Código Civil, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 4 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, los artículos 21, 97 de la Ley 100 de 1993.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante al RAIS se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de Libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante en el año 1998 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor JOSE PABLO ORTIZ PLATA realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 29 de septiembre de 1998, mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor JOSE PABLO ORTIZ PLATA, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR, a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor JOSE PABLO ORTIZ PLATA, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000de pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de forma parcial frente al numeral tercero de la parte resolutive, en lo referente a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, al considerar que en la sentencia SL 9316 del 2016, señaló que la indexación es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo; señaló que dentro de las obligaciones que debe cumplir las AFP es la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados; por lo que resulta incompatible ordenar dicha indexación, ya que los recursos del demandante no se han visto afectados por la inflación sino por el contrario se le han generado rendimientos que no se le hubiesen generado en el RPM, esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cali.

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida al considerar que no se encuentran reunidos los requisitos legales y jurisprudenciales de unificación que ha trazado la Corte Constitucional en sentencia SU 062 de 2010 y 130 del 2013, que pudieran permitirle al demandante regresar al RPM en cualquier tiempo, esto de conformidad con el Decreto 3800 de 2003; señaló que no se evidencia falta al deber de información pues de conformidad con el interrogatorio absuelto por el actor se encuentra que si recibió asesoría por parte del fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 29 de septiembre de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JENNY SOTO DUARTE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 009 2022 00053 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de mayo de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació 18 de septiembre de 1964; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1 de marzo de 1983 hasta el 31 de julio de 1990; que se traslado a Porvenir S.A., el 21 de julio de 2003, sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera y la sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 54814 de 2018, 19447 de 2017, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó la demandante cuenta con plena validez, prueba de ello son las cotizaciones efectuadas, así como también se encuentra inmersa en la prohibición legal señalada en la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones imposibilidad de declarar nulidad y/o ineficacia del traslado, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado realizado fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de mayo de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Jenny Soto Duarte, entre el RPM al RAIS administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 21 de julio de 2003.

SEGUNDO. CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas

CUARTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

QUINTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO. De no ser apelada la presente decisión remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información se encuentra a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones el cual es exigible desde su creación y con el paso del tiempo dicho deber se ha consagrado con mayor exigencia identificándose tres etapas conforme las normas que han regulado el tema el primer periodo desde 1993 al 2009, el segundo periodo desde el 2009 hasta el 2014 y el tercer periodo del 2014 en adelante; precisó que la Corte ha indicado que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ello puede tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al considerar que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando una persona se traslada de régimen cuando se encuentra cerca de cumplir los requisitos de pensión se afectan los principios constitucionales de la sostenibilidad financiera; señaló que se puede inferir que la demandante no tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida y decidió permanecer en el RAIS desde el 2003 hasta en la actualidad; por otro lado, indicó que no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, ya que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial en lo referente a la indexación de las sumas a retornar a Colpensiones, al considerar que no se tuvo en cuenta que dentro de las obligaciones que debe cumplir las AFP es la de garantizar una rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados por lo que resulta incompatible y excluyente haberse ordenado la indexación, toda vez que los recursos de la cuenta de ahorro individual no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación, por el contrario se han generado rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPM, esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 21 de julio 2003.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA
ESPERANZA MURCIA TORRES CONTRA ENTIDAD
PROMOTORA DE SALUD O.C. - SALUDCOOP.**

RADICADO: 11001 3105 011 2014 00379 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Jorge Andrés Merlano Uribe, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.731.433 y tarjeta profesional No. 215.884 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada

Saludcoop en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

Acto seguido, se procede a resolver la solicitud presentada encaminada a la terminación y/o desvinculación de Saludcoop del presente asunto en razón a la extinción de la persona jurídica desde el pasado 24 de enero de 2023, sobre el particular conviene recordar que solo tratándose de los procesos ejecutivos iniciado el proceso liquidatorio existe la obligación de remitir el proceso al juez del concurso, situación que no se presenta en el proceso que se tramita, por lo que no hay lugar a acceder a lo peticionado, especialmente considerando lo expuesto en el artículo 245 del Código de Comercio.

A continuación, se procederá a resolver el recurso de apelación formulado por las partes.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2021, en donde se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y se condenó a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la demandada en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La actora formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, así como, que la terminación por mutuo acuerdo suscrita era ineficaz por haber sido fruto de constantes coacciones y presiones del empleador además que tampoco se solicitó autorización ante el ministerio del trabajo teniendo en cuenta su estado de salud, en consecuencia, se ordenara a la demandada a reintegrarla al mismo cargo o a otro igual o de superior categoría, a pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir desde el 20 de junio de 2008 hasta cuando fuera reintegrada, al pago de la indemnización de 180 días de que trata la Ley 361 de 1997.

Subsidiariamente, solicitó que en el evento en que no procediera el reintegro se le cancelara la indemnización por despido injusto y la que correspondiera por despido sin autorización del Ministerio del Trabajo, lo sufragado por gastos médicos pagados por la actora, lo que resultare ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada durante el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 1997 y el 20 de junio

de 2008, en virtud del cual se desempeñó como asesora comercial, recibiendo como último salario la suma de \$1.501.093 en donde el salario básico ascendía a \$708.200 y variable \$792.893 y que el 20 de junio de 2008, las partes suscribieron terminación del contrato por mutuo acuerdo y transacción de eventuales litigios, contemplándose una bonificación legal por retiro de \$9.562.234, la suma de \$2.100.545 por concepto de comisiones causadas y no pagadas y la correspondiente liquidación de prestaciones sociales, de las que se descontaría lo adeudado a la cooperativa de ahorro y crédito Progressa.

Así mismo, señaló que el contrato de transacción o mutuo acuerdo fue finalizado a pesar que la demandada tenía conocimiento que ella no se encontraba en plenas facultades mentales dado el diagnóstico de trastorno de pánico o ansiedad que presentaba, enfermedad que requería de tratamiento psiquiátrico, por lo que el acuerdo era nulo por vicio del consentimiento; que el 24 de junio de 2008, se practicó examen médico de retiro, en el que se indicó que padecía de dolor lumbar sacro y crisis de pánico en tto; que la demandada no solicitó autorización previa del Ministerio del trabajo, por lo que la terminación del contrato era nula, ineficaz y no producía efectos jurídicos y que la demandada le entregó la suma de \$13.676.007 por concepto de liquidación definitiva de salaros y prestaciones sociales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 15 de agosto de 2017, notificado por estado el día 16 del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Saludcoop EPS en Liquidación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2021, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora CLAUDIA ESPERANZA MURCIA TORRES y la sociedad SALUDCOOP S.A. EN LIQUIDACIÓN, existió Una relación laboral de trabajo, vigente entre el 16 de octubre de 1997 y el 20 de junio de 2008, fue terminada sin justa causa por parte del empleador, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR la sociedad SALUDCOOP S.A. EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar a favor de la señora CLAUDIA ESPERANZA MURCIA TORRES la suma de \$11.188.696, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá ser indexada desde el año 2008 y hasta el momento en que se verifique su pago, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: ABSOLVER a la sociedad SALUDCOOP S.A. EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones de la demanda incoadas en su contra por la señora CLAUDIA ESPERANZA MURCIA TORRES de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Liquidense por secretaria incluyendo en ellas la suma de \$500.000 valor en que se estiman las agencias en derecho, en conformidad con los argumentos normativos expuestos en la presente sentencia.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que no existía discusión respecto a la existencia del contrato de trabajo entre las partes, el cargo desempeñado como asesora comercial por la actora y el salario devengado. Acto seguido procedió a analizar el estado de discapacidad y la terminación de la relación de trabajo, así precisó que atendiendo el marco legal y jurisprudencial existente sobre el particular y luego de analizar las pruebas allegadas y

prácticas no podía afirmarse que la actora hubiese acreditado su condición especial en los términos de la Ley 361 de 1997, dado que de los conceptos médicos allegados no podía colegirse alguna clase de restricción para laborar, tampoco habían incapacidades posteriores al año 2008 y no se demostró que la demandada tuviera conocimiento de la patología mental que la aquejaba o que siquiera se habían iniciado trámites tendientes a obtener alguna calificación de la pérdida de capacidad laboral, por lo que no había material probatorio que ubicara a la demandante como sujeto de protección especial, razones por las que no había lugar al reintegro.

Subsiguientemente, procedió a emitir pronunciamiento respecto a la indemnización por despido injusto reclamada como pretensión subsidiaria, indicó que en este asunto se evidenciaba que la relación de trabajo fue terminada mediante un acuerdo transaccional suscrito el 20 de junio de 2008, en donde las partes por mutuo acuerdo daban por terminada la relación de trabajo recibiendo la demandante una contraprestación dineraria y dado que se cuestionaba la validez de la transacción suscrita, efectuó análisis acerca de los vicios del consentimiento señalando que como se había alegado la fuerza la parte tenía la carga de probarla, concluyendo que con los testimonios recibidos y demás pruebas allegadas no se había acreditado la perturbación emocional o vicio de fuerza desplegado por la demandada al momento de la suscripción del acuerdo transaccional, por lo que no se podía declarar la nulidad pretendida, ya que la

misma fue celebrada de forma consciente, por personas capaces que expresaron su libre consentimiento.

Sin embargo, se aludió que la anterior conclusión no llevaba a darle totalmente la razón a la accionada en cuanto a otorgarle plena validez a la terminación de la relación laboral siendo que la transacción resultaba válida cuando se cumplían los requisitos establecidos en el artículo 2460 del C.C. y 15 del C.S.T. y siempre que se hicieran concesiones mutuas o reciprocas aspecto este que no se cumplió y que resultaba esencial en la transacción, lo que implicaba que cada parte perdiera un derecho que creyera tener tal y como se reconocía de antaño por la C.S.J. S.C.L., mencionando que en este asunto si bien la accionada liquidó a favor de la demandante una bonificación por retiro no era claro que se le hubiese cancelado por lo que el finiquito se dio sin justa causa ordenando así el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto y procediendo a liquidar la misma en los términos del artículo 64 del C.S.T.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, señaló que no estaba de acuerdo con la negativa a la concesión del reintegro y sus consecuencias, puesto que como se había adoctrinado por la C.S.J. S.C.L., en sentencias como la SL306-2021, para que

operara la estabilidad laboral reforzada, no se requería la calificación formal que echó de menos el despacho siendo que lo que se imponía era que el empleador enterado de los padecimientos acudiera al Ministerio del Trabajo para la obtención del permiso correspondiente para poder proceder con la desvinculación, en esa medida como el patrono no solicitó la autorización señalada no quedaba duda que lo procedente era el reintegro, además señaló que no podía pasarse por alto que si bien se indicó que no obraba prueba alguna que el empleador tuviera conocimiento de los padecimientos, ello podía colegirse de las continuas solicitudes de permiso para acudir al médico a tratarse el problema psiquiátrico siendo este el motivo por el que se suscribió la terminación por mutuo acuerdo y que incluso sobre el particular existía abundante prueba como lo era el examen medico de egreso y las historias clínicas que establecían el diagnóstico de la demandante.

Por su parte, el **apoderado de la demandada**, solicitó revocar el fallo emitido siendo que la Ley 1010 de 2006, establecía cuales conductas eran las constitutivas de acoso laboral, en donde las exigencias de carácter laboral en ningún momento constituían evidencia de acoso, en donde los testimonios recibidos lo que dieron cuenta era de una presión en el cumplimiento de las metas y obligaciones contractuales adicionalmente adujo que se desconoció en la decisión que el artículo 61 del C.S.T., contemplaba la terminación de común acuerdo siendo allí donde entraba la voluntad de la demandante en torno a la suscripción del documento en

donde no se pudo demostrar la existencia de una presión a la demandante.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del acuerdo transaccional a través del que se terminó por mutuo acuerdo el contrato de trabajo que existió entre las partes y en caso afirmativo si operaba el reintegro reclamado y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 16 de octubre de 1997 y el 20 de junio de 2008; ii) que la actora se desempeñó en el cargo de asesora comercial; iii) que el último salario recibido ascendió a \$1.501.093 y iv) el contrato finalizó mediante mutuo acuerdo plasmado en acta de transacción suscrito por las partes el 20 de junio de 2008.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii)

que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1360-2018 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato acaecida en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva o legal para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

Como documental relevante, se allegó el acta de transacción suscrita entre las partes el 20 de junio de 2008, la cual contemplaba los siguientes acuerdos:

**TERMINACIÓN POR MUTUO ACUERDO DEL CONTRATO LABORAL
CELEBRADO ENTRE SALUDCOOP EPS Y CLAUDIA ESPERANZA MURCIA
TORRES**

Entre los suscritos a saber de una parte, SALUDCOOP EPS, representada en este acto por ALBERTO CASTRO CANTILLO, mayor de edad e identificado con cédula de ciudadanía No. 19.085.836, en calidad de REPRESENTANTE LEGAL y por la otra, EL TRABAJADOR CLAUDIA ESPERANZA MURCIA TORRES, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con Cédula de Ciudadanía número 20932314, hemos resuelto de mutuo consentimiento lo siguiente:

PRIMERO: Que a partir del día veinte (20) del mes de junio del año en curso, el contrato de trabajo suscrito entre las partes a término indefinido, el día 16 de octubre del año 1997, se termina de mutuo acuerdo, tal y como se manifiesta en el presente escrito y se transan los eventuales litigios a que hubiese lugar por cualquier prestación de carácter económico y legal que se deriven de su ejecución.

SEGUNDO: EL TRABAJADOR expresa su absoluta conformidad con el presente acuerdo y manifiesta que el mismo no implica una decisión unilateral por parte de SALUDCOOP EPS.

TERCERO: SALUDCOOP EPS, pagará a EL TRABAJADOR la suma de NUEVE MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$9.562.234.00) a título de Bonificación Extralegal por Retiro, suma que comprende cualquier obligación, perjuicio, pena o indemnización que se pudiese originar con ocasión a las obligaciones descritas en el contrato laboral celebrado entre las partes firmantes de este acuerdo.

SALUDCOOP EPS ADEMÁS pagará al señor(a) CLAUDIA ESPERANZA MURCIA TORRES, a la fecha de suscripción del presente documento la suma de DOS MILLONES CIENTO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS MCTE (\$2.100.545.00) por concepto de las comisiones causadas y no pagadas durante la existencia de la relación laboral con la entidad, es decir, el periodo comprendido entre 16 de octubre del año 1997 hasta el 20 de junio de 2008 y la correspondiente Liquidación de Prestaciones Sociales hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo. De esta suma se descontarán los valores que adeuda el funcionario a LA COOPERATIVA DE AHORRO Y CREDITO PROGRESSA y los descuentos de Ley a que haya lugar.

CUARTO: EL TRABAJADOR manifiesta estar de acuerdo con todos los términos, planteamientos, conceptos, plazos, cuantías y pagos aquí estipulados declarando a PAZ Y SALVO a SALUDCOOP EPS por los derechos aquí mencionados y relacionados con estos sin importar su nombre naturaleza y denominación, tales como: indemnización moratoria, incentivos, indemnización por despido injusto, beneficios extralegales, salarios, cesantías, sus intereses, primas de servicios, vacaciones, comisiones, auxilio de transporte, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo en dominical o festivo, compensatorios, sanción por no consignación oportuna de las cesantías, pues es deseo evidente de las partes que este arreglo sea total y definitivo y que la suma objeto de conciliación sea imputable para satisfacer cualquiera de estos conceptos.

QUINTO: Por ende, las partes expresamente se declaran a PAZ Y SALVO por la totalidad de las obligaciones contenidas en el contrato disuelto o sus prerrogas y por cualquier perjuicio o indemnización que del mismo pudiese surgir a su favor, una vez se proceda al pago total de la liquidación de prestaciones sociales a que tiene derecho EL TRABAJADOR.

SEXTO: Las partes aceptan que el presente acuerdo genera los efectos establecidos en la ley para los contratos de transacción, en el sentido que produce efectos de cosa juzgada conforme a los términos del Código Civil y el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, sobre cualquier obligación, perjuicio, pena o indemnización que se pudiese originar con ocasión a las obligaciones descritas en el contrato laboral disuelto, y que por ende renuncian a hacer cualquier reclamación presente o futura relacionada con el objeto del presente acuerdo.

En constancia se firma en Bogotá D.C., a los veinte (20) días del mes de junio de 2008

Como se observa en el acta mencionada, las partes decidieron terminar por mutuo acuerdo el contrato de trabajo vigente entre las partes a partir del 20 de junio de 2008, reconociéndose una bonificación extralegal por retiro por valor de \$9.562.234, la cual comprendía el resarcimiento de cualquier obligación, perjuicio o indemnización que se pudiera derivar del contrato.

Ahora bien, se alude que cuando se suscribió tal acta la actora no se encontraba en plenas facultades mentales y por tanto existían vicios del consentimiento, revisadas las pruebas

allegadas tales como historia clínica, evolución de consulta externa y demás documentos médicos allegados, solo se observa un registro en forma previa a la terminación del contrato el 19 de mayo de 2008, en el que se indicó que el motivo de la consulta era que sufría de pánico y en enfermedad actual se indicó *“refiere hace más o menos 5 meses episodio de pánico y depresión, llanto y cefalea pulsátil crónica, las noticias le producen llanto tiene fobia a venir a trabajar tuvo episodio de pánico hace 5 años con mejoría leve esta tomando Zolof ordenado por psiquiatra particular no otro síntoma o motivo de consulta”*, aspecto coincidente con el registro de incapacidad efectuado en los comprobantes de nómina del mes de febrero de 2008, no obstante, no se aprecia la expedición de otras incapacidades ni se allegaron documentos que dieran cuenta que la trabajadora se encontraba en curso de tratamiento médico, así como tampoco se aportaron soportes médicos que dieran cuenta de diagnósticos con anterioridad a la consulta efectuada en mayo de 2008, que permitieran inferir que no se trataba de una situación aislada, tampoco resulta evidente que el empleador tuviera conocimiento sobre el particular.

Igualmente, debe resaltarse que de los testimonios recibidos por los señores Jorge Camargo y Ramon Orduña (ex compañeros de trabajo de la demandante), se aprecia que si bien mencionan que la demandante presentaba cuadros de estrés y dolores de cabeza generados por sobrecarga de trabajo y presiones en el cumplimiento, lo cierto es que no son precisos en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no recuerdan por ejemplo la fecha en que la actora se

retiró de la demandada, o si la misma estaba en tratamiento, debiéndose destacar que aunque el señor Camargo aludió que también fue médico tratante de la actora y aludió que formulaba medicamentos no recuerda con claridad de que tipo era, tampoco obran registros de tales consultas en la historia clínica aportada, en todo caso, tales testigos aducen que ello no afectaba las capacidades mentales de la actora.

En ese punto igualmente debe indicarse que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada este fue enfático en señalar que para la fecha de terminación del contrato la actora no presentaba ninguna clase de afectación mental además tampoco puede pasar desapercibido que no se acreditó haber puesto en conocimiento de la demandada alguna información sobre el particular debiéndose recordar que la historia clínica y lo sucedido en consulta son asuntos sometidos a reserva por lo que el acceso a ello solo se produce por ponerse en conocimiento por el trabajador.

En ese orden de ideas, no habría lugar a considerar que operó un vicio del consentimiento tal y como se determinó en primera instancia, sin embargo, se aparta esta sala del razonamiento efectuado en torno a las razones para declarar la nulidad de la misma – *inexistencia de concesiones mutuas* – derivado de no haber encontrado que se hubiesen pagado los rubros señalados en el acta de transacción.

Al respecto conviene recordar que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en

providencias como la AL3608-2017, determinó que la transacción resultaba válida cuando << i) exista un litigio pendiente o eventual (art. 2469 C. Civil), ii) no se trate de derechos ciertos e indiscutibles (art. 15 C.S.T.), iii) la manifestación expresa de la voluntad de los contratantes esté exenta de vicios, y si se pacta mediante representante judicial, este debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y, iv) que hayan concesiones mutuas o recíprocas.>>, lo cierto es que frente a este último tópico no puede considerarse la inexistencia de concesiones mutuas cuando no se genere el pago a que se hubiere comprometido una de las partes realizar en favor de la otra, siendo que tales acuerdos hacen tránsito a cosa juzgada y constituyen título ejecutivo, por lo que si la obligación contraída no era satisfecha era demandable por la vía ejecutiva.

En todo caso, no puede pasarse por alto que en los mismos hechos de la demanda se adujo que Saludcoop le había entregado a la actora la suma de \$13.673.007, por concepto de liquidación definitiva, es decir, se reconoció que tal cifra le fue cancelada por la demandada, así al verificar el contenido de la liquidación (fl. 19), se observa que la misma contempla no solo el pago de salarios y prestaciones sino también el rubro denominado bonificación por retiro por valor de \$9.562.234 y el de comisión normal por \$2.100.545 (reconocidos en el acta de transacción), por lo que contrario a lo sostenido por el aquo si estaban debidamente cancelados.

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a la demandada del pago

de la indemnización por despido injusto a la que fue condenada.

Finalmente, debe recordarse que nuestro órgano de cierre en sentencia SL3144-2021, reiterada en la sentencia SL1152-2023, señaló que la protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no opera para los casos de terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo salvo que se alegara y demostrara algún vicio en el consentimiento del trabajador, evento que como se indicó no acaeció en este asunto, existiendo una causa legítima para dar por concluida la relación de trabajo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia expedida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar ABSOLVER a SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACION, de la indemnización por despido injusto a la que se le había condenado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

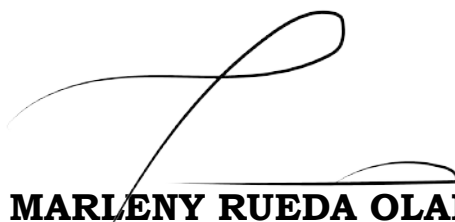
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RAFAEL
OSWALDO ROSSO CHAVUR CONTRA AEROVÍAS DEL
CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A. y
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA**

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00415 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2021, en donde se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y

Avianca S.A. y se declararon probadas las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

Los recursos de apelación tienen por objeto de una parte que se revoque la decisión en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Avianca S.A. y de otra que se revoquen las excepciones probadas y en su lugar se acceda al pago de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de la parte actora en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Avianca S.A, desde el 1° de junio de 2006 hasta el 10 de noviembre de 2017 y que la CTA Servicopava fungió como simple intermediaria en dicha relación laboral, en consecuencia, se condenara a las demandadas a pagar las prestaciones sociales, vacaciones, a la indemnización por despido injusto, a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., a la indemnización por no consignación de las cesantías, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribió contrato de asociación con la CTA Servicopava para ejercer funciones en favor de Avianca S.A. como auxiliar conductor, posteriormente desempeñó posiciones como líder de asistencia en tierra, líder de aerolíneas clientes, instructor técnico y líder de operaciones; que la labor desempeñada se desplegaba en forma directa, personal y subordinada para Avianca S.A., debiendo rendir información y reportar novedades a los señores Mauricio Gómez, José Reynel Pineda y Pedro Silva y también realizó múltiples cursos y capacitaciones en la academia de Avianca, además de ser tal empresa quien le suministró herramientas de trabajo, uniformes y carnets, beneficiándose incluso de los servicios de comedor, transporte y tiquetes, no obstante, dicha empresa nunca le canceló prestaciones sociales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Servicopava en Liquidación, contestó oponiéndose a las pretensiones, indicando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entre Servicopava en Liquidación y el demandante, nunca había existido relación laboral, lo que existió fue un convenio de asociación, firmado y aceptado por cada una de las partes el día 01 de junio de 2005, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava en Liquidación y las normas aplicables sobre la materia, convenio de asociación que se terminó mediante

resolución de retiro No. 543 del 10 de noviembre de 2017, obedeciendo a una causal objetiva, esto era la finalización de la oferta mercantil suscrita con la empresa cliente que estuvo vigente hasta el día 31 de diciembre de 2017, y la imposibilidad de reubicarlo a otro cargo asociativo al interior de Servicopava en liquidación.

Igualmente, destacó que nunca había actuado como intermediaria de Avianca pues su ejecución obedeció a la oferta mercantil y ordenes de compra que suscribió con tal empresa y enfatizó que no se debía concepto alguno al demandante puesto que se reconocieron todos los conceptos estipulados en los estatutos y regímenes de la cooperativa, mencionado que las prestaciones sociales eran propias de un contrato de trabajo y no de un convenio asociativo y que en todo caso se canceló el equivalente a tales conceptos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica.

Por su parte, **Avianca S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que el demandante no había prestado sus servicios a la empresa, que tampoco había estado subordinado por ella y menos había recibido remuneración por parte de ésta, puntualizando que de las pruebas anexas a la demanda, se advertía que el demandante en el lapso

solicitado (01 de junio de 2006 hasta el 10 de noviembre de 2017) fue cooperado de un tercero que prestó unos servicios a Avianca S.A., en donde no podía pasarse por alto que Avianca se dedicaba al transporte aéreo de pasajeros y los servicios logísticos, tarea que al parecer realizaba el actor para Servicopava, no era misional.

Asimismo, señaló que en todo caso debía tenerse en cuenta que cualquier pago derivado de la inexistente relación laboral ya se había pagado por la cooperativa pues el régimen de compensaciones de las cooperativas era homologado a las acreencias laborales que se derivan de contratos de trabajo y Servicopava pagaba lo equivalente a prestaciones sociales y descansos remunerados, incluyendo: a) cesantías; b) intereses de cesantías; c) primas de servicios; y, d) vacaciones, por lo que se pretendía un pago doble y un enriquecimiento sin causa. Propuso las excepciones de mérito que denominó: ausencia de la relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, Buena fe, compensación, prescripción, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional, enriquecimiento ilícito y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante RAFAEL OSWALDO ROSSO y AVIANCA S.A., existió un verdadero contrato de trabajo bajo el principio de la realidad sobre las formas, por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2005 y que tuvo su vigencia hasta el 10 de noviembre de 2017, todo lo anterior conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: ABSOLVER a AVIANCA S.A. Y SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, de las demás pretensiones invocadas en la acción, en estos términos DECLARAR demostradas las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, propuestas por estas partes demandadas.

TERCERO: CONDENAR a AVIANCA S.A., a favor del señor demandante para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a DOS (2) SMLMV para el año 2021, SIN COSTAS a favor ni en contra de SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.”

Como fundamento de la decisión argumentó que atendiendo el marco regulatorio para declarar la existencia de un contrato de trabajo, así como, el aplicable sobre cooperativas de trabajo asociado, lo expuesto en diversos pronunciamientos de la C.S.J. S.C.L y las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, concluyó que en este asunto se encontraba acreditaba la prestación personal del servicio, por lo que operaba la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T., trasladándose la carga de la prueba a Avianca S.A., para que desvirtuara la misma, no obstante, ello no fue factible establecerlo en tanto que las actividades del demandante estaban directamente relacionadas con el objeto social de Avianca, además que también había evidencia probatoria de que el actor recibía ordenes por los funcionarios de Avianca, así como capacitaciones e incluso la dotación también era suministrada por tal empresa, razones que condujeron a que se declarara que bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas entre el demandante y Avianca S.A., existió un verdadero contrato

de trabajo, en el que Servicopava actuó como simple intermediaria.

Acto seguido, procedió con el análisis de las acreencias reclamadas y sobre el particular señaló que junto con la contestación de demanda de Servicopava, se allegaron los comprobantes de los pagos efectuados al actor durante toda la relación laboral (compensación ordinaria mensual, compensación extraordinaria mensual, compensación anual, rendimiento compensación anual, compensación semestral, auxilio de transporte, compensación por descanso, trabajo en tiempo suplementario y auxilios cooperativos) naturales al convenio de asociación, los cuales eran equivalentes a los conceptos establecidos para el desarrollo de una relación laboral como salarios y prestaciones sociales, los que se encontraban pagados al actor sin que procediera un doble pago por la misma causa y objeto -prestación del servicio del actor- por lo que no accedió a tales pretensiones y tampoco accedió al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En cuanto a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, se puntualizó que había una situación de buena fe, pues durante todos esos años no se efectuó ningún requerimiento ni objeción en el régimen de compensación anual y ello se efectuó bajo los presupuestos de estar regidos por el convenio asociativo.

Finalmente, en cuanto a la indemnización por despido injusto señaló que atendiendo lo expuesto en las documentales allegadas al proceso tales como la del 10 de noviembre de 2017, en la que Servicopava informó sobre el retiro de las labores al actor y la comunicación de fecha 28 de septiembre de 2017, remitida por Avianca a Servicopava, en la que se informó sobre la terminación del plazo del contrato existente entre esas empresas, concluyó que la causa invocada era la terminación de la obra o labor a la cual estaba asignado el demandante, esto era un causa legal, por lo que absolvió de tal pretensión.

Por lo anterior, procedió a declarar probadas las excepciones de pago inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La **apoderada de la parte actora**, manifestó su inconformidad respecto a declarar probadas las excepciones de pago, compensación y cobro de lo no debido, señalando que la sentencia era absurda en tanto declaraba el contrato realidad pero consideraba que todas las sumas debían ser compensadas respecto de las pretensiones de la demanda, premiándose así el comportamiento irregular de las

demandadas y permitiendo que el C.S.T. se aplicara y acomodara a los intereses de quien lo interpretaba, como por ejemplo al considerar que la causal de terminación del contrato estaba dentro de las causas legales de terminación del régimen laboral cuando lo que se demostraba era que la cooperativa solo tenía un cliente sin que pudiera además dársele la connotación otorgada ya que no era un contrato por obra o labor que podría terminarse en el momento en que acabara la obra que había sido contratada.

Igualmente, ello ocurría con lo señalado respecto a que se permitiera que las cesantías se le pagaran directamente al demandante cuando la ley había determinado que éstas debían ser consignadas en un fondo, siendo la misma ley la que sanciona cuando se consignan, asimismo, indicó que no debía prosperar la excepción de pago o compensación, ya que para que la compensación prosperara era necesario que existieran obligaciones recíprocas entre las partes, toda vez que se pretende evitar un doble pago entre ellas, pero para ello se debían cumplir unos requisitos como por ejemplo que fueran del mismo género, situación que no se generaba en este caso, pues si bien el demandante recibió compensaciones por la labor prestada estas eran de carácter civil y en todo caso Avianca S.A., no había interferido en dichos pagos.

El **apoderado de Avianca S.A.**, apeló la decisión en lo que tenía que ver con la declaratoria de la existencia de una relación laboral, destacando que aunque se efectúa un análisis juicioso de las pruebas lo creíble eran los documentos

allegados de los que se desprendía que el demandante era cooperado, sin embargo, se saltó a la presunción del artículo 24 del C.S.T., con fundamento en unos testimonios que no ofrecían credibilidad por las manifestaciones subjetivas y parcializadas que efectuaron, a pesar que las pruebas demostraban que el actor fue trabajador cooperado y se le pagó todo incluso si se determinara que se trato de una relación laboral.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de contratos de trabajo entre el demandante y Avianca S.A., en dado caso si procede el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas e indemnizaciones peticionadas.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente

a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, se debe recordar que en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de otra persona bajo contrato de trabajo al cual le es aplicable la legislación laboral (conforme se dejó sentado en sentencia de la C.S.J., S.C.L. Rad. No. 25713 del 6 de diciembre de 2006) y el que presta un asociado en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Respecto a esta última modalidad en la sentencia ya mencionada se ha establecido que para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que dicha forma de vinculación no se utilice *“(...) de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de terceras personas naturales o jurídicas”*.

Así, se tiene que la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio

personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores, por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un empleador frente a la persona que prestó el servicio.

Ahora bien, sobre la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de delegación en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros, pues expresamente la Corte en la sentencia aludida señaló lo siguiente:

“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Así las cosas, se tiene que en procesos como este se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la subordinación la ejerció realmente la Cooperativa, caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia o si la subordinación y control del servicio lo ejerció el tercero que se benefició de los servicios, caso en el cual se

debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y que la Cooperativa actuó como un simple intermediario.

El artículo 35 del CST define al simple intermediario como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Como el simple intermediario no es un empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntuales, el mismo artículo 35 CST estableció quienes se consideran simples intermediarios. Dice la norma que tienen esta calidad “aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.

En ese orden de ideas y atendiendo a lo dicho hasta ahora, cuando en el proceso se demuestre: i) que la persona natural

o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros y éstos desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y iii) que ejerció el poder subordinante y el control de las actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores, el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador el que se benefició de los servicios y que la Cooperativa contratista actuó como un simple intermediario, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos que se pudieron haber causado.

Teniendo claro lo anterior y descendiendo en el análisis se advierte que fueron allegadas al expediente las ofertas mercantiles de fecha 1° de agosto de 2003 y de fecha 5 de febrero de 2009, en las que Servicopava ofrece servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos como se observa a continuación:

Oferta 1° de agosto de 2003

“(…)

PRIMERA. OBJETO DE LA OFERTA MERCANTIL: La presente Oferta Mercantil tiene por objeto establecer las condiciones bajo las cuales la PRECOOPERATIVA ofrece la prestación de servicio de apoyo técnico, administrativo y operativo por parte de la PRECOOPERATIVA, con total autonomía técnica, administrativa, financiera, bajo su propio riesgo y dirección, con sus propios asociados, a favor de AVIANCA. Dichos servicios serán prestados por la PRECOOPERATIVA en las diferentes áreas administrativas y operativas que AVIANCA requiera, de una manera eficiente para la ejecución estratégica y exitosa de los diferentes proyectos adelantados por las diferentes áreas de la empresa.

(...)"

Oferta 5 de febrero de 2009.

"(...)

PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a EL DESTINATARIO DE LA OFERTA los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el Anexo No. 1 "Detalle de procesos, posiciones y valores", a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE, a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A.

PARAGRAFO: El número de posiciones necesarias bajo esta oferta conforme se describe en el Anexo 1 es variable y puede aumentar o disminuir durante la vigencia de la relación contractual surgida de la aceptación de la presente oferta conforme a las necesidades de EL DESTINATARIO DE LA OFERTA, en cuyo caso se lo comunicará a EL OFERENTE, con el fin de que éste tome las medidas necesarias para ajustar el proceso correspondiente. En caso de requerirse por parte de EL DESTINATARIO DE LA OFERTA otros procesos adicionales y/o incrementar los pasos dentro de alguno de los procesos descritos en el Anexo No. 1, se lo comunicará a EL OFERENTE quien enviará una oferta adicional para cubrir dichos procesos nuevos.

(...)"

Adicionalmente, se aprecia que se allegó comunicación del 28 de septiembre de 2017, enviada por la representante legal de Avianca S.A y dirigida al representante legal de Servicopava, con la finalidad de notificar la terminación por vencimiento del plazo de la última prórroga del contrato surgido de la aceptación de la oferta efectuada por Avianca mediante orden de compra de servicios No. A-003000000-565AV de la oferta mercantil emitida por Servicopava el 5 de febrero de 2009, a partir el 31 de diciembre de 2017.

Ahora bien, de las ofertas mercantiles aludidas especialmente de la última que fue la que estuvo vigente

durante la mayoría de la prestación del servicio, resulta evidente que los servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos requeridos por Avianca S.A., contratados con Servicopava, obedecen a actividades ordinarias de Avianca S.A., siendo que el objeto social de la referida empresa comprende *“La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) terrestre; en todas sus ramas; (iii) marítimo, en todas sus ramas; y (iv) multimodal; y b) servicios de ingeniería y mantenimiento; entrenamiento y servicios de apoyo que sean requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con las leyes rigentes.”*

De otra parte, debe indicarse que se encuentra acreditado que el demandante, prestó sus servicios como auxiliar de conducción de asistencia en tierra, auxiliar de operaciones terrestres, líder de asistencia en tierra y líder de operaciones terrestres III, dentro de los periodos comprendidos entre el 1° de junio de 2005 y el 10 de noviembre de 2017, por cuenta de la condición de asociado a Servicopava, según se desprende del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito entre los actores y Servicopava, la liquidación de derechos económicos y demás comprobantes y certificaciones allegadas por las partes.

Ahora bien, respecto a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se prestaron los servicios para Avianca en virtud del contrato antes mencionado y quien desplegó la subordinación y control en tal prestación, se cuenta con los testimonios de los señores **Gustavo Gómez Corredor, Hernando Samper Arango y Javier Alejandro Ruiz**, quienes a pesar de los comentarios subjetivos que efectuaron objeto de reproche por el apoderado de Avianca, como lo era que se había producido una intermediación en la contratación, ofrecen credibilidad pues se trató de compañeros de trabajo del actor, estos además dieron cuenta de como se daba la vinculación con Servicopava y Avianca, fueron contestes en señalar que conocían al actor de vieja data, que el actor desplegó actividades de operaciones terrestres tales como cargue y descargue de equipajes, traslado de aviones entre terminales, conductor de tractor de los equipajes, conductor para traslado de pasajeros, operario de rampa, instructor, briefing operacional, que las órdenes se suministraban por personal directo de Avianca, que la dotación y capacitación era suministrada por Avianca, que marcaban un reloj biométrico de propiedad Avianca, que todas las herramientas y equipos eran de propiedad de Avianca, que recibían como beneficios transporte y casino que era suministrado por Avianca sin que existiera distinción alguna con el personal de esa empresa.

Nótese además, que dentro de la cláusula tercera de la oferta mercantil que contempla las obligaciones del destinatario de la oferta, se estipularon las siguientes obligaciones:

“(…)

TERCERA. OBLIGACIONES DE EL DESTINATARIO DE LA OFERTA: Una vez aceptada la presente oferta mercantil, **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** se obliga además de las obligaciones propias de la naturaleza de la relación que surge por efectos de la aceptación de la oferta, asume las siguientes obligaciones:

1. Cancelar el valor de las facturas que sean debidamente emitidas por **EL OFERENTE**, y que correspondan a los servicios prestados efectivamente, dentro de los plazos y tarifas previstos en la presente oferta;
2. Colaborar con **EL OFERENTE** en la capacitación de los asociados asignados por **EL OFERENTE** para la prestación de los servicios, en aspectos técnicos y de seguridad operacional propios de la naturaleza de la actividad que desarrolla **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA**;
3. Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que **EL OFERENTE** pueda requerir para la correcta prestación de los servicios;
4. Pagar directamente como costos adicionales a la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil los relacionados con trámite de los permisos ante la Aerocivil, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados de **EL OFERENTE**. Para los procesos que apoyen los asociados de **EL OFERENTE** que requieran un uniforme o vestuario específico, el costo será asumido por **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** y los uniformes o vestuario específico será entregado por **EL OFERENTE** directamente a sus asociados.



(…)”.

Como se observa las pruebas analizadas indican claramente que los elementos de trabajo eran propiedad de Avianca y que la subordinación entendida como la facultad de impartir ordenes sobre modo, cantidad, y calidad del servicio, así como la facultad de capacitar al personal la desarrollaba Avianca S.A.

Así las cosas, se tiene que obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación del señor Rafael Oswaldo Rosso por parte de Servicopava, pues pese a que entre la cooperativa y Avianca S.A. se emitió orden de compra de servicios de la oferta mercantil, el servicio del actor se prestó de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios, suministró órdenes y las labores se realizaron en las locaciones de Avianca y para cumplirlas suministró las

herramientas, materiales y uniformes, de lo cual resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su organización y estructura empresarial, en esa medida habrá de confirmarse lo establecido por el a quo, esto es, que el verdadero empleador fue Avianca S.A. y que Servicopava fungió como simple intermediario.

Bajo el anterior entendimiento, y siendo que se trató de una verdadera relación laboral resultarían exitosas las reclamaciones de los derechos que la legislación laboral contempla, lo cual no obsta, para la aplicación de la excepción de pago efectuada por el juzgador de primera instancia al haber encontrado equivalencia entre los conceptos pagados por Servicopava y los que se generan producto de una relación laboral, resultando claro que al encontrarse la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Avianca S.A., quedan sin sustento los pagos efectuados por Servicopava al señor Rosso Chavur, en ese orden y dado que se determinó que la cooperativa era solidariamente responsable de las condenas, no existe impedimento para que el pago pudiera efectuarse por la cooperativa, en tanto que la solidaridad implica que se pueda exigir el pago total de la obligación a cualquiera de los deudores solidarios.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria por no consignación de cesantías, si bien se alude por ambas demandadas que a los demandantes les fueron canceladas las compensaciones anuales y ello exoneraría de tal indemnización, lo cierto es que tal indemnización se causa

precisamente es por la no consignación ya que por disposición legal estas no pueden ser entregadas al trabajador, siendo un criterio pacífico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió buena o mala fe en tal omisión, ya que solo ante este último resulta procedente.

En esa medida, revisado el caudal probatorio allegado y teniendo en cuenta que se advirtió que en el presente asunto se intentó encubrir la existencia de una verdadera relación laboral entre los demandantes y Avianca S.A., en donde Servicopava fungió como un simple intermediario, siendo evidente que la actividad desarrollada por los actores era inherente al giro ordinario de los negocios de Avianca, las labores se ejecutaron en dependencias de la misma y con los elementos proporcionados por esta y ejerciéndose poder subordinante y de control por la misma frente a estos, se tiene que a juicio de esta sala dicho actuar no denota buena fe, resultando procedente el pago de la indemnización reclamada.

En forma previa a efectuar la liquidación correspondiente como se propuso la excepción de prescripción por las demandadas, debe analizarse la misma, siendo lo primero señalar que de lo establecido por la C.S.J., S.C.L., en sentencia de radicación No. CSJ SL 35603, 1º feb. 2011, se desprende que la prescripción de la sanción por la no consignación de cesantías no corre de igual manera a la prescripción de las cesantías ya que la exigibilidad de cada

una opera en momentos diferentes, pues en la referida sentencia se indicó:

(...)

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.

(...)”.

Así las cosas, se tiene que la exigibilidad de la sanción moratoria por no consignación de cesantías se causa al 15 de febrero del año siguiente en que se omitió consignar, naciendo para el trabajador a partir de allí su derecho a reclamar el reconocimiento, de suerte que si no lo ejerce dentro de los 3 años siguientes operaba la prescripción. En este caso no obra reclamo sobre el particular y como quiera que la presentación de la demanda acaeció el 9 de noviembre de 2020, el fenómeno de la prescripción operó de la siguiente forma:

CESANTÍAS	CAUSACIÓN INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS	PRESCRIPCIÓN
2005	15 de febrero de 2006	Prescritas
2006	15 de febrero de 2007	Prescritas
2007	15 de febrero de 2008	Prescritas
2008	15 de febrero de 2009	Prescritas
2009	15 de febrero de 2010	Prescritas
2010	15 de febrero de 2011	Prescritas
2011	15 de febrero de 2012	Prescritas
2012	15 de febrero de 2013	Prescritas
2013	15 de febrero de 2014	Prescritas
2014	15 de febrero de 2015	Prescritas
2015	15 de febrero de 2016	Prescritas
2016	15 de febrero de 2017	Prescritas
2017	N/A	N/A

Por lo anterior, no resulta avante el pago de la indemnización moratoria reclamada.

Finalmente, respecto a la inconformidad planteada respecto de la indemnización por despido injusto, debe tenerse presente que al actor se les envió una comunicación en la que se les informaba que mediante resolución No. 543 de 2017, se había decidido el retiro de las labores asociativas que venían desempeñando y que ello conllevaba a dar fin a la calidad de trabajador asociado a partir de la culminación de la labor de ese mismo día, resolución en la que a su turno se indicaba que la cooperativa se había visto en la necesidad de retirarlo del puesto por razones de la prestación de servicio y/o por la imposibilidad de reubicarlo en razón a la finalización de la oferta mercantil que vinculaba a las partes.

Como se observa tal motivación en modo alguno se ajusta a alguna de las justas causas de terminación del contrato de trabajo contempladas en el artículo 62 del C.S.T. (Modif. art. 7 del Decreto 2351 de 1965), debiéndose en este punto mencionar que cuando se da aplicación al principio del contrato realidad, el contrato que surge es a término indefinido razones que resultan suficientes a juicio de esta sala para que resultara procedente el pago de la indemnización por despido injusto reclamada, la cual no se ve afectada por la prescripción, siendo que la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes a la terminación del contrato.

Acto seguido, se procede a efectuar la liquidación de la indemnización mencionada teniendo en cuenta para ello, el último salario percibido por el actor \$2.125.231 (inferior a 10 SMMLV) y toda vez que el señor Rafael Oswaldo Rosso, trabajo un total de 4480 días, esto es, 12 años – 5 meses y 10 días, se tiene que le corresponden 258,88 días de indemnización, para un total por concepto de indemnización por despido de **\$18.339.327.**

En consecuencia, se procederá revocar el numeral 2° de la sentencia para en su lugar condenar al pago de la indemnización por despido injusto en el valor ya mencionado.

Costas a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia expedida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar condenar a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A. y solidariamente a SERVICOPAVA a pagarle al demandante señor RAFAEL OSWALDO ROSSO CHAVUR, la indemnización por despido sin justa causa por valor de **\$18.339.327**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

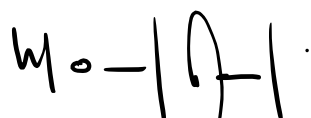
CUARTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ZOILO ANDRES CORREA GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A Y COMO LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

RADICADO: 110013105 032 2021 00410 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de aportes realizados,

rendimientos financieros, cuotas de administración actualización de su historial, al igual que el bono pensional que haya lugar.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de junio de 1959; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 1 de agosto de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1999; que se trasladó a Porvenir S.A., en el mes de octubre de 1999; que posteriormente se trasladó a finales del año 2008 a Skandia S.A y por último regreso nuevamente a Porvenir S.A a finales del 2009; que al momento del traslado los asesores comerciales no le brindaron información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, los artículos 13,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018 y 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que efectuó el demandante en el año 1999 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen que efectuó el actor se realizó de forma libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, improcedente de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación,

sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia de principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o la solicitud de ineficacia de la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual no se opuso ni se allano a las pretensiones, al considerar que se tiene un sujeto pasivo de la relación material debatida a Colpensiones, entidad distinta a la llamante. Propuso entre otras las excepciones del acto jurídico de afiliación al RAIS y los demás fueron debidamente informados, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia, prohibición legal de traslado, reconocimiento oficioso de excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de julio de 2023, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas y DECLARAR PROBADA la excepción “Frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP Skandia carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.”, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante ZOILO ANDRES CORREA GARCÍA a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de fecha 03 de septiembre de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO. CONDENAR a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda,

en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO. ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante ZOILO ANDRES CORREA GARCÍA como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO. ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Así mismo, CONDÉNESE en costas a la demandada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES

OCTAVO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remitase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial frente a la condena de la indexación de las comisiones gastos y seguros previsionales, teniendo que el actor en el tiempo en que estuvo con la AFP no dejó de percibir rendimientos en su cuenta de ahorro individual; precisó que debe tenerse en cuenta que el fenómeno de la indexación corresponde a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda; por lo que resulta incompatible ordenar dicha indexación.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó revocar la misma en su integridad, al considerar que el traslado de régimen no fue efectuado con la AFP sino que fue un traslado horizontal en el año 2008; por lo que cumplió con las obligaciones que le eran oponibles al demandante esto de conformidad con el artículo 112 de la Ley 100 de 1993; señaló que debe tenerse en cuenta el interrogatorio de parte donde confesó que se sostuvieron 3 asesorías en momentos distintos en los años 1999, 2008 y 2009, donde se le suministró información propia del régimen como lo es la rentabilidad; resaltó que independiente de las asesorías brindadas, el demandante como consumidor financiero también tenía el deber de actuar con mediana diligencia; por lo que indicó que el actor contó con toda la información necesaria para poder validar el contenido de la información otorgada para de esta manera tomar decisiones; por otro lado, refirió que en caso de que se confirme la ineficacia del traslado se revoque la orden de trasladar los gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada, teniendo en cuenta que no resulta viable que la AFP tenga que hacer devolución de unas sumas que tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso se cumplió durante el tiempo que el actor estuvo vinculado generándose unos rendimientos; por último teniendo en cuenta que se dio la condena de trasladar los seguros previsionales se revoque la absolución de Mapfre y condenen a dicha entidad a trasladar dichas sumas.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, determinó la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo por razones financieras y la sostenibilidad

financiera del sistema se limitó dicho derecho cuando el afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión; por lo que resaltó que todas las acciones de Colpensiones deben estar encaminadas al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema; por lo anterior resaltó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición para proceder su traslado en cualquier tiempo tal y como lo señaló la Corte Constitucional; además de ello se tiene que el actor elevó solicitud de traslado a Colpensiones hasta el 19 de abril de 2021, situación que permite concluir que el señor Correa García se encuentra inmerso en la prohibición legal y por ende resulta improcedente afiliar al demandante en el RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas

sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 17 de julio 2009.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, debe señalarse que Mapfre fue vinculada al proceso como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho

legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razones suficientes para desestimar el llamamiento reclamado.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALICIA ALEJANDRA ALFARO CASTILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 034 2019 00385 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de julio de 2023.

En esta instancia el apoderado de la parte demandada Porvenir S.A., presentó alegato, en el que reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad e ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes efectuados junto con todos sus rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de diciembre de 1962; que se encontraba afiliada al Instituto de los Seguros Sociales en calidad de trabajadora dependiente, donde acreditó 600 semanas; que en el año 1999 se trasladó a Porvenir S.A, sin que el asesor de dicho fondo privado la hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 14,15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, la Ley 860 de 2003, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2011, 31989 de 2008, 46292, 31314,33083,3496 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 DE 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP, brindó la información pertinente y necesaria a la cual estaba obligada para el momento del traslado de régimen. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de julio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ALICIA ALEJANDRA ALFARO CASTILLO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a Trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALICIA ALEJANDRA ALFARO CASTILLO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora ALICIA ALEJANDRA ALFARO CASTILLO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. No condenar en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PORVENIR S.A.

SEXTO: Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Labora, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia al considerar que la AFP cumplió con su deber de información de conformidad con la normativa que se encontraba vigente para el momento del traslado, el cual no exigía dar constancia escritural de lo informado al afiliado, en virtud de que dicha obligación surgió con la Circular 016 de 2016 proferida por la

Superintendencia Financiera; por otro lado solicitó revocar la condena de trasladar gastos de administración y primas de seguro previsional, toda vez que son dineros que ya no reposan en la entidad; señaló que tampoco resulta procedente la indexación, ya que se estaría efectuando una doble sanción, en consideración a que se está ordenando también la devolución de los rendimientos financieros.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al considerar que debe existir una correspondencia de voluntad de acción, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional; al respecto señaló que la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, pues conforme a lo indicado en la sentencia SU062 de 2010, se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 1 de diciembre 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALDRIN DE JESÚS OROZCO VARILA, GERMÁN CASTRILLÓN MARTÍNEZ Y RAFAEL HERNÁNDEZ VARGAS CONTRA INMOBILIARIA GALES LTDA EN LIQUIDACIÓN, NACIÓN - MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHO ANTES DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, NÉSTOR ULISES PINZÓN ÁVILA Y DIANA PATRICIA MONTOYA LA ROTTA VINCULADA SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES S.A.S.

RADICADO: 11001 3105 036 2014 00653 02

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de los demandantes

contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de noviembre de 2021, en donde se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre cada uno de los demandantes y la inmobiliaria Gales Ltda. en liquidación y se ordenó la realización del respectivo cálculo actuarial a la administradora de pensiones a la cual se encuentran afiliados.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revise lo relativo a la prescripción, para lograr las pretensiones que no resultaron avante aspecto que alude esta estrechamente relacionado con la solidaridad pretendida.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora, en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

Los demandantes formularon demanda con el objeto que se declarará que entre estos y la inmobiliaria Gales Ltda. existió una relación laboral regida por un contrato individual de trabajo, que tal inmobiliaria les adeuda las acreencias de toda la relación laboral, que la Dirección Nacional de Estupefacientes y los señores Diana Patricia Montoya La Rotta y Néstor Ulises Pinzón Ávila, son solidariamente responsables de éstas; la primera por ser beneficiaria de la labor y las personas naturales como contratistas independientes, que en consecuencia, se condene al pago de salarios, horas extras, recargo nocturno, prestaciones sociales, vacaciones, dotación,

aportes al SGSS en pensiones, indemnización por no pago de cesantías, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, a la indexación de las sumas que resultaren a favor, las que resulten en ejercicio de las facultades ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente se solicitó que se determinara que la DNE ostentaba la calidad de empleador directo y los señores Diana Patricia Montoya y Néstor Ulises Pinzón Ávila fungieron como simples intermediarios y si esto tampoco resultara procedente, se declare que la DNE era solidariamente responsable en su condición de socia titular de cuotas partes de la sociedad de personas y hasta el monto total de sus aportes y los señores Diana Patricia Montoya y Néstor Ulises Pinzón Ávila, como solidariamente responsables de todos los perjuicios que por dolo o culpa hubiesen ocasionado a los demandantes, en su condición de administradores de la sociedad Inmobiliaria Gales Ltda.

Sustentaron sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que la inmobiliaria Gales Ltda. en Liquidación, fue objeto de proceso de extinción de dominio siendo registrado en cámara de comercio el primer embargo y suspensión del derecho de dominio en julio de 1998; que las cuotas sociales de los 4 socios originales quedaron fuera de comercio y a ordenes de la Dirección Nacional de Estupefacientes – DNE; que mediante resolución No. 984 del 25 de octubre de 2022, la DNE nombró como depositaria y representante legal provisional de la inmobiliaria a la señora

Diana Patricia Montoya La Rotta, quien fungió como tal hasta el 25 de octubre de 2006; que posteriormente mediante resolución No. 1249 del 25 de octubre de 2006, la DNE nombró como depositario y representante legal provisional de la inmobiliaria al señor Néstor Ulises Pinzón Ávila, quien se desempeñó como tal en adelante incluso hasta la presentación de la demanda.

Igualmente, se señaló que los demandantes prestaron sus servicios como porteros y/o vigilantes del edificio Gales I ubicado en la carrera 21 # 34 a – 69 de Bogotá D.C., así: i) Aldrin de Jesús Orozco, entre el 02/03/2003 – 08/09/2008; ii) Germán Castrillón Martínez, entre el 04/12/2002 – 08/09/2008 y iii) Rafael Hernández, entre el 07/03/2004 – 22/08/2008, en razón a las contrataciones celebradas por la señora Diana Patricia Montoya, no obstante, no se les cancelaron las acreencias laborales causadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La señora **Diana Patricia Montoya La Rotta**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que no tenía ningún vínculo jurídico con los demandantes y adicionalmente todo se encontraba prescrito, así mismo, señaló que no sería responsable a título personal ni directamente por cuanto no acreditaba la calidad de contratista independiente sino de representante del empleador inmobiliaria Gales Ltda. Formuló las excepciones que denominó inexistencia del derecho pretendido,

inexistencia de una relación laboral, imposibilidad de endilgarle la calidad de solidaria responsable, cobro de lo no debido, carencia del derecho reclamado, prescripción, compensación y excepción genérica.

La **Sociedad de Activos Especiales S.A.S. – SAE**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la DNE no participó ni tuvo injerencia alguna en la relación laboral perseguida por lo que no adeudaba ninguna acreencia laboral, aclaró que el administrador del FRISCO, fungía como secuestre judicial de los bienes incautados con el deber de administrarlos en procura que los mismos siguieran siendo productivos, función administrativa que era ejercida en virtud de un mandato legal.

Igualmente, preciso que la SAE acudía a los sistemas de administración dispuestos en la Ley 1708 de 2014 y antes en la ley 793 de 2002, nombrando depositarios provisionales para la administración de la sociedad quienes también cumplían tal función por mandato legal con las obligaciones que dictaba la ley, por lo que en ningún momento pasaban a ser propietarios de los bienes incautados. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de responsabilidad solidaria, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de relación laboral, inexistencia de la obligación, prescripción e innominada.

La **Inmobiliaria Gales Ltda. en Liquidación**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que mediante sentencias del Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de Descongestión de Bogotá y del Juzgado 2° Penal del Circuito Especializado de Cali del año 2002, se extinguió el dominio de las cuotas sociales de la sociedad inmobiliaria Gales Ltda. y se ordenó su traspaso a favor del estado a través del Fondo para la Rehabilitación Inversión Social y lucha contra el Crimen Organizado FRISCO, el cual en su momento era administrado por la DNE, así mismo, indicó que la DNE nombraba los depositarios provisionales de la Inmobiliaria, los que se efectuaban en condición de auxiliar de justicia inscrito en el registro de depositarios y liquidadores de la DNE.

De igual forma, se anunció que las acreencias reclamadas no eran procedentes como quiera que la relación que unió a los demandantes con la inmobiliaria Gales era de carácter civil por prestación de servicios. Formuló las excepciones que denominó cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, prescripción, buena fe e innominada.

El señor **Néstor Ulises Pinzón Ávila**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que los demandantes alegaban la prestación de servicios personales a la Inmobiliaria Gales Ltda., la cual en principio era la

legitimada para responder por cualquier obligación surgida de una relación laboral entre esta y los demandantes, siendo que tenia una vinculación con la sociedad demandada a título de depositario provisional con funciones de liquidador, soportada en la resolución de nombramiento, por lo que no tenía vínculo contractual ni con los demandados ni con la sociedad inmobiliaria Gales Ltda., ni con la DNE.

También puntualizó que la relación surgida con la inmobiliaria era una relación como de auxiliar de justicia, de modo que los actores no le prestaron servicios personales a el sino a la persona jurídica que representaba por lo tanto no estaría llamado a responder ni directamente ni solidariamente por las relaciones laborales alegadas. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e innominada.

Mediante auto del 14 de febrero de 2017, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación -Ministerio de Justicia y Derecho.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre los demandantes y la Inmobiliaria Gales Ltda. I, así:

Demandantes	Fecha de Inicio	Fecha de Finalización
Aldrin Jesús Orozco Varila	2 de marzo del 2003	7 de septiembre de 2008
Germán Castrillón Martínez	2 de diciembre de 2002	7 de septiembre de 2008
Rafael Hernández Vargas	1 de marzo de 2004	22 de agosto del 2008

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Inmobiliaria Gales Ltda. I, a pagar en favor de los demandantes el respectivo calculo actuarial a la

administradora de pensiones a la cual se encuentren afiliados, por los periodos de tiempo laborados para la encartada acorde lo enunciado en el numeral anterior, teniendo en cuenta para el efecto un IBL igual al salario mínimo legal mensual vigente. Precizando respecto de Rafael Hernández Vargas, que los aportes deberán efectuarse por el tiempo parcial, efectivamente laborado, esto es por 2 días al mes, con excepción del mes de junio de 2007 en el que se corrobora laboró 12 días, julio de 2007 en el que laboró todo el mes, agosto de 2007 en que laboró 21 días, diciembre del 2007 en el que laboró 8 días y enero del 2008 en que laboró 6 días, para los restantes se tendrá 2 días al mes, acorde lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: *ABSOLVER a la demandada Inmobiliaria Gales Ltda., de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva.*

CUARTO: *ABSOLVER A las demandadas SOCIEDAD DE ACTIVOS ESPECIALES SAE SAS, DIANA PATRICIA MONTOYA LA ROTA, NÉSTOR ULISES PINZÓN ÁVILA Y AL MINISTERIO DE JUSTICIA de la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

QUINTO: *DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por las encartadas.*

SEXTO: *De no ser apelada la presente sentencia, consúltese con el superior por resultar adversa a las pretensiones del aquí demandante."*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de conformidad con las documentales aportadas, los testimonios recibidos y lo manifestado por los mismos demandados en sus contestaciones y en los interrogatorios de parte absueltos encontró probada la existencia de contratos de trabajo entre los actores y la inmobiliaria Gales Ltda. I., por lo que resultaría procedente el estudio de los derechos laborales reclamados, sin embargo, previo a ello, analizo la excepción de prescripción propuesta por los demandados, encontrando que respecto de la inmobiliaria Gales Ltda. y de los señores Diana Patricia Montoya La Rotta y Néstor Ulises Pinzón Ávila, no se presentó ninguna reclamación que pudiera interrumpir el termino de prescripción, por lo que frente a éstos ello solo ocurrió con la presentación de la demanda (22/08/2014) y por tanto había operado la prescripción respecto de aquellos.

De igual forma, se aludió que incluso si se tuviera en cuenta la reclamación efectuada a la DNE, debía tenerse presente que la primera reclamación presentada ante esta entidad se efectuó el 17 de abril de 2009, obteniendo respuesta el 12 de junio de 2009, por lo que igualmente habría operado la prescripción considerando la fecha de presentación de la demanda y la terminación de las relaciones laborales. En todo caso, como también se reclamó el pago de los aportes al SGSS en pensiones y dada su condición de imprescriptibles se ordenó la realización de un cálculo actuarial ante los fondos de pensiones a los que los actores se encontraban vinculados.

Respecto de la solidaridad pretendida, se mencionó que la SAE atendía a una administración que atendía a una figura legal en donde había un encargo de administrar los bienes, pero esta no se daba bajo las características de un contratista independiente, así como tampoco podía considerarse a los depositarios señores Diana Patricia Montoya La Rotta y Néstor Ulises Pinzón Ávila, como simples intermediarios, ya que en virtud de los nombramientos efectuados fungieron como meros administradores de los bienes de la inmobiliaria y ello no podía confundirse con un simple intermediario.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria parcial de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que el asunto objeto de controversia era el de la solidaridad, el cual estaba estrechamente relacionado con la prescripción, siendo que el éxito de las demás pretensiones económicas dependía de determinar que hubo una relación de solidaridad con la DNE que eventualmente vincularía a su sucesor procesal esto era el Ministerio de Justicia y Derecho o la SAE, pues al demostrar el éxito de esa pretensión daría el éxito de la reclamación administrativa con la interrupción correspondiente, aludiendo que para ello debía acudir al artículo 34 del C.S.T. pues aunque la situación era un poco confusa y no habían precedentes jurisprudenciales sobre el particular, existía inconformidad en el sentido que la norma mencionada establecía que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra también será solidariamente responsable y en este asunto la DNE a pensar que no era una persona de derecho privado era una entidad beneficiaria del trabajo realizado por estas personas.

Además, señaló que la actividad desplegada por los actores formaba parte del giro ordinario de los negocios o de la actividad misional de la entidad, siendo por tanto beneficiaria de la labor de vigilantes o celadores del edificio que era custodiado por la entidad, de suerte que, si tal hipótesis se acogiera con la reclamación administrativa que se hizo a nombre de los 3 actores en el año 2009, se habría interrumpido válidamente la prescripción.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable declarar la solidaridad de las condenas respecto de la Dirección Nacional de Estupefacientes, así como, si resultaba procedente la aplicación de la prescripción en la forma determinada en la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, debe indicarse que no es objeto de controversia que entre los demandantes y la Inmobiliaria Gales Ltda. existieron contratos de trabajo con los siguientes extremos: a) con el señor Aldrín de Jesús Orozco Ávila, entre el 2 de marzo de 2003 y el 7 de septiembre de 2008; b) con el señor Germán Castrillón Martínez, entre el 2 de diciembre de 2002 y el 7 de septiembre de 2008 y c) con el señor Rafael Hernández Vargas, entre el 1° de marzo de 2004 y el 22 de agosto de 2008, con prestación efectiva de los servicios de 2 días por mes con excepción del mes de junio de 2007, en el que se corrobora laboró 12 días; julio de 2007, en el que laboró todo el mes; agosto de 2007, en que laboró 21 días; diciembre del 2007, en el que laboró 8 días y enero del 2008 en que laboró 6 días, como quiera que tales aspectos no fueron objeto de inconformidad por las partes.

Precisado lo anterior, se procederá a analizar la solidaridad pretendida respecto de la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual se endilga a título de ser ésta la beneficiaria del trabajo desplegado por los demandantes respecto de una actividad que hacía parte del giro ordinario

de los negocios de la DNE como lo era la custodia de los bienes, situación que se enmarcaría en la responsabilidad señalada en los presupuestos del artículo 34 del C.S.T.

Sobre el particular, conviene recordar que la mencionada norma contempla el contratista independiente y la posible solidaridad del beneficiario del trabajo o dueño de la obra en los siguientes términos:

ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:>

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

*2o) **El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.***
(Subrayas y negrita fuera de texto)

Así mismo, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre en sentencia SL9318-2016, señaló “(...) que para que la solidaridad se dé, a más de que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubra una necesidad propia del beneficiario, se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.”, sin que pueda pasarse por alto que en los términos de lo expuesto en los decretos 2159 de 1992 y 1461 de 2000 y en las leyes 785

de 2002 y 793 de 2022, entre otras, se colige que la DNE tenía a su cargo la administración de los bienes incautados dentro de los procesos de extinción de dominio; a su turno la ley 793 de 2002, en su artículo 12, establecía que en los procesos de extinción de dominio la DNE sería el secuestre o depositario de los bienes embargados o intervenidos, los cuales quedaban a disposición de tal entidad a través del FRISCO, así efectuado el nombramiento de los depositarios, estos se encargarían de la administración de los mismos para mantener la productividad y valor de los bienes, cuya utilización sería supervisada por la DNE.

En consecuencia, se tiene que la actividad de administración adelantada tanto por los depositarios y/o destinatarios provisionales como lo eran los señores Diana Patricia Montoya La Rotta y Néstor Ulises Pinzón Ávila, así como, la desplegada por la Dirección Nacional de Estupefacientes operaba por ministerio de la ley, de suerte que bajo ninguna circunstancia podría considerarse que tal entidad directamente prestaba el servicio de administración y custodia de bienes o que podría contratar personas para que lo hicieran, razones por las cuales no se configuran los presupuestos de la solidaridad contemplada en el artículo 34 del C.S.T., en consecuencia se confirmará la decisión de primera instancia.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, conviene recordar que de conformidad con diversos pronunciamientos de nuestro tribunal de cierre, la prescripción en materia laboral encuentra justificación en razones de orden público,

que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y sean solucionadas, así de acuerdo con lo establecido en los artículos 151 del CPTSS, 488 y 489 del CS.T., las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible, de manera que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, bastando el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Ahora bien, como en este asunto se determinó que el empleador de los actores correspondía a la inmobiliaria Gales Ltda., se procedió a analizar las documentales allegadas sin encontrar que se hubiese presentado ante la misma, escrito de reclamación alguno sobre los derechos laborales pedidos en el libelo de demanda, aspecto que incluso convalida el mismo recurrente en la sustentación de su recurso cuando señaló que el éxito de tales pretensiones se derivaban de la existencia de solidaridad con la DNE (con ocasión de la reclamación que se presentó ante tal entidad), en esa medida como las relaciones laborales finalizaron el 7 de septiembre de 2008 y el 22 de agosto de 2008 y toda vez que la presentación de la demanda, se llevó a cabo el 22 de agosto de 2014, se tiene que los derechos laborales reclamados distintos a los aportes al SGSS en pensiones cuyo calculo actuarial se ordenó en la sentencia de primera instancia, se encontraban prescritos, tal y como se señaló por el a quo.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de noviembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA EUGENIA VARGAS ANGEL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 036 2019 00867 02

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de mayo de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A y los posteriores traslados a Porvenir y Skandia S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP trasladar a la

Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos, sin descontar gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 13 de julio de 1959; que se afilió el 7 de septiembre de 1994 al Instituto de los Seguros Sociales; que se traslado el 1 de septiembre de 1998 a Colmena hoy Protección S.A; que el 1 de octubre de 1999 se traslado a Porvenir S.A; posteriormente se traslado a Skandia el 22 de noviembre de 2007; sin que ninguno de dichos fondos privados le hubiera suministrado información veraz, completa, necesaria y transparente de los riesgos y consecuencia de pertenecer al RAIS.

Como fundamento normativo, los artículos 1,2, 23, 29, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994, la Ley 797 de 2003, la Ley 795 de 2003, el Decreto 656 de 1994, el artículo 10 del Decreto Reglamentario 720 de 1994, la Ley 700 de 2011, el Decreto 2071 de 2015, el Decreto 1833 de 2016 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante cuando se trasladó al RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos no son iguales, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los traslados efectuados por la demandante en al RAIS se realizaron de manera libre, consiente y voluntaria, prueba de ello son los formularios de afiliación que

se encuentran firmados conforme los parámetros establecidos en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, 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 de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se encuentra frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y la genérica.

En auto del 4 de junio de 2021, se tuvo por no contesta la demanda por parte de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por BLANCA EUGENIA VARGAS ÁNGEL del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de noviembre de 1998, a través de la AFP Colmena, hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS, normalizar la afiliación del actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de esta con dichas AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con la AFP COLMENA, como en el que directamente estuvo vinculada con la AFP PROTECCIÓN

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLPENSIONES, SKANDIA S.A, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que la demandante se encontraba inmersa dentro de una prohibición legal para retornar al RPM, pues de conformidad con las pruebas aportadas en el proceso la parte actora solicitó su retorno al RPM cuando le faltaba menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad; precisó que debe tenerse en cuenta el principio

de sostenibilidad financiera; por otro lado solicitó se revoque la condena en costas impuestas teniendo en cuenta que Colpensiones es un tercero el cual se le causa un daño injustificado por un contrato suscrito entre partes ajenas a la entidad.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia de manera parcial frente a la condena de trasladar gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada, al considerar que de conformidad con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, lo único que debe trasladarse es lo concerniente a la cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta que por parte de Colpensiones también se generan dichos descuentos; por otro lado, indicó que no resulta procedente la indexación de los mismos en virtud de que la AFP siempre genero rendimientos en el lapso en el que se encontró afiliada con la entidad.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y solicitó revocar la misma en su integridad, al considerar que en no es posible declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que no hubo un asesor comercial dentro de la vinculación inicial que efectuó la demandante con Colmena hoy Protección S.A., esto de conformidad con decisión del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso 2020-00265, en ponencia del doctor Hugo Ríos; situación que se aparte de las realidades fácticas motivo por el cual no se puede avizorar responsabilidad o que se esté en contravía de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, ya que fue un tercero ajeno a los fondos privados que no fue llamado a juicio; por otro lado, refirió que en caso de que se confirme la sentencia de instancia solicitó no condenar a la AFP a retornar los gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada, toda vez que dichos emolumentos fueron causado a favor de la demandante de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fueron autorizados por mandato legal.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 1 de septiembre de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible de que el traslado se hubiese efectuado por sus empleadores, pues no elimina la obligación que tenía el fondo de garantizar el consentimiento informado por el contrario

ratifica el incumplimiento al mismo, resultado procedente declara la ineficacia.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PEDRO PABLO
SARMIENTO GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 037 2019 00562 01

Bogotá D. C., Treinta y uno de enero (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de abril 2021, en donde se determinó que la fecha de disfrute del reconocimiento pensional era a partir del 1° de octubre de 2015 y se ordenó al pago de la diferencia pensional causada.

Los recursos de apelación tienen por objeto de un lado que se revise la liquidación de la pensión efectuada por el juzgado y se acceda al pago de intereses moratorios y por otro que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a Colpensiones.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara a Colpensiones a pagar el disfrute de la pensión de vejez a partir del 1° de octubre de 2015 y reliquidar la misma teniendo en cuenta los aportes realizados en los últimos 10 años cotizados, al retroactivo generado, a los intereses moratorios, al pago de las sumas debidamente actualizadas, a las costas y agencias en derecho a la demandada y a lo que resultare ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que mediante Resolución No. GNR 6214 del 8 de enero de 2016, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90% del IBL, reconociéndose la pensión a partir del 01 de enero de 2016, en cuantía inicial de \$3.584.905; que nació el 6 de octubre de 1951, por lo que

cumplió con el requisito de edad el 6 de octubre de 2011 y realizó la última cotización el 30 de septiembre de 2015 y que Colpensiones no tuvo en cuenta al momento del reconocimiento de la pensión el cumplimiento del último requisito.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el reconocimiento pensional que realizó a partir del 1° de enero de 2016, se encuentra ajustado a derecho, toda vez que verificado el reporte de historia laboral del demandante se logró establecer que no existía novedad de retiro del sistema general de pensiones por lo que a bien tuvo Colpensiones, reconocer la prestación a corte de nómina e ingreso a la de pensionados y puntualizó que lo hizo conforme al promedio de los últimos 10 años de cotizaciones en la suma de \$3.983.228, sin que se acreditara lo contrario.

Propuso las excepciones que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de abril de 2021., el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la fecha de disfrute de la pensión de vejez reconocida al señor PEDRO PABLO SARMIENTO GÓMEZ, es a partir el 1 de octubre de 2015.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de PEDRO PABLO SARMIENTO GÓMEZ la suma de \$13.986.942, por concepto del retroactivo pensional causado entre el 01 de octubre de 2015 al 31 de diciembre de la misma anualidad; calculado sobre 13 mesadas pensionales.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a pagar el retroactivo causado por la diferencia en las mesadas pensionales, causadas desde el 1 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2021, la suma de \$11.103.583, calculado sobre 13 mesadas anuales, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad hasta la fecha del pago. Dejando claridad que el valor de la mesada pensional para esta anualidad asciende a la suma de \$4.472.298.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES as realizar el descuento que corresponda con destino al sistema de seguridad social en salud, el valor correspondiente del retroactivo pensional de las mesadas pensionales, así como de las diferencias en las mesadas pensionales.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES, en costas a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV

SÉPTIMO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, d conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que conforme a reiterados prunciamientos de nuestro órgano de cierre se tenia que el reconocimiento de las mesadas pensionales o el disfrute de la prestación se encontraba supeditado a la desafiliación o retiro del sistema, ello de conformidad con los postulados contemplados en el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, no obstante, el requisito de desafiliación no requería prueba solemne por lo que podía inferirse de diversos elementos probatorios tales como la suspensión del pago de aportes, la solicitud de reconocimiento de la prestación, de los cuales se pudiera definir la intención de desafiliación; en esa medida y dado que se evidenció que el último aporte realizado por el demandante fue a partir del mes

de septiembre de 2015, fecha para la cual de manera coetánea se solicitó también el reconocimiento de la pensión de vejez (23 de septiembre del año 2015), se acreditaron de los actos que evidenciaban la intención de desafiliarse del sistema desde el mes de septiembre del año 2015 y se presentó la novedad de retiro con la letra P, novedad que esta autorizada desde la resolución No. 1747 de 2008, cuando se registra retiro solo del sistema de pensiones, razones por las que resulta procedente modificar la fecha de disfrute de la pensión.

Consideró el juzgado que al modificar la fecha de disfrute de la pensión, se modificarían los IPC aplicados para el reconocimiento, por lo que habría lugar a realizar nueva liquidación del IBL, considerando la nueva fecha de disfrute de la pensión, procediendo a efectuar las operaciones aritméticas y encontrando una diferencia pensional a pagar a cargo de Colpensiones. Negó los intereses moratorios, puesto que la entidad sustentó su decisión en la aplicación de las disposiciones contempladas en la norma de la seguridad social (no existió novedad de retiro), razón que constituía un factor objetivo para la absolución.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, manifestó que no estaba de acuerdo con la decisión en lo que tenía que ver con la negativa a reconocer los intereses moratorios siendo que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, señaló que estos procedían por la mora en el pago de mesadas pensionales, tales como las que se condenaron en el presente asunto, además que desde el año 2011 la C.S.J., S.C.L, ya había acogido la tesis que establecía que no era necesario la novedad de retiro para reconocer la prestación desde la última cotización, adicionalmente solicitó que se modificara la sentencia respecto a la liquidación efectuada por el aquo a efectos que se ordenara el reconocimiento de la prestación en suma no inferior a \$4.198.248, solicitando que se practicara nueva liquidación.

El **apoderado de Colpensiones**, manifestó que debían revocarse las condenas impuestas en cuanto a la modificación de la fecha de disfrute de la prestación efectuada y el retroactivo reconocido en los numerales 2 y 3 de la sentencia, puesto que el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, era claro en señalar que era necesaria la desafiliación al sistema para que pudiera predicarse el cumplimiento total de los requisitos mínimos establecidos, además que el precedente jurisprudencial hacía una diferencia en cuanto a cuando se adquiría el status pensional y en qué momento se entendía efectivo el mismo, lo que suponía que el disfrute de la pensión era un hecho que estaba condicionado al retiro definitivo del servicio, además que revisada la historia laboral se evidenciaba que el último empleador reflejó la novedad distinguida con la letra p, novedad que si bien había sido

admitida por el legislador no implicaba la desafiliación al sistema.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta viable el reconocimiento de la pensión desde el 1° de octubre de 2015 y si resultaba procedente el retroactivo pensional y las diferencias pensionales en los valores determinados en primera instancia.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el Señor Pedro Pablo Sarmiento Gómez, nació el 6 de octubre de 1951; ii) que Colpensiones lo pensionó mediante Resolución GNR 6214 del 8 de enero de 2016, en cuantía de \$3.584.905 a partir del 1 de enero de 2016, con un IBL de \$3.983.228 aplicando una tasa de reemplazo del 90% para 1.286 semanas cotizadas de conformidad con el acuerdo 049 de 1990; iii) que realizó la última cotización al sistema para el ciclo de septiembre de 2015; iv) que arribó a los 60 años el 6 de octubre de 2011 y v) que reclamó la pensión el 23 de septiembre de 2015, aludiéndose en el acto administrativo de reconocimiento que de acuerdo a las directrices institucionales establecidas en la circular 01 de 2012, la regla de efectividad de la pensión sería al día siguiente a la fecha de retiro del sistema general de pensiones previo cumplimiento de la edad o a la fecha de inclusión en nómina cuando no hay retiro del sistema de pensiones, precisándose que revisada la historia laboral su

ultimo empleador Grupo Race – Dayca Colombia SAS tenía cotizaciones hasta septiembre de 2015, reflejando la novedad distinguida con la letra P, que suspende el pago de cotizaciones en pensiones no en salud, por lo que dicha novedad no implicaba el pago de la retroactividad pensional dado que sigue vinculado a la empresa y percibiendo salario.

Para resolver, debe tenerse presente que la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de vejez es el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, siendo pertinente precisar que si bien esta normatividad no fue en virtud de la cual le fue realizado el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, la misma sigue vigente en tanto no se entiende derogada por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como quiera que el artículo 31 de la mencionada ley dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte, así se tiene que la norma en comento señala:

“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.
La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”

Igualmente, conviene recordar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL281-2020, en donde sobre el requisito de desafiliación se indicó:

(...)

De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:

En ese orden, es evidente y surge nítidamente del precepto en comento (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que, para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del reajuste de una pensión ya reconocida, pero sí cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continúa cotizando– la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Con base en lo anterior, no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos la desafiliación del sistema, pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación.

En consecuencia, la cesación de pagos no supone per sé la desafiliación del sistema, pues son dos instituciones jurídicas diferentes, tal y como se expresó en la sentencia CSJ SL5515-2016, que reiteró lo dicho en la SL 6035-2015:

[...] no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

(...)

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como es el caso en que el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión, que ha sido solicitada en tiempo; por lo que se ha indicado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL 34514, 1 sep. 2009; SL 39391, 22 feb. 2011; SL 38558, 6 jul. 2011; SL 37798, 15 may. 2012).

En el caso en que el afiliado no continúe cotizando y su empleador no presente la novedad de retiro, solo en razón de esa conducta omisiva, no se puede negar la prestación, ella debe concederse desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos. Así lo ha señalado esta sala en sentencias como la CSJ SL 35605, 20 oct. 2009, SL4611-2015, SL5603-2016 y SL1744-2019, en la que se señaló:

(...)

En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.

(...)”

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada se tiene que la regla general para empezar a recibir la pensión es la desafiliación formal del sistema, no obstante, ello no es una condición necesaria para el disfrute de la pensión, puesto que esa voluntad puede expresarse de diversas maneras y no solo con la prueba formal de la novedad del retiro, sobre el particular, en sentencia SL5603-2016, se alude que la intención de una persona de querer desafiliarse puede “(...) *ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.*”

En este asunto es importante mencionar que se observa que la última cotización efectuada por el empleador se realizó por el periodo de septiembre de 2015, advirtiéndose además que en la historia laboral se registró en tal periodo por el empleador la novedad identificada con la letra P, la cual de acuerdo con lo indicado en el artículo 2.2.2.7 de la Resolución No. 2388 de 2016¹, se usa en los siguientes eventos:

“2.2.2.7 Campo 23 - Retiro - RET

Este campo puede tener los siguientes valores:

¹ “Por la cual se unifican las reglas para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales”.

(...)

P Cuando se usa este valor, se indica que el pagador de pensiones retira al pensionado del Sistema General de Pensiones y solo en el archivo de salida para el Sistema General de Pensiones se marca esta novedad de retiro con una X. En los archivos de salida del resto de sistemas se deja en blanco esta novedad. Cuando no hay novedad de retiro este campo se deja en blanco. Este valor solo aplica para los tipos de pensiones 4, 7, 11 y 14.

(...)”.

Igualmente, se tiene que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se puntualizó que el señor Sarmiento Gómez, el 23 de septiembre de 2015, se presentó a reclamar la pensión de vejez, es decir, que se desplegaron varios actos inequívocos tendientes a demostrar la voluntad de desafiliación del sistema pues incluso el empleador reportó la novedad para retirar al actor solo del sistema general de pensiones y no efectuaron cotizaciones más allá del mes de septiembre de 2015, en consecuencia, se confirmara la decisión en cuanto se determinó que el reconocimiento pensional debía efectuarse a partir del 1° de octubre de 2015.

En esa medida y dado que también se efectuaron reparos respecto de la liquidación efectuada por el juzgado quien señaló que al modificarse la fecha de disfrute variaban los IPC para realizar la operación de que trata el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y toda vez que la parte actora no quedó conforme con la liquidación realizada, se procederá a efectuar la misma, sin embargo, previo a ello, se analizará la excepción de prescripción propuesta, debiéndose mencionar que en este caso Colpensiones reconoció la pensión al actor mediante Resolución GNR 6214 del 8 de enero de 2016, posteriormente, se presentó reclamación administrativa el 20 de diciembre de 2018 y se presentó demanda el 1° de agosto de 2019, por lo

que no habían transcurrido los 3 años de que tratan los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., en consecuencia, las mesadas pensionales no se vieron afectadas por tal fenómeno.

Acto seguido y con apoyo del grupo de liquidadores, se procedió a efectuar la liquidación respectiva, teniendo en cuenta para ello, como fecha de reconocimiento de la primera mesada pensional el 1° de octubre de 2015, aplicar una tasa de reemplazo equivalente al 90% del IBL y efectuar el reconocimiento en 13 mesadas anuales, dado que estos dos últimos aspectos no fueron objeto de inconformidad por las partes, encontrando lo siguiente:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1972	75	0,140	82,47	589,071	\$ 2.430,00	\$ 1.431.444	\$ 3.578.609
1973	108	0,160	82,47	515,438	\$ 450,00	\$ 231.947	\$ 835.009
1974	365	0,190	82,47	434,053	\$ 2.279,67	\$ 989.497	\$ 12.038.884
1975	181	0,250	82,47	329,880	\$ 2.430,00	\$ 801.608	\$ 4.836.371
1976	61	0,290	82,47	284,379	\$ 7.470,00	\$ 2.124.313	\$ 4.319.437
1977	365	0,360	82,47	229,083	\$ 8.819,18	\$ 2.020.327	\$ 24.580.642
1978	365	0,470	82,47	175,468	\$ 11.648,71	\$ 2.043.977	\$ 24.868.390
1979	360	0,560	82,47	147,268	\$ 23.858,00	\$ 3.513.517	\$ 42.162.198
1980	366	0,720	82,47	114,542	\$ 31.738,69	\$ 3.635.402	\$ 44.351.908
1981	365	0,900	82,47	91,633	\$ 40.545,75	\$ 3.715.343	\$ 45.203.334
1982	365	1,140	82,47	72,342	\$ 38.043,67	\$ 2.752.159	\$ 33.484.604
1983	365	1,410	82,47	58,489	\$ 99.850,03	\$ 5.840.164	\$ 71.055.333
1984	366	1,650	82,47	49,982	\$ 35.270,00	\$ 1.762.859	\$ 21.506.876
1985	365	1,950	82,47	42,292	\$ 14.610,00	\$ 617.891	\$ 7.517.669
1986	365	2,380	82,47	34,651	\$ 14.610,00	\$ 506.255	\$ 6.159.435
1987	352	2,880	82,47	28,635	\$ 21.420,00	\$ 613.371	\$ 7.196.882
1988	163	3,580	82,47	23,036	\$ 165.180,00	\$ 3.805.138	\$ 20.674.584
1989	123	4,580	82,47	18,007	\$ 165.180,00	\$ 2.974.322	\$ 12.194.720
1992	225	9,700	82,47	8,502	\$ 346.170,00	\$ 2.943.159	\$ 22.073.691
1993	100	12,140	82,47	6,793	\$ 1.125.925,20	\$ 7.648.686	\$ 25.495.621
1994	204	14,890	82,47	5,539	\$ 98.700,00	\$ 546.661	\$ 3.717.298
1996	165	21,800	82,47	3,783	\$ 1.336.363,64	\$ 5.055.500	\$ 27.805.252
1997	340	26,520	82,47	3,110	\$ 1.729.705,88	\$ 5.378.916	\$ 60.961.044
1998	260	31,210	82,47	2,642	\$ 1.770.932,38	\$ 4.679.551	\$ 40.556.111
1999	120	36,420	82,47	2,264	\$ 1.559.115,00	\$ 3.530.484	\$ 14.121.935
2000	328	39,790	82,47	2,073	\$ 2.694.207,32	\$ 5.584.098	\$ 61.052.810
2002	67	46,580	82,47	1,771	\$ 800.497,40	\$ 1.417.283	\$ 3.165.264
2004	56	53,070	82,47	1,554	\$ 25.000.000,00	\$ 38.849.633	\$ 72.519.314
2005	315	55,990	82,47	1,473	\$ 2.780.952,38	\$ 4.096.180	\$ 43.009.895
2006	360	58,700	82,47	1,405	\$ 3.000.000,00	\$ 4.214.821	\$ 50.577.853
2007	350	61,330	82,47	1,345	\$ 3.401.057,14	\$ 4.573.377	\$ 53.356.060
2008	115	64,820	82,47	1,272	\$ 5.000.000,00	\$ 6.361.463	\$ 24.385.606
2012	83	76,190	82,47	1,082	\$ 2.339.445,78	\$ 2.532.276	\$ 7.005.963
2013	360	78,050	82,47	1,057	\$ 2.708.000,00	\$ 2.861.355	\$ 34.336.260
2014	330	79,560	82,47	1,037	\$ 2.908.636,36	\$ 3.015.023	\$ 33.165.255
2015	270	82,470	82,47	1,000	\$ 3.119.222,22	\$ 3.119.222	\$ 28.073.000
Total días	9123	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 991.943.116,96
Total semanas	1303,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 3.261.897,79
Total Años	25,13	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 2.935.708,01
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015					\$ 644.350,00

		Cálculo Ultimos Diez Años de Vida Laboral					
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio	Salario actualizado	Salario anual
1994	81	14,890	82,47	5,539	\$ 98.700,00	\$ 546.661	\$ 1.475.986
1996	165	21,800	82,47	3,783	\$ 1.336.363,64	\$ 5.055.500	\$ 27.805.252
1997	340	26,520	82,47	3,110	\$ 1.729.705,88	\$ 5.378.916	\$ 60.961.044
1998	260	31,210	82,47	2,642	\$ 1.770.932,38	\$ 4.679.551	\$ 40.556.111
1999	120	36,420	82,47	2,264	\$ 1.559.115,00	\$ 3.530.484	\$ 14.121.935
2000	328	39,790	82,47	2,073	\$ 2.694.207,32	\$ 5.584.098	\$ 61.052.810
2002	67	46,580	82,47	1,771	\$ 800.497,40	\$ 1.417.283	\$ 3.165.264
2004	56	53,070	82,47	1,554	\$ 25.000.000,00	\$ 38.849.633	\$ 72.519.314
2005	315	55,990	82,47	1,473	\$ 2.780.952,38	\$ 4.096.180	\$ 43.009.895
2006	360	58,700	82,47	1,405	\$ 3.000.000,00	\$ 4.214.821	\$ 50.577.853
2007	350	61,330	82,47	1,345	\$ 3.401.057,14	\$ 4.573.377	\$ 53.356.060
2008	115	64,820	82,47	1,272	\$ 5.000.000,00	\$ 6.361.463	\$ 24.385.606
2012	83	76,190	82,47	1,082	\$ 2.339.445,78	\$ 2.532.276	\$ 7.005.963
2013	360	78,050	82,47	1,057	\$ 2.708.000,00	\$ 2.861.355	\$ 34.336.260
2014	330	79,560	82,47	1,037	\$ 2.908.636,36	\$ 3.015.023	\$ 33.165.255
2015	270	82,470	82,47	1,000	\$ 3.119.222,22	\$ 3.119.222	\$ 28.073.000
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 555.567.607,95
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 4.629.730,07
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					90%
		Primera mesada					\$ 4.166.757,06
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015					\$ 644.350,00

Como se observa al efectuar la liquidación la primera mesada pensional arroja un valor superior del determinado en primera instancia y al determinado por Colpensiones, por lo que se habrá de determinarse que la primera mesada pensional del actor ascendía a **\$4.166.757,06**.

Así mismo, se procedió a analizar el valor del retroactivo generado por las diferencias pensionales entre el 1 de octubre de 2015 y el 31 de marzo de 2021, fecha considerada en la sentencia, encontrando lo siguiente:

Tabla Retroactivo Diferencia Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Mesada Colpensiones	Diferencia	N°. Mesadas	Subtotal
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 4.166.757,06		\$ 4.166.757,06	4,00	\$ 16.667.028,2
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 4.448.847,00	\$ 3.584.905,00	\$ 863.942,00	13,00	\$ 11.231.246,0
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 4.704.656,00	\$ 3.791.037,04	\$ 913.618,96	13,00	\$ 11.877.046,5
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 4.897.076,00	\$ 3.946.090,45	\$ 950.985,55	13,00	\$ 12.362.812,1
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 5.052.803,00	\$ 4.071.576,13	\$ 981.226,87	13,00	\$ 12.755.949,3
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 5.244.810,00	\$ 4.226.296,02	\$ 1.018.513,98	13,00	\$ 13.240.681,7
01/01/21	31/03/21	1,61%	\$ 5.329.251,00	\$ 4.294.339,39	\$ 1.034.911,61	3,00	\$ 3.104.734,8
Total retroactivo							\$ 103.961.443,24

Como se observa al realizar las operaciones aritméticas, se encontró que por concepto de diferencia pensional se generan unas cifras superiores a las establecidas por el a quo, razón por la cual así habrá de modificarse los numerales 2° y 3° de la decisión, en el entendido que el retroactivo pensional causado entre el 01 de octubre de 2015 al 31 de diciembre de 2015 asciende a **\$16.667.028,2** mientras que las diferencias en las mesadas pensionales causadas desde el 1 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2021, ascienden a la suma de **\$87.294.415,00.**, en donde para esta última anualidad la mesada pensional asciende a **\$5.329.251.**

En cuanto a los intereses moratorios, conviene recordar que los mismos deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen circunstancias especiales que exoneran de su imposición, que se han ido delimitando en sentencias como la SL4332-2022, en donde se precisó que estos no procedían, en los siguientes eventos:

“(…)

i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la

ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y, vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa.”

Hipótesis dentro de las que se enmarca la situación aquí acaecida, razón por la cual no resulta procedente la causación de intereses moratorios y en su lugar como se determinó por el a quo se ordenara la indexación de las sumas adeudadas la cual se efectuara de acuerdo con la formula fijada por la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte Suprema de Justicia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de abril de 2021, en el entendido que la suma que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones debe reconocer al señor Pedro Pablo Sarmiento Gómez por concepto de retroactivo pensional causado entre el 01 de octubre de 2015 al 31 de diciembre de la misma anualidad, asciende a \$16.667.028,2, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito

de Bogotá D.C., de fecha 6 de abril de 2021, en el entendido que la suma que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones debe reconocer al señor Pedro Pablo Sarmiento Gómez por concepto de diferencia en las mesadas pensionales, causadas desde el 1 de enero de 2016 al 31 de marzo de 2021, la suma de \$87.294.415,00 y dejando claridad en que el valor de la mesada para tal anualidad ascendía a \$5.329.251, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

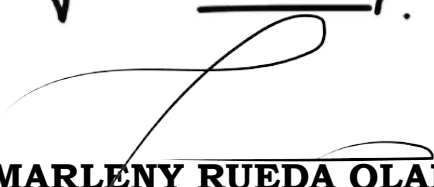
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELIZABETH MELO CAICEDO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 043 2023 00074 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de julio de 2023.

En esta instancia los apoderados de Colpensiones y la parte demandante., presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, junto con los

rendimientos causados, sin lugar a descuento alguno o deterioro sufrido por el bien administrado, incluyendo las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 21 de agosto de 1963; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales; que el 11 de octubre de 2001 se trasladó a Santander S.A., hoy Protección S.A; sin que los asesores de dicho fondo privado le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 31314 de 2008, 31989 de 2008, 66852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir formulario de afiliación con la AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de julio de 2023, el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ELIZABETH MELO CAICEDO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a Trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante ELIZABETH MELO CAICEDO, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración así como los valores de las primas de los seguros previsionales y el porcentaje de la cotización destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos los cuales deberá cancelar debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora ELIZABETH MELO CAICEDO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PROTECCIÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN.

QUINTO: COSTAS a cargo de la AFP PROTECCION S.A. y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. No condenar en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Labora, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado el deber de los fondos de pensiones suministrar a sus interesados información completa y comprensible a la medida de la simetría que se ha de salvar en un administrados experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad y una información que se debe proporcionar con la prudencia de que ya tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, así como también el buen consejo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión tomada en primera instancia, al considerar que existe una correspondencia entre voluntad y acción, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado de modo tal que no quede duda del deseo de trabajador de pertenecer a un régimen de pensiones determinado; señaló que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y tal declaratoria atenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que 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 [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Santander hoy Protección S.A., el 11 de octubre 2001.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de julio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JUAN CARLOS DÍAZ PINTO
contra EMPRESAS ESPECIALES EN SERVICIOS INTEGRALES S.A.S. y HENKEL
COLOMBIANA S.A.S. Radicación No. 11001-31-05-015-**2019-00425**-01.

Bogotá D. C. doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 27 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía 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 las demandadas antes referidas con el objeto que se declare de forma principal que fue contratado “*por la empresa de servicios temporales ESPECIALISTAS EN SERVICIOS INTEGRALES SAS – ESI, para servir como trabajador en HENKEL COLOMBIANA SAS*”; que entre el demandante y Henkel Colombiana SAS existió una relación laboral; que las demandadas son solidariamente responsables de las condenas que aquí se impongan; que sufrió un accidente de trabajo el 20 de octubre de 2018 durante la vigencia de la relación laboral; que el accidente de trabajo ocurrió por culpa de las demandadas; que el despido fue ilegal en atención a su situación de discapacidad y debilidad manifiesta; como consecuencia de lo anterior, que se condene a las demandadas al pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios; los perjuicios morales y materiales; al reintegro a un cargo igual o similar al que desempeñaba antes del despido; salarios,

prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social desde el 3 de noviembre de 2018 y hasta que se efectúe el reintegro; a la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; la indexación; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. Subsidiariamente solicita que se declare la solidaridad de las demandadas frente a las acreencias laborales que se deriven de la relación laboral, que la demandada ESI dio por terminado el contrato de trabajo sin justa causa el “10 de octubre de 2018” (sic); y que las demandadas deben pagar la indemnización por despido contemplada en el artículo 64 del CST (PDF 05).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que se vinculó con ESI a través de un contrato de trabajo “*a término fijo determinado por la duración de la obra*” entre el 5 de octubre de 2018 y el 3 de noviembre del mismo año; que ocupó el cargo de operario; que se desempeñó como trabajador en misión para la empresa usuaria Henkel; que el 20 de octubre de 2018 durante la ejecución de sus labores en las instalaciones de la empresa usuaria sufrió un accidente de trabajo; que el accidente ocurrió mientras se agachaba para intentar levantar una estiba desde el suelo sin utilizar faja lumbar; que dicha maniobra implicó realizar un sobreesfuerzo que provocó su caída al sentir un fuerte tirón en la parte dorso lumbar; que para el momento de la ocurrencia del accidente no portaba los elementos de protección personal EPP por cuanto sus empleadores no se los proporcionaron; que el accidente de trabajo provocó un cuadro clínico de dorsalgia; que como secuela de las lesiones provocadas sufre un constante y persistente dolor en la zona afectada; que perdió la posibilidad de realizar movimientos acostumbrados, repetitivos y rotacionales; que el accidente de trabajo fue reportado por el empleador a la ARL solo hasta el 9 de noviembre de 2018; que se encuentra acudiendo a terapias físicas prescritas por la ARL desde la fecha del accidente de trabajo; que la situación de salud era de pleno conocimiento del empleador; por último, indica que el 3 de noviembre de 2018 el empleador da por terminada la relación laboral aduciendo que no había superado el periodo de prueba.
3. La demanda se presentó el 21 de junio de 2019 (pág. 53 PDF 04); con auto del 20 de septiembre siguiente el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la inadmitió concediendo un término de cinco (5) días para subsanar las deficiencias señaladas. Cumplido lo anterior, con auto del 15 de enero de 2020 admitió y ordenó notificar a las demandadas (PDF 08). La

diligencia de notificación se cumplió el 8 de marzo de 2018 para ESI (PDF 10); y el 5 de febrero de 2021 para la demandada Henkel (PDF 13).

4. La demandada ESI contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos reconoció como cierto que celebró un contrato de trabajo con el demandante para ocupar el cargo de operario entre el 5 de octubre y el 3 de noviembre de 2018; fecha esta última en la cual informó la terminación del contrato por no haber superado el periodo de prueba; con relación a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las siguientes: *i)* el demandante no puede ser beneficiario de su propia negligencia, *ii)* ausencia de culpa del empleador e improcedencia de la indemnización total y ordinaria de perjuicios, *iii)* culpa exclusiva del demandante, *iv)* falta de estimación de perjuicios - ausencia de juramento estimatorio, *v)* ausencia de relación laboral entre el demandante y Henkel Colombiana SAS, *vi)* no se satisfizo la carga de probar el despido que se alega *vi)* ausencia de fuero de estabilidad laboral reforzada - ausencia de debilidad manifiesta, *vii)* buena fe y, *viii)* la innominada (PDF 11).
5. La demandada Henkel contestó la demanda con oposición a las pretensiones; en cuanto a los hechos reconoció como cierto que el día 20 de octubre de 2018 el demandante sufrió un accidente de trabajo durante la ejecución de sus labores dentro de sus instalaciones. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las siguientes: *i)* cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, *ii)* inexistencia de solidaridad entre las demandadas - los límites de temporalidad no se superaron, *iii)* buena fe y, *iv)* prescripción.
6. Con auto del 23 de julio de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de ambas demandadas y se convocó a las partes a las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS para el 13 de septiembre de 2021; en esa fecha se agotaron todas las etapas contempladas en el artículo 77 ibidem y se instaló la audiencia del artículo 80 ibidem en la cual se practicó el interrogatorio de parte del demandante y el testimonio de Jhon Pardo, se suspendió la diligencia para el 27 de octubre de 2021, fecha en la cual se practicó el interrogatorio de parte a los representantes legales de las demandadas, el testimonio de William Javier Quintero Becerra, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia (Archivo 25).

7. El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 27 de octubre de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y ESI entre el 5 de octubre de 2018 y el 3 de noviembre de 2018; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó al actor en costas fijando las agencias en derecho en 1 SMLMV para cada una de las demandadas (PDF 26).

8. La anterior decisión fue apelada por el apoderado del demandante; en su recurso solicita que el superior *“se sirva revocar y condenar a las aquí demandadas al pago de las indemnizaciones solicitadas en las súplicas de la demanda, esto es a que se declare que en efecto en el accidente sufrido por el señor Juan Carlos también hay responsabilidad de las aquí perseguidas y en caso dado de que no sea... podemos por parte del Tribunal... establecida, pues la estabilidad laboral reforzada, así que al señor Juan Carlos se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que no hay sustento, no hay justificación que permita la remoción del vínculo laboral del señor Juan Carlos; asimismo, téngase en cuenta en que el señor Juan Carlos al indicar sus generales de ley, indicó a esta audiencia, quedó registrado en los audios que no se encuentra ejerciendo actividad laboral ninguna (sic) desde bastante tiempo, entonces se le releve de tener que pagar condena en costas en razón de 1 salario mínimo a cada una de las demandas, esto es, digamos, me parece bastante desproporcionado una eventual condena en costas a mí defendido teniendo en cuenta que ni siquiera percibe en la actualidad ingreso alguno, mucho más puede pagar condena en costas a cada una de las demandadas, máxime cuando una de las convocadas a juicio fue vinculada al grupo no porque en la demanda inicial así se solicitó sino fue a instancia de orden judicial impartida por el mismo despacho, en este orden de cosas, su señoría, remítase el expediente judicial al honorable Tribunal para que estudie el recurso de apelación... porque lejos a las consideraciones a las que arribó en esta ocasión el despacho, si se prueba que hubo negligencia por parte de la empleadora ESI en suministrar elementos de protección personal a mi defendido, que en la retroalimentación misma ... y en reportar el accidente Laboral que este había sufrido; en comunicación remitida a Juan Carlos Díaz Pinto el día 27 de noviembre se le informaba por parte de la representante legal de ESI que sí se había reportado el accidente de trabajo, sin embargo, en el registro del furat se constata que dicho reporte del accidente de trabajo fue en época bastante posterior a la ocurrencia del insuceso. La misma... se aportó al expediente sobrada documentación donde reposa el historial clínico de Juan Carlos Díaz Pinto, donde se evidencia que cursó con cuadros de dorsalgia donde fue ordenado terapia para recuperar su estado de salud a consecuencia de las secuelas del accidente de Trabajo que sufrió bajo las órdenes de ESI y solidariamente de Henkel. Teniendo ese montón de cosas, todo ese recuento probatorio, todo ese acervo probatorio que traído a este proceso, da cuenta de la ocurrencia de un daño, dan cuenta también de la ocurrencia de un daño también a la vida de relación de Juan Carlos Pinto por cuanto a causa del perjuicio sufrido no pudo continuar con la ejecución de movimientos acostumbrados, de la decisión por cuanto ya su columna cervical no le permite la realización de movimientos indispensables para la vida diaria. Y el detalle de lo que tenía que probar, son esas verdaderas pruebas de la ocurrencia del daño, en ese orden de cosas, estando demostrado, solicito que se estudie de nuevo por parte del Tribunal Superior en Sala Laboral y se sirva revocar el fallo absolutorio” (sic).*

9. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con auto del 21 de febrero de 2022 se admitieron los recursos de apelación; luego, con auto del 9 de marzo de 2022, ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (PDF 04); concurrieron ambas partes; y con auto del 25 de agosto de 2022 se ordenó el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022.

El apoderado del **demandante** indica que dentro del proceso se *“pretende el reconocimiento y pago las mesadas pensionales insolutas”* así como dejar sin efecto el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo dada la ilegalidad de tal determinación por encontrarse respaldada en una motivación discriminatoria, y reestablecer el contrato al estado anterior del despido. Indica que resulta sospechoso el hecho de que solo con posterioridad a la ocurrencia del accidente de trabajo, el empleador haya tomado la decisión de despedir al trabajador, por lo que debió observar lo establecido en la Ley 361 de 1997 y solicitar la correspondiente autorización para el despido ante el Ministerio del Trabajo. Por lo anterior solicita que sean reconocidas las pretensiones incoadas en la demanda.

El apoderado de la **demandada ESI** solicita que se *“ratifique la sentencia proferida por el a quo”*; manifiesta que el contrato de trabajo finalizó dentro del periodo de prueba pactado; que al momento en que finalizó el vínculo laboral el actor se encontraba trabajando con normalidad y no se tenía conocimiento de restricciones o recomendaciones médicas, así como tampoco de incapacidades o tratamiento alguno en el que se encontrara el trabajador. Citó varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia para indicar que no cualquier discapacidad está cobijada por la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 ya que esta protección se reserva para aquellos casos en que la gravedad de la discapacidad podría llegar a excluir a los trabajadores del ámbito laboral. Reiteró que tuvo conocimiento del accidente de trabajo 6 días después de haber dado por terminado el contrato del demandante, pues este incumplió con su deber de informarlo el día que ocurrió, aún así señala que fue calificado con un 0% de Pérdida de Capacidad Laboral lo que demuestra que no era un sujeto de especial protección.

El apoderado de la **demandada Henkel** indicó que no existió relación contractual alguna con el demandante; aseguró que a través de contratos comerciales de suministro, contrató los servicios de ESI para la prestación de diversos procesos de empaque y embalaje, donde dicha empresa debía prestar servicios especializados, profesionales e independientes en favor de Henkel, sin que esta última tuviera algún tipo de injerencia en las actividades ejercidas por el contratista independiente ni en la contratación del personal. Con relación al estado de salud del demandante recordó que la protección de la estabilidad laboral reforzada no opera ante la presencia de cualquier afectación mínima de salud, adicionalmente señala que el demandante nunca tuvo afectación alguna en sus funciones y por lo tanto no puede ser reconocido como un sujeto de especial protección. Por último se refirió a la solidaridad solicitada por el demandante e indicó que no había lugar a ella como quiera que Henkel no realiza normalmente las actividades para las cuales contrato a ESI. Por las razones antes expuestas solicitó que se confirmara la decisión tomada por el a quo.

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 el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante 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.

En esa medida, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente al punto expuesto por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, relacionado con el reintegro o restablecimiento del contrato de trabajo al estado anterior al despido, dado que esta pretensión no fue objeto del recurso de apelación una vez se notificó la sentencia de primera instancia, siendo esta la única oportunidad señalada en la ley laboral para que se realizaran las manifestaciones correspondientes a los puntos objeto de inconformidad. De suerte que, una vez escuchada la intervención del apoderado al interponer el recurso de apelación, se observa que la parte actora circunscribió su inconformidad únicamente a los siguientes aspectos, el primero, relacionado con el pago de *“las indemnizaciones solicitadas en las súplicas de la demanda”*, petición que aunque resulta genérica, seguidamente explicó que se encontraba acreditada la responsabilidad de las

demandadas en el accidente de trabajo sufrido por el trabajador, de donde se puede inferir que su inconformidad radica en la decisión del a quo en negar la indemnización plena y ordinaria de perjuicios que surge como consecuencia de la culpa patronal en los accidentes de trabajo; en segundo lugar, es dable entender que la otra indemnización a la que se refiere el apelante es la indemnización por despido, pues así lo indicó expresamente al mencionar que, a su juicio, no hay sustento ni justificación que permitieran la remoción del vínculo laboral del trabajador; la Sala también analizará lo concerniente a la estabilidad laboral reforzada que se solicita en la demanda, sin embargo, sobre este asunto debe señalarse que el recurso no es contundente sobre lo que se pretende frente a la misma, por tal motivo, al haberse solicitado al inicio del recurso la condena por “*indemnizaciones*” y luego referirse a la garantía de estabilidad laboral reforzada, la única interpretación aceptable es que el demandante pretende el pago de los 180 días contemplado en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Finalmente, el cuarto aspecto apelado tiene que ver con las costas impuestas en primera instancia. Es cierto que la ley dispone que la sustentación tiene que ser la estrictamente necesaria, sin que sean necesarios discursos extensos y detallados para que se entienda cumplida esta exigencia, pero es claro que cuando en la demanda se formulan varias pretensiones, unas independientes de las otras, y el juez absuelve de todas, la responsabilidad del recurrente es señalar cada una las pretensiones que pretende sean estudiadas por el superior, y en ese orden puede referirse a todas o solo a algunas de ellas, evento este último en el cual al ad quem solo está obligado a revisar los puntos explícitamente planteados y comprendidos dentro del recurso, sin que la mención posterior de los omitidos inicialmente habilite su estudio. Con ese entendimiento se delimitarán seguidamente los puntos materia de la apelación.

Con base en lo indicado, se tiene que los problemas jurídicos a resolver son: *i)* dilucidar si el trabajador sufrió un accidente de trabajo durante la ejecución de sus labores, el 20 de octubre de 2018; de ser así, *ii)* establecer si este obedeció a la culpa suficientemente comprobada del empleador y en ese orden si resulta procedente la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 216 del CST; *iii)* analizar si dentro de este proceso se demostró la condición de estabilidad laboral reforzada del demandante al momento de la terminación del vínculo laboral, en atención a su estado de salud y, si resulta procedente el pago de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; *iv)* decidir si procede la indemnización por despido sin justa causa y, *v)* determinar si en esta instancia

procede la modificación de las costas procesales, o específicamente las agencias en derecho que fijó la a quo a cargo del demandante.

En lo que interesa a la resolución del recurso, cabe aclarar de forma previa que al no haber sido objeto de apelación por ninguna de las partes debe entenderse que estas aceptaron las conclusiones adoptadas por el juez sobre la existencia del contrato de trabajo, el verdadero empleador del demandante y los extremos del vínculo laboral; esto es que se vinculó con la demandada ESI mediante un contrato de trabajo por obra o labor, por el periodo comprendido entre el 5 de octubre de 2018 y el 3 de noviembre del mismo año, fecha en la cual el empleador dio por terminado el contrato de trabajo invocando la facultad legal contemplada en el artículo 80 del CST, es decir, darlo por terminado dentro del periodo de prueba; de manera que sobre estos aspectos no se hará ninguna consideración en esta providencia. Este último aspecto, no impide el estudio de la indemnización por despido que el demandante reclama, pues lo cierto es que desde la demanda y la contestación por parte de ESI, ambas partes reconocieron que la terminación del contrato se dio el 3 de noviembre de 2018 y que el empleador la justificó en el periodo de prueba, por lo tanto, con lo que realmente se encuentra en desacuerdo el actor es que dicha facultad no era suficiente para despedirlo sin el pago de la indemnización solicitada.

Pasa la Sala a abordar el estudio propuesto en el primer problema jurídico, esto es, lo relacionado con la ocurrencia del accidente de trabajo. Según la demanda, el accidente ocurrió el 20 de octubre de 2018 y consistió en que durante la ejecución de sus labores el actor se agachó para intentar levantar una estiba desde el suelo, lo que implicó realizar un sobreesfuerzo que provocó su caída al sentir un fuerte tirón en la parte dorso lumbar. En el mismo libelo se indica que el cuadro clínico de dorsalgia, y el constante y persistente dolor en la zona lumbar son producto de ese siniestro.

Sobre el infortunio señalado por el actor, el a quo consideró que no hubo prueba concluyente que acreditara su ocurrencia. La Sala considera, por el contrario, que las pruebas aportadas al expediente permiten concluir su acaecimiento. En primer lugar, se encuentra el informe de accidente de trabajo del empleador en el cual la demandada ESI informó a la ARL Sura la ocurrencia de un accidente de trabajo del actor el día 20 de octubre de 2018 en el que indicó, entre otras cosas, que sucedió dentro de las instalaciones de

la empresa mientras realizaba su labor durante la jornada normal de trabajo y lo describió de la siguiente manera: *“El trabajador se encontraba en el área de color CE-2 haciendo el debido traslado de estibas al agacharse para levantar la estiba siente un dolor a lo cual no le permite hacer la manipulación de la misma por lo tanto solicita ayuda de un compañero”*; en este reporte, el empleador también indicó que el señor Fabián Enrique Torres, operario de la empresa, presencié el accidente de trabajo. Esta prueba, a juicio de la Sala, permite establecer que efectivamente este se produjo en la fecha allí indicada, al punto que el mismo fue reportado ante la ARL por el empleador.

Aunque el reporte del empleador a la ARL se realizó el 9 de noviembre de 2018, esto es 6 días después de la terminación del vínculo laboral, esta sola circunstancia no le resta valor probatorio a la información que allí se registró; y es que no se puede desconocer que es el empleador quien tiene la obligación de reportar a la administradora de riesgos laborales los accidentes de trabajo y enfermedades laborales conforme lo establece el artículo 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015 modificado por el artículo 4 del Decreto 1273 de 2018; por tanto, es dable entender que de forma previa debió tomar las precauciones necesarias para corroborar la información que registró en el formulario que presentó ante la ARL, tan es así que reportó que incluso otro de los trabajadores presencié el insuceso. Aunado a lo anterior, no se puede desconocer que al contestar la demanda, específicamente al pronunciarse frente al hecho 5, la demandada Henkel afirmó *“es cierto, efectivamente el señor Díaz en su calidad de trabajador en misión sufrió un accidente en las instalaciones de mi representada”*; lo anterior es relevante porque, como se demostró a lo largo del juicio, si bien el demandante fue contratado por ESI, los procesos en los que intervenía se ejecutaban directamente en las instalaciones de Henkel, o sea que hay razones para que esta empresa conociera la ocurrido. También se encuentra en el expediente la historia médica de ingreso a la Clínica del Occidente del 23 de octubre de 2018 en la que se indicó como motivo de consulta que el paciente Juan Carlos Díaz sintió un fuerte dolor al levantar una estiba; que cuenta con un cuadro clínico de aproximadamente 4 días de evolución por dolor lumbar con posterior limitación funcional para la marcha; allí también se registró en el examen físico de extremidades *“columna dorsal con dolor a la palpación en región interescapular izquierdo”*; atención médica que resulta ser en tiempo cercano al accidente y en la que además se hizo referencia al mismo, por lo tanto es una prueba convincente.

De suerte que, el argumento presentado por la demandada ESI, y ratificado por la representante legal en el interrogatorio de parte, según el cual solamente hasta el 9 de noviembre de 2018 tuvo conocimiento del infortunio del trabajador porque en dicha data se lo informó aquel, no resulta atendible para la Sala, pues su actuar, considerando que el contrato de trabajo ya había finalizado, permite entender que sí tuvo conocimiento del incidente cuando este ocurrió como quiera que atendiendo las reglas de la experiencia no es usual que una empresa falte a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importantes como la ocurrencia de un accidente de trabajo que, incluso, eventualmente podría comprometer su responsabilidad por culpa patronal. Por esta razón, la carga de probar en contra de lo acreditado con el reporte del accidente de trabajo corre por cuenta del empleador, requisito que no se cumple en el presente proceso, pues ninguno de los testigos o de las pruebas documentales aportadas al proceso desvirtúan lo allí registrado.

De acuerdo con lo anterior, hay lugar a modificar la sentencia del a quo en este punto, puesto que las pruebas en su conjunto acreditan que el demandante tuvo un accidente de trabajo el día 20 de octubre de 2018 en virtud del contrato de trabajo con ESI cuando se encontraba ejecutando sus funciones en las instalaciones de la demandada Henkel.

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a determinar si tal suceso resulta imputable a culpa del empleador. Reclama el demandante la indemnización plena de perjuicios establecida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, que requiere como uno de sus requisitos esenciales que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se deba a la *“culpa suficientemente comprobada del patrono”*. Debe entonces considerarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 4665 del de 2018, ha reiterado que para que proceda la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, el accionante no solo debe demostrar que hubo culpa del empleador en el infortunio, sino que al tratarse de una responsabilidad de carácter subjetiva de naturaleza contractual se debe acreditar también el daño o perjuicio causado y el nexo de causalidad entre este y la culpa. De forma excepcional, cuando el accionante invoca una actitud omisiva por parte del empleador como causante del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral por incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, la carga de la prueba se invierte, dando aplicación a lo dispuesto en

el artículo 1604 del Código Civil, según el cual la carga de la diligencia incumbe al que ha debido emplearla. En este evento, señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 977 de 2023, que es el empleador quien debe asumir la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a fin de resguardar la salud e integridad de sus colaboradores.

En el presente asunto, el demandante imputa al empleador una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo que sufrió en ejecución de sus labores, pues afirma que no recibió los elementos de protección y seguridad industrial correspondientes para la labor que fue contratado, específicamente una faja lumbar. Al revisar las pruebas del expediente, la Sala encuentra que la demandada ESI reconoció al contestar la demanda y así lo reafirmó su representante legal en el interrogatorio de parte que el demandante cumplía funciones de operario; de igual manera, tal y como se indicó en el informe del accidente de trabajo, el trabajador se encontraba realizando su labor en el área de color CE-2 cuando ocurrió el infortunio. Aunque no aportó algún documento en el que se relacionaran las funciones específicas que desarrollaba el trabajador, y tampoco se profundizó en dicho aspecto en los interrogatorios de parte o en los testimonios, al haberse señalado en el reporte del accidente de trabajo que el mismo ocurrió en el ejercicio de las funciones y que se presentó cuando realizaba el traslado de unas estibas, es dable afirmar que dichos traslados eran parte de sus funciones como se indicó en el mencionado reporte; así también lo indicó el testigo William Javier Quintero, director de la unidad de negocio de ESI quien si bien manifestó en principio que los trabajadores no deben levantar estibas ya que para esa labor se tenían gatos hidráulicos y montacargas, también refirió que *“si por alguna razón un trabajador debe manipular una estiba desocupada y llevarla a un punto, dependiendo la ubicación de estiba, la persona lo puede hacer sola o por procedimiento debe pedir ayuda de un compañero”*, lo que demuestra que sí se presentaban momentos en los que los operarios levantaban y trasladaban estibas solos.

Aunado a lo anterior, la demandada ESI aportó con la contestación de la demanda un formato denominado *“Inducción funcionarios área industrial”* que se encuentra suscrito por el trabajador; allí declaró conocer los riesgos a los que se encontraba expuesto y que, de conformidad con el cargo, la empresa identificó así: factor de riesgo físico, químico, locativo, mecánico, ergonómico-biomecánico, eléctrico, público y psicosocial. Para la prevención de estos

riesgos, el demandante reconoció en el interrogatorio de parte que la empresa le entregó elementos de seguridad como *“guantes, copia (sic), el traje blanco y botas, pero lo que no recibí fue faja para la espalda”*; reiterando así la falta de este elemento de protección para la espalda; no obstante, ya esta Sala se ha referido sobre este punto, en el sentido de indicar que no existen normas específicas en nuestra legislación que indiquen que el empleador debe entregar fajas lumbares o fajas de espalda para la prestación de los servicios de los trabajadores (Rad.25843310300120200008101), por tanto, la falta de entrega de este único elemento no es suficiente para arribar a la pretendida culpa patronal.

Para la Sala resulta evidente que la accionada ESI, para prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo asociados a la actividad desarrollada por el trabajador dentro del objeto empresarial, identificó los agentes de riesgo a los que se encontraba expuesto el trabajador como operario, le entregó los elementos de protección personal requeridos para su función como lo indicó el mismo demandante al absolver el interrogatorio de parte, le brindó capacitaciones sobre el puesto de trabajo pues así lo relató el testigo William Javier Quintero, quien explicó que en todas las operaciones de ESI se realiza un proceso de capacitación y entrenamiento que se encuentra compuesto por una inducción en salud y seguridad en el trabajo, la entrega de todos los elementos necesarios para el desarrollo de las funciones y un entrenamiento de campo en donde los trabajadores cuentan con un padrino que los entrena durante una semana previo al inicio de las funciones; en otra de sus respuestas también indicó que para las operaciones que se desarrollaban en Henkel específicamente, los trabajadores recibían capacitaciones sobre el manejo de cargas porque era parte de los riesgos latentes en la operación. En este punto, cabe resaltar que tampoco se acreditó el peso de las estibas como para establecer si se rebasaba el límite de carga o de pesos previsto en el artículo 392 de la resolución 2400 de 1979 en el cual se estableció que *“La carga máxima que un trabajador, de acuerdo a su aptitud física, sus conocimientos y experiencia podrá levantar será de 25 kilogramos de carga compacta”*; por lo que no existe prueba firme que señale que el actor necesitaba de la faja lumbar para la protección de los riesgos laborales en el desempeño de su labor. Aunado a ello, debe decirse que no quedaron acreditadas con claridad las condiciones en las que ocurrió el accidente, sus causas, las posibles omisiones legales del empleador y su incidencia en la ocurrencia del accidente; mucho menos quedó demostrado que la falta de un cinturón lumbar hubiese producido el incidente.

Por lo anterior, el Tribunal no encuentra acreditada la culpa del empleador, en la magnitud indicada por el trabajador en su demanda, y es que no puede olvidarse que la norma establece que para que proceda la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, la culpa del empleador debe estar suficientemente comprobada. Y la obligación del empleador de acreditar la debida diligencia no procede de manera indiscriminada sino en casos muy concretos en que aparezcan las circunstancias concretas en que ocurrió el siniestro. Estas consideraciones conllevan a confirmar la decisión del a quo, pues al no acreditarse uno de los elementos propios para la indemnización plena y ordinaria de perjuicios como lo es la culpa suficientemente comprobada del empleador, no hay lugar a condenar al demandado por esta pretensión.

Pasa la sala a analizar el tercer problema jurídico, esto es si dentro de este proceso se demostró la condición de estabilidad laboral reforzada del demandante al momento de la terminación del vínculo laboral, en atención a su estado de salud y, si resulta procedente el pago de la indemnización de 180 días contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Para tal efecto, cabe precisar que esta norma dispone que *“ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo”*. Desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, de este artículo se han desprendido tres fundamentos, que se pueden sintetizar de la siguiente manera: *i)* las garantías a la estabilidad laboral previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no están destinadas a trabajadores con cualquier tipo de enfermedad o limitación, sino a aquellos que sufren una limitación moderada, severa o profunda, *ii)* que el empleador debe conocer esa condición y terminar la relación laboral por razón de la limitación física, sin previa autorización del Ministerio del Trabajo y, finalmente *iii)* que esa limitación cree barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En armonía con el lineamiento trazado por la reciente sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL1152 de 10 de mayo de 2023, radicado 90116, la aplicación de tal protección supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el grado de discapacidad o limitación y su impacto en el entorno laboral, pues estas no nacen por el simple hecho de estar el trabajador incapacitado temporalmente o haber tenido o tener unos padecimientos, sino que es preciso que sufra de una lesión(es) o patología(s) que

disminuya(n) en forma palmaria y evidente su capacidad de trabajo y se erijan en barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones al resto de los trabajadores.

Es así que tal Corporación ha adoctrinado desde la sentencia SL1152 que es obligación del trabajador en esta clase de procesos demostrar que es una persona con discapacidad, esto es, debe probar la deficiencia a mediano o largo plazo, que esta le impedía el desarrollo de sus roles ocupacionales o representaba una desventaja en el medio en el que prestaba sus servicios respecto a los demás, y que la misma era conocida por su empleador o era notoria al momento del retiro. Y para esta tarea debe analizarse la deficiencia (factor humano), y cotejarla con el análisis del cargo del trabajador, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico (factor contextual); y la interacción entre los dos factores anteriores; solo así es posible determinar si la limitación del trabajador realmente crea barreras que le impiden cumplir con sus funciones en equilibrio con los demás empleados.

En el caso que ahora nos ocupa, el accionante pone de presente en el escrito de la demanda que, como consecuencia del accidente de trabajo, presentó un *“cuadro clínico de dorsalgia”* y como secuela *“sufre un constante y persistente dolor en la zona afectada”*. Como se mencionó anteriormente, en las pruebas se aportó la atención médica que recibió el 23 de octubre de 2018 en la Clínica del Occidente, sin embargo la misma se encuentra incompleta y en lo aportado no se señaló ningún diagnóstico; también se encuentra la historia clínica de atención en la Clínica de ortopedia y accidentes laborales, en la cual se indicó que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 20 de octubre de 2018 y con ocasión de dicha consulta de fecha 15 de enero de 2019, recibió 8 sesiones de terapias entre el día de la atención y el 25 de enero de 2019 por la patología *“dorsalgia no especificada”*. Así mismo, se aportó el registro de terapias realizadas por la IPS Sura, por remisión de la ARL Sura, para un total de 11 terapias que se realizaron entre el 5 de febrero de 2019 y el 18 de marzo de 2019, también por la patología denominada *“dorsalgia no especificada”*; y 5 terapias asignadas entre el 1 de mayo y el 4 de junio del 2019. Adicionalmente, debe señalarse que el demandante, al ser cuestionado en el interrogatorio de parte sobre la calificación en primera oportunidad de su patología, afirmó que obtuvo un resultado de 0% de pérdida de capacidad laboral, resultado que fue confirmado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, sin aclarar cuál junta fue la que confirmó el porcentaje.

De conformidad con las pruebas hasta aquí analizadas, es cierto, y está suficientemente probado, que el actor sufrió un accidente de trabajo el 20 de octubre de 2018, que ese accidente ocasionó algunas lesiones que fueron tratadas médicamente en su momento durante los meses siguientes al accidente de trabajo (enero a junio) para restaurar su salud, y fue gracias a las terapias recibidas que evolucionó positivamente, al punto que no se encuentra acreditado en el expediente una secuela específica o puntual proveniente del accidente de trabajo sufrido, e incluso se demostró que no se presentó ninguna pérdida de capacidad laboral al ser calificado con un 0% por las entidades competentes. De esta forma debe aclararse entonces que el hecho de haber sufrido un accidente de trabajo no implica que se encuentre dotado de una especie de inmunidad vitalicia, pues si se superan los traumas y se remueven las limitaciones funcionales se llega a un estatus ordinario y deja de estar protegido de manera especial. La Sala tampoco encuentra, en los elementos probatorios aportados, que para la fecha de terminación del contrato el trabajador tuviera afectaciones de salud o presentara molestias graves y profundas que impidieran o limitaran el ejercicio de sus funciones, ni siquiera se encuentra acreditado que con ocasión del accidente hubiera sido incapacitado como lo señaló en el interrogatorio de parte, pues no se aportó prueba en tal sentido; incluso en otra de sus respuestas indicó que el día del accidente volvió a tener turno en la noche y, aunque tenía dolor, fue a trabajar, luego entonces, para la sala es claro que sí se presentó una afectación en su salud, pero la misma no fue de tal magnitud que le impidiera cumplir con sus funciones ni aparejara la aparición de barreras que lo pusieran en situación de desigualdad frente al resto de trabajadores.

En ese sentido, la sala no encuentra acreditados los elementos propios de la garantía a la estabilidad laboral reforzada que el demandante solicita en la demanda y por tal motivo tampoco es posible conceder la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Con relación al cuarto problema jurídico, relacionado con la indemnización por despido, cabe señalar que el a quo en su sentencia, luego de referirse a lo dispuesto en los artículos 76 y 78 del CST relacionados con el periodo de prueba concluyó que *“efectivamente la razón o motivo y la terminación del contrato fue el ejercicio de esta facultad legal, sin que requiriera ninguna calificación, explicación alguna, esa es una facultad que le da la ley para que en este periodo de prueba, sin motivación ni razón alguna solamente en ejercicio de esta facultad se pueda terminar”*. Al analizar a las pruebas obrantes en el expediente,

se encuentra acreditado que las partes pactaron en el contrato de trabajo celebrado un periodo de prueba de 2 meses que correrían del 5 de octubre del 2018 al 4 de diciembre del mismo año, de la misma manera, se encuentra acreditado que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo el 3 de noviembre de 2018 indicando que el mismo finalizaba porque se encontraba aún vigente el periodo de prueba.

Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que las partes inmersas en la relación laboral están facultadas para pactar, por una vez, un lapso en el cual las mismas puedan cerciorarse de las ventajas o inconvenientes que pueda acarrear el vínculo y una vez perfeccionado dicho acuerdo con las formalidades dispuestas en la ley y sin evidencia de vicios del consentimiento, es posible la finalización sin previo aviso y sin invocar motivación particular. Así lo señaló en la sentencia SL rad.7419 del 3 de septiembre 1980 reiterada en la SL4103 de 2018 al precisar que *“durante el período de prueba el contrato puede darse por terminado en cualquier momento sin aviso previo y, obviamente, sin necesidad de invocar motivo concreto para hacerlo”*; en ese orden también refirió que *“las únicas condiciones para dar por terminado el contrato laboral, invocando el periodo de prueba, es su pacto por escrito, que no exceda la duración máxima legal y que la manifestación de voluntad no esté mediada de error fuerza o dolo”*. Doctrina a la que en esta oportunidad se pliega el Tribunal.

Siguiendo entonces este postulado jurisprudencial el Tribunal encuentra que en el presente asunto se cumplieron todos los requisitos para dar por terminado el contrato de trabajo del demandante durante el periodo de prueba, lo que conduce a confirmar la decisión del a quo en este sentido.

Finalmente, con relación a la solicitud del apoderado del demandante con relación a la modificación de las costas procesales, debe señalarse que en el régimen colombiano rige el modelo de imponer su pago a la parte que pierda el proceso, en este caso, a quien no le salen avante sus pretensiones, sin reparar si tiene o no capacidad económica para ello; en segundo lugar el demandante convocó al juicio a las demandadas. Ahora si se entendiera que lo que cuestiona es el monto, interesa recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPTSS, las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al

proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, por lo tanto, será esa la oportunidad en la cual podrá presentar cualquier objeción, si a bien lo tiene, frente a las costas que se liquiden de forma definitiva. Por lo tanto, el cuestionamiento es totalmente prematuro e impertinente en este momento procesal.

Así quedan resueltos todos los puntos del recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia como quiera que el recurso prosperó parcialmente.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 27 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de JUAN CARLOS DÍAZ PINTO contra EMPRESAS ESPECIALES EN SERVICIOS INTEGRALES S.A.S. - ESI y HENKEL COLOMBIANA S.A.S. en cuanto absolvió a las demandadas de la declaratoria de la ocurrencia de un accidente de trabajo; en su lugar, declarar que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 20 de octubre de 2018 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia como quiera que el recurso prosperó solo parcialmente.

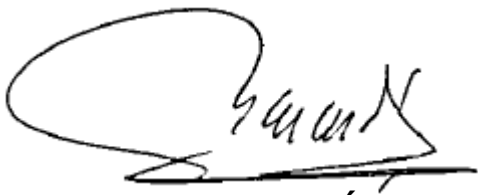
CUARTO: DEVOLVER el expediente digital *“al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”*, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES 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 JOSÉ ALFREDO JIMÉNEZ GÓMEZ CONTRA MARIO ALBERTO HUERTAS COTES. Radicación No. 11001-31-05-018-**2018-00124**-01.

Bogotá D. C. diecinueve (19) de diciembre 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, ampliada por el Acuerdo PCSJA23-12084 de 2023; se emite la presente sentencia 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 de la parte demandante contra la sentencia de fecha 29 de mayo del 2020 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía 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 Mario Alberto Huertas Cotes, con el objeto que se declare que el 1 de diciembre del 2011 se celebró entre las partes contrato de trabajo a término indefinido, que continuó vigente a la presentación de la demanda por cuenta de la orden de reintegro dada por el Juez Constitucional, con un último salario devengado equivalente a \$1.400.000; que el 25 de julio del 2014 y el 2 de marzo del 2015 sufrió accidentes de trabajo por cuanto el empleador no adoptó las medidas necesarias en aras de suministrarle los mecanismos de protección requeridos para la ejecución de sus funciones, que salvaguardaran su integridad; que el demandado es responsable de los accidentes ocurridos por haber incurrido en violación (por omisión) de las normas sobre salud ocupacional y seguridad industrial; que el 4 de agosto del 2016 el demandado lo despidió sin justa causa, a partir del 8 de agosto, pero para dicha época gozaba de estabilidad laboral reforzada por estar frente a una debilidad manifiesta, sin tramitar el permiso ante el Ministerio de Trabajo, por lo que dicho despido es ineficaz; y que se le adeudan los salarios dejados de percibir entre el 8 de agosto del 2016 y el 21

de noviembre del 2016; como consecuencia de tales declaratorias, pide que se condene al demandado a reinstalar al demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de iguales condiciones, al pago de los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas, y vacaciones dejadas de percibir desde el 8 de agosto del 2016 hasta el 21 de noviembre del 2016 fecha en la que se hizo efectiva su reinstalación, al pago de 180 días de salario con ocasión del despido sin la autorización respectiva, al pago de las sumas debidamente indexadas, a los intereses corrientes y moratorios; a la reparación plena y ordinaria de perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante consolidado y futuro, y daños morales con ocasión de la ocurrencia de los accidentes de trabajo, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. En forma subsidiaria, que se declare que el 8 de agosto del 2016 el contrato de trabajo suscrito por las partes finalizó sin justa causa y en consecuencia se condene al demandado al pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST (pág. 9-13 PDF 10)

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que celebró contrato de trabajo a término indefinido con el demandado el pasado 1 de diciembre del 2011 para desempeñar el cargo de maestro de obra en las diferentes obras del empleador; como contraprestación de los servicios devengó inicialmente la suma de \$800.000 hasta el 31 de mayo del 2012, \$1.200.000 al 31 de diciembre del 2012 y, \$1.400.000 a partir del 1 de enero del 2013; que su horario de trabajo lo era de lunes a viernes de 7 am a 5 pm y los sábados de 7 am a 10 am; señaló que el 25 de julio del 2014 sufrió un accidente laboral por el despliegue de una roca de gran diámetro desde una volqueta que se encontraba descargando arena en el lugar donde estaba laborando y que terminó por impactarlo; que el empleador no adoptó las medidas necesarias para dar a sus trabajadores todos los mecanismos de protección requeridos para la ejecución de sus funciones, no contaba con línea de vida, ni supervisión y asistencia del equipo de rescate y no hubo acompañamiento de un líder de seguridad y salud en el trabajo; que como consecuencia de dicho accidente se le produjeron contusiones en su cabeza y oído izquierdo, pérdida de conciencia, afectación en el hombro izquierdo y afectación de la región cervical que le generaron una incapacidad de 12 días y 2 días más al tener que recurrir nuevamente al médico por cuenta de los fuertes dolores; siguió asistiendo a múltiples controles médicos sin encontrar mejoría en su estado de salud. Que el 2 de marzo del 2015 sufrió nuevo accidente laboral en el que hay una afectación del hombro derecho al jalar una manguera de 3 pulgadas de diámetro, momento para el cual no contaba con línea de vida, supervisión, ni asistencia del equipo de asistencia en tierra ni acompañamiento de un líder de seguridad y salud; dicho accidente fue reportado a la ARL Sura y fue valorado ordenándole terapia física y manejo del dolor con medicamentos,

que además se le generaron restricciones médicas; que fue valorado nuevamente el 25 de marzo del 2015 siendo diagnosticado con trauma de tracción del hombro dominante por lo que se le ordenó realizar labores con restricciones por 3 semanas y para el 2016 continuó su tratamiento a través de la ARL Sura pues no había cesado su tratamiento al no superar las condiciones de salud generadas por los precitados accidentes de trabajo, agregó que el 2 de agosto del 2016 acudió al control médico en el cual se determina que debe mantenerse con manejo de terapias físicas y se le efectúa una nueva remisión a medicina laboral para restricciones laborales y remisión a fisioterapia programada para el 24 de agosto del 2016 y que como consecuencia del estudio electromiográfico de miembro inferior tuvo que acudir nuevamente a fisioterapia el 19 de septiembre del 2016; que dichas condiciones de salud eran plenamente conocidas por el empleador y pese a ello, mediante comunicación del 4 de agosto del 2016, le notificó la terminación del contrato de trabajo a partir del 8 de agosto del 2016, fecha para la cual se encontraba en tratamiento médico para recuperar su estado de salud luego de las alteraciones sufridas en ambos accidentes de trabajo y afectaciones evidenciadas en el examen de egreso practicado el 11 de agosto del 2016; que el 14 de septiembre del 2016 interpuso acción de tutela con miras a obtener el reintegro por el despido efectuado sin observancia de su condición de salud, la que fue negada en primera instancia por improcedente y revocada en segunda instancia para ordenar el reintegro de manera transitoria por un periodo de 4 meses mientras se instauraba la correspondiente acción ante la jurisdicción ordinaria laboral; en virtud de tal decisión el demandado lo reintegró el 21 de noviembre del 2016; que en las valoraciones de pérdida de capacidad laboral efectuadas por la ARL Sura y la Junta Regional de Calificación de Invalidez se le notificó una PCL equivalente al 0.0%, dictamen contra el que interpuso recurso de apelación, por lo cual fue remitido a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que a la presentación de la demanda no había resuelto el respectivo recurso; que el demandado adeuda los salarios dejados de percibir desde el 8 de agosto del 2016 hasta el 21 de noviembre del 2016.

3. La demanda se presentó el 1 de febrero del 2017, correspondiendo por reparto al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bucaramanga, quien mediante auto de fecha 13 de febrero del 2017 la rechazó por competencia y la ordenó remitir al Juez Laboral del Circuito de Bogotá o de Barranquilla, correspondiendo por reparto del 2 de marzo del 2017 al Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, despacho que la inadmitió por auto del día 28 de marzo del 2017 y se admitió por auto del 25 de abril del 2017, ordenando notificar al demandado (archivo 11), diligencia que se cumplió el día 25 de mayo del 2017, según acta de notificación personal obrante en el archivo 14 del plenario.

4. El demandado Mario Alberto Huertas Cotes, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda el 9 de junio del 2017; aceptó el extremo inicial de la relación laboral, que el demandante laboró en el desarrollo del contrato N° 656 del 2009 que finalizó el 22 de diciembre del 2015 cumpliendo con su horario y siendo afiliado a Colfondos y Cafesalud EPS, entidades ante las cuales efectuó los aportes respectivos, que reportó el accidente de trabajo acaecido el 2 de marzo del 2015 a la ARL Sura y que ante la culminación del contrato N° 656 del 2009 debió proceder con el cierre de las instalaciones localizadas en Santander; aceptó que el 14 de septiembre del 2016 se interpuso una acción de tutela en su contra buscando el reintegro del demandante con sustento en su situación de salud y que en primera instancia fue denegada por improcedente, pero en cumplimiento de la decisión del Juez Constitucional de segundo grado reintegró al demandante el 21 de noviembre del 2016, así como que se le notificó de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos por la ARL Sura y por la Junta Regional de Calificación de Invalidez; señaló que el último salario del demandante ascendía a la suma de \$1.500.000, que este sufrió un accidente de trabajo el 25 de julio del 2014 pero el mismo ocurrió ante la ausencia de cuidado del trabajador, quien estaba dirigiendo la operación, y por no ubicarse en un lugar adecuado fue impactado por una piedra que salió de la línea de descargue de manera intempestiva, provocándole una caída desde su misma altura, lo anterior pese a haber sido avisado de la descarga. Agregó que siempre cumplió con sus obligaciones legales en materia laboral y seguridad y salud en el trabajo, que contaba con un programa de salud ocupacional, matriz de identificación de peligros, tenía equipo de brigadistas ubicados a lo largo del proyecto, atención de urgencias y primeros auxilios, gestión de prevención de accidentes de trabajo y aclara que el demandante no estaba ejecutando labores de alturas, que el demandante no perdió la conciencia en dicho accidente y que tuvo una incapacidad de 10 días, terapias físicas y citas de seguimiento pero que no ingresó con recomendaciones o restricciones laborales, que no le constan las citas médicas que aduce el demandante por cuanto la historia clínica está sometida a reserva legal, indicó que el trabajador, violando las normas, incurrió en comportamientos inadecuados en relación con su autocuidado, que sufrió un accidente de moto el 4 de agosto del 2015 que le generó sendas incapacidades, que no fue un accidente laboral pero hubo recomendaciones médicas vigentes hasta el 17 de mayo del 2016. Frente al segundo accidente de trabajo indicó que solo fue reportado por el trabajador al área de SST hacia las 4:50 pm más de 5 horas después de la ejecución de la actividad, pero que en su ocurrencia el trabajador portaba todos sus elementos de protección, que en la investigación se señaló que el siniestro ocurrió por la falta de autocuidado del trabajador, que las recomendaciones laborales fueron respetadas mientras estuvieron vigentes y

que la ARL Sura una vez finalizado el proceso de rehabilitación integral calificó las secuelas del evento determinando cero secuelas arrojando un 0% de PCL, que finalizó el contrato de trabajo el 9 de agosto del 2016 pagando la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, pero ante la decisión del Juez Constitucional de segundo grado procedió a reintegrar al trabajador desde el 9 de noviembre del 2016; propuso en su defensa las excepciones de fondo que denominó improcedencia del reintegro, inexistencia de obligación, inexistencia de culpa patronal, pago y compensación, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (pág. 25 y 26 archivo 16). Así mismo, propuso demanda de reconvención en la cual indica que, de salir adelante las pretensiones del demandante, consecuentemente se declare que el demandante debe devolver al señor Mario Alberto Huertas Cotes los valores pagados mediante liquidación final del contrato de trabajo, que asciende a la suma de \$8.706.390 pesos, al pago indexado de dicha suma, a los intereses corrientes y moratorios liquidados a la tasa máxima legal comercial y las costas (pág. 2 y 3 archivo 15).

5. Con auto del 19 de julio del 2017 se tuvo por contestada la demanda (PDF 3), y se inadmitió la demanda de reconvención; esta fue subsanada mediante memorial de fecha 28 de julio del 2017 y admitida mediante auto de fecha 11 de octubre del 2017 (archivo 9).
6. El demandado en reconvención José Alfredo Jiménez Gómez indicó que no se opone a que se declare que no retornó al demandante en reconvención, Mario Alberto Huertas Cotes, el valor pagado el 18 de agosto del 2016 por concepto de liquidación final del contrato, pero se opone a la restitución del monto total de la liquidación final de acreencias laborales, pues indica que únicamente debería retornar el monto correspondiente a la indemnización sin justa causa siempre que prospere la demanda ordinaria laboral principal, oponiéndose además al pago de indexación, intereses o costas por mediar buena fe, la cual fue propuesta como excepción dentro de la contestación de la demanda de reconvención.
7. Mediante auto de fecha 14 de diciembre del 2017 se tuvo por contestada la demanda de reconvención señalándose como fecha y hora para las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS el 10 de mayo del 2018; diligencia que se realizó ese día suspendida y reanudada el 18 de septiembre del 2018, nuevamente el 12 de marzo del 2020 y una vez más el 29 de mayo del 2020, fechas en las que se practicaron las pruebas y se dictó la sentencia.
8. El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 29 de mayo del 2020 (archivo 47), absolvió de las pretensiones

de la demanda y de la demanda de reconvención absteniéndose de condenar en costas a las partes.

El juez empezó por determinar que lo que debía resolver se circunscribía a determinar si entre las partes existió o no un contrato de trabajo, si el demandante tenía alguna condición especial de salud que le pudiera generar una estabilidad laboral reforzada a la fecha de su despido, si hay lugar al reintegro con el consecuente pago de las prestaciones sociales derivadas del reintegro, si hubo un accidente laboral en el cual mediara culpa patronal y en caso afirmativo si hay lugar al pago de prestaciones derivadas del accidente. En primera medida consideró que no era motivo de discusión que entre el demandante y el demandado existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre del 2011, inicialmente como oficial de obra y a partir del 21 de abril del 2012 como maestro de obra, con el salario indicado por la parte demandada por cuanto el demandante no probó la asignación referida en la demanda; que si bien el 8 de agosto del 2016 podría tomarse como la fecha final del contrato, por cuanto fue en dicha data cuando se despidió al demandante, lo cierto es que el extremo final no se ha concretado como quiera que el demandante fue reintegrado en obediencia de lo ordenado por el Juez Constitucional. Frente a la estabilidad laboral reforzada indicó que efectivamente el demandante sufrió dos accidentes laborales, uno el 25 de julio del 2014 y el segundo el 2 de marzo del 2015, que fueron reportados a la ARL Sura y que de conformidad con lo señalado por los testigos no queda duda de que se ocasionaron en el ejercicio de sus labores; trajo a colación la relación de consultas y exámenes efectuados por el demandante allegados como parte de su historia clínica; refirió que tanto la ARL Sura como la Junta Regional de Calificación de invalidez determinaron un 0.0% de PCL y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó una PCL equivalente al 20% con fecha de estructuración del 15 de mayo del 2018. Del recaudo probatorio señaló que no obran más incapacidades, que si bien tales accidentes generaron la necesidad de acudir en varias oportunidades a la orientación médica y que el demandado tenía conocimiento detallado de los tratamientos y recomendaciones del demandante, no es menos cierto que para la fecha del despido, esto es, el 8 de agosto del 2016, no se evidenció que el demandante estuviese en uso de alguna incapacidad, recomendación o restricción laboral, así como tampoco se demostró que hubiese puesto en conocimiento del demandado el resultado de la consulta médica del 2 de agosto del 2016, que si bien el demandante concurrió a dicha consulta, no es menos cierto que para la misma fecha se encontraba laborando normalmente; y que de conformidad con el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la pérdida de capacidad laboral fue del 20% pero con fecha de estructuración del 15 de mayo del 2018, esto es, con posterioridad a la fecha

de finalización del vínculo laboral. De conformidad con los anteriores argumentos determinó que no era posible aplicar la presunción de que el despido se dio en razón a la disminución de la capacidad laboral o debilidad manifiesta, pues la misma se estructuró en una fecha posterior al despido. En punto de la culpa patronal señaló que el demandado no estaba obligado a suministrar elementos de protección para trabajo en alturas, ni brindar dicha capacitación toda vez que el demandante trabajaba a su propia altura, consideró que el demandado Mario Alberto Huertas Cotes cumplió con sus obligaciones orientadas a velar por la integridad física y emocional de sus trabajadores, ello a través de capacitaciones, inducción al puesto de trabajo, suministro de elementos de protección y capacitación permanente; encontró probado dentro del plenario que el demandado suministró a sus trabajadores todos los implementos necesarios para su protección en el desarrollo de la labor y que había indicado los protocolos de seguridad y que tomó las medidas de salud ocupacional; agregó que el primer accidente ocurrió por exceso de confianza del demandante, pues siendo el maestro de obra debía tener los cuidados mínimos y necesarios para mantener su propia seguridad, y es por esos argumentos que determinó que no existía culpa patronal, pues el demandado realizó todas las actividades que estaban a su disposición a fin de evitar tales accidentes. En lo que respecta a la indemnización por despido sin justa causa indicó que fue el demandado quien tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo el 8 de agosto del 2016 con motivo de que la obra o proyecto en la que estaba laborando el trabajador estaba llegando a su finalización, por lo cual se hacía necesario cancelar los contratos del personal activo, motivo que no traduce justa causa alguna en atención a que la vinculación se dio en la modalidad de contrato a término indefinido, por lo que concluyó que el despido lo fue sin justa causa. Sin embargo, no accedió al reconocimiento de suma alguna, pues encontró demostrado que el demandado no negó que la desvinculación del demandado lo fuera sin justa causa, lo anterior en atención a que efectivamente procedió con el pago de la indemnización por despido sin justa causa y la liquidación final de acreencias laborales. Por último, frente a la demanda de reconvención indicó que la misma no tiene sustento fáctico ni jurídico como quiera que las pretensiones de la demanda ordinaria principal no prosperaron, permaneciendo así, incólume la decisión tomada por el empleador.

9. Contra la anterior decisión el apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación en el que manifestó: *“este apoderado encuentra serias falencias en el análisis que hace el juez de primera instancia respecto del material probatorio e incluso de la traba de la litis planteada y que finalmente fue la que decantó la totalidad del proceso que hoy termina con esta sentencia en primera instancia. Honorable Tribunal hay una situación que es evidente y mi apelación irá encaminada a debatir dos aspectos fundamentales que son: si existió*

o no estabilidad laboral reforzada al momento de dar por terminado el vínculo contractual y si hay o no culpa patronal respecto a la ocurrencia de los dos accidentes. En primera medida y para determinar si existía o no existía algún tipo de estabilidad laboral reforzada de mi mandante al momento de dar por terminado el vínculo contractual, se tienen que configurar tres presupuestos: el primero de ellos es que efectivamente al momento de la terminación de ese vínculo contractual se estuviese en medio de un tratamiento médico, se tuviese una pérdida de capacidad laboral superior a 15 puntos, se tuviese recomendaciones, restricciones laborales o se estuviese siendo beneficiario de algún tipo de incapacidad médica, el tercero de los requisitos es que el despido se hubiese dado sin justa causa porque, como bien lo reflexionó el fallador de primera instancia, la justa causa impediría hacer un análisis posterior porque desvirtuaría inmediatamente la presunción de la que habla el artículo 26 de la ley 361 del 97 y es un trato discriminatorio; como en este aspecto no hay debate, respecto a que la terminación del contrato se dio sin justa causa entonces tendríamos que centrarnos determinar si el primero de los requisitos se configuró o no, y el tercero y último de los presupuestos es que el empleador tuviese conocimiento de que efectivamente el trabajador estaba en medio de dicho tratamiento, estaba finalmente siendo calificado con algún tipo de restricción, o algún tipo de procedimiento médico pendiente por ser surtido. Ahora bien, el juez de primera instancia trae a colación las dos calificaciones que se hicieron inicialmente, la que hace la ARL y la que hace la Junta Regional de Calificación de Invalidez y refiere incluso en la parte motiva del fallo que brilla por su ausencia la calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es claro Honorable Tribunal que para el momento del despido aún se encontraba mi mandante en trámite de una calificación de pérdida de capacidad laboral, el empleador ni siquiera se tomó el trabajo en evidenciar si ya existía en firme o no una pérdida de capacidad laboral sino procedió a materializar el despido, ahora bien de forma totalmente desafortunada e intentando sustentar su fallo el juez de primera instancia argumenta la ocurrencia de un accidente de motocicleta, y que este accidente de motocicleta se argumentó para irnos en apelación hoy y conseguir la calificación de la pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Nacional. Honorable Tribunal, basta con mirar los argumentos del dictamen de pérdida de capacidad laboral, el último que se arrió y se decretó por este despacho dentro de la controversia, para indicar que los 20 puntos que da por la pérdida de capacidad laboral en ningún momento obedece a una situación diferente sino a los accidentes laborales que se reprochan o que se pretenden esgrimir dentro de la presente actuación. Es evidente Honorable Tribunal y no hace falta hacer un análisis muy detallado y supremamente extenso para evidenciar que en ningún momento la Junta Nacional está haciendo otro análisis diferente sino al de los accidentes laborales que finalmente desembocaron en la situación que le da 20 puntos de pérdida de capacidad laboral y que fueron esgrimidos dentro de la presente actuación con excepción de unas picaduras de zancudo que califican en primera medida, nunca fue controvertido este dictamen y todos los presupuestos de este dictamen de pérdida de capacidad laboral fueron determinados como accidente laboral; no hay ningún tipo de soporte, ni era de recibo por parte del juez de primera instancia argumentar que no hay una claridad o que la fecha de estructuración va a ser determinante para evidenciar si esa pérdida de capacidad laboral está derivada o no de esos accidentes, Honorable Tribunal, la fecha de estructuración y así lo ha establecido también sendas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, no tiene que estar exactamente correlacionada con el momento del despido, basta con que la sana lógica logre demostrar que esos accidentes se produjeron así fuera en una conducta degenerativa o en una situación que se fue desarrollando y

que fue degenerando la salud del trabajador hasta llegar a un momento en donde es esa fecha la de estructuración, la que configura la pérdida de capacidad laboral, para demostrar que efectivamente hay un nexo de causalidad con la ocurrencia del accidente y con la pérdida de capacidad laboral que se estructura con posterioridad, y es que su Honorable Tribunal, nunca se logró evidenciar por parte de la parte demandada ni siquiera que se hubiese hecho algún estudio juicioso o algún estudio minucioso respecto de la condición física de mi mandante al momento de la terminación del contrato. Es evidente que cuando a mi mandante se le termina el vínculo contractual ya tenía una patología que con posterioridad fue calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que fue el dictamen que estaba buscando el juez de primera instancia que apareciera dentro del expediente para poder determinar finalmente entonces, cuál es ese grado de pérdida de capacidad laboral, ese sería el primer argumento; pero es que no es simplemente esa circunstancia la que tendría que haber sido analizada por el juez de primera instancia para determinar y para poder resolver, entonces, si estamos o no en presencia de las condiciones de las que habla el artículo 26 de la ley 361 de 1997; nótese que la historia clínica de mi mandante e incluso la motivación del fallo de tutela evidencia que en el momento del despido se encontraba en medio de un tratamiento médico, no fue valorada esta circunstancia y se limitó el juez de primera instancia a indicar que justo ese día no estaba siendo atendido por el médico o no estaba gozando de incapacidad. Señores magistrados, es claro que los tratamientos médicos y sobre todo en este tipo de patologías que normalmente siguen desarrollándose por el tiempo y en extensos periodos, se van a venir desarrollando en lapsos y en momentos diferentes, no tenía que estar entonces precisamente mi mandante esperando una cita médica para el momento del despido porque claramente el tratamiento médico se está desarrollando por etapas como la historia clínica bien lo puede mostrar sin ningún tipo de dificultad, ya que tuvo atención médica por esas mismas patologías con posterioridad al despido. Ahora bien, cita un fallo el juez de primera instancia que vale la pena evidenciar fue modificado ya en la corriente jurisprudencial, el que cita el juez de primera instancia indica que es requisito, entonces finalmente para poder estructurar la causal del artículo 26 de la ley 361 del 97, que la calificación de pérdida de capacidad laboral guarde relación en su fecha de estructuración por lo menos con el despido del trabajador, indique entonces que esa fecha estructuración siempre tiene que ser anterior para que se configure la causal, no es esa la posición de la Corte en este momento porque la Corte ha sido clara y ha indicado que basta con evidenciar que hay un tratamiento médico y que está en proceso de calificación el trabajador para que dicha situación se configure y esa calificación de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez llegó con posterioridad y llega dentro del expediente y ahora bien, si el único argumento o si el argumento sólido para poder desconfigurar la estabilidad laboral reforzada fue la fecha de estructuración pues se tiene que evidenciar que no se hizo un análisis juicioso de la totalidad del material probatorio, porque son muchos de los presupuestos a los que se tienen que apelar para poder determinar si hay o no los presupuestos configurados de los que habla la norma para que se configure finalmente la debilidad manifiesta de ese trabajador que goza de estabilidad laboral reforzada. Segundo aspecto, habla de que el patrón no tenía conocimiento o que no se logra probar que el empleador no tuviese conocimiento de las atenciones médicas o de las restricciones o de la ejecución de ese tratamiento médico al momento del despido, claramente no hace una estructuración en la carga dinámica de la prueba que es una situación a la que busca finalmente llegar tanto el Código General del Proceso como el desarrollo de los sendos debates que se han tenido en materia procesal el juez de primera

instancia, porque si finalmente está en medio de un tratamiento médico no le asiste a mi mandante demostrar entonces, con una carga excesiva de la prueba, que cuando lo iban a despedir le tenía que comentar a su empleador “oiga, tenga cuidado porque tengo pendiente citas médicas, mi médico tratante está pendiente por programarme una cirugía”, es claro que mi mandante no tenía el conocimiento ni la trascendencia respecto a esa información, pero sí es claro que el empleador sí sabía que habían unas circunstancias que todavía no habían quedado en firme y más específicamente la pérdida de capacidad laboral de estos accidentes que se desarrollaron durante la ejecución del contrato de trabajo. Dejando de lado señores miembros del Tribunal Sala Laboral nos vamos a centrar entonces en el aspecto que definió si existió o no culpa patronal en la ocurrencia de los dos accidentes y para este presupuesto llama muchísimo la atención por parte de este servidor el argumento principal para desconfigurar la culpa patronal en el primero de estos eventos, el primero de estos accidentes y para efectos prácticos ya fue debidamente explicado una y otra vez por parte del juez de primera instancia, quien hizo un resumen adecuado de los hechos, es en donde se va a involucrada la caída de una piedra por el descargue de una volqueta; allí el juez de primera instancia dice que escuchados los testigos se logra evidenciar a grandes rasgos y de forma resumida culpa exclusiva de la víctima en la ocurrencia del accidente por exceso de confianza, nótese la siguiente situación y el siguiente presupuesto que no tuvo en cuenta el juez de primera instancia que sí fue esgrimido por todos los testigos, incluido el único testigo que presenció el accidente y fue el testigo arrimado por la parte demandante; si la teoría planteada por la parte demandada y acogida por el juez de primera instancia es finalmente la que debe salir adelante evidencien señores miembros del Tribunal las siguientes circunstancias, si mi propio mandante era el que daba la orden para que la volqueta descargara y la volqueta estaba a una altura superior a la de este y los mismos testigos que presenciaron el accidente incluso los testigos de la parte demandada no pudieron evidenciar ni demostrar que se estuviera utilizando algún tipo de intercomunicador para poder dar dicha orden, cómo podía saber la persona que estaba haciendo el descargue de la volqueta que finalmente en el lugar en donde iba a hacer el descargue estaba totalmente desocupado para que no se presentara el siniestro que finalmente generó la afectación en la salud de mi mandante, nunca se logra demostrar por parte de la parte demandada, ni siquiera que estuviese dirigiendo dicho procedimiento algún miembro de seguridad y salud en el trabajo, era lo mínimo que tenía que hacer, la mínima circunstancia que se tenía que desarrollar para que no se convirtieran este tipo de irregularidades era que estuviera presente por lo menos un equipo de seguridad y salud en el trabajo o por lo menos una persona coordinando desde el lado del descargue de la volqueta si existía o no existía personas que pudiesen ser afectadas con el descargue de la misma, máxime cuando están en una altura inferior a la altura a la que la volqueta está realizando el descargue del material, pero la parte demandada se limita a argumentar que era mi propio mandante quien salió afectado y quien estaba trabajando, el que tenía que gritarle al de la volqueta que tenía el motor encendido y que estaba a una distancia que el único testigo arrimado por la parte demandante que presenció el accidente evidencia que era considerablemente prolongada, como para que lo escuchara quién le tenía que dar la orden de descargue; la sana lógica evidencia que no es así, la volqueta descargó y simplemente el operario de la volqueta lo hizo cuando a su propio juicio, sin validar ninguna otra circunstancia, lo consideró pertinente. Ahora, sí mi mandante aún a pesar de que sus compañeros de trabajo le indicaron que se retirara del lugar en donde se iba a hacer el despacho, si esa situación es así y es acertada por qué entonces esos mismos trabajadores si conocían un protocolo

de seguridad y salud en el trabajo y un procedimiento adecuado, no le evidenciaron al conductor de la volqueta que no podía hacer el descargue, ninguno de estos análisis se hizo por el juez de primera instancia, porque el juez de primera instancia se limitó a hacer un listado de los implementos que se le entregaron al trabajador y también por una asistencia a unas charlas y a unas capacitaciones, no basta con esas circunstancias, el empleador tenía que demostrar que se dijo en esas capacitaciones, cuál era el procedimiento para el descargue, cuál fue la circunstancia finalmente que se estructuró para prevenir este tipo de siniestros, no se puede hacer un análisis superficial y totalmente tangencial para poder exonerar de responsabilidad a un empleador que no cumplió con las normas de seguridad y salud en el trabajo; dónde estaba el equipo de rescate en tierra, cuál fue el análisis que el juez de primera instancia hizo respecto a esa atención posterior al accidente laboral, adolece y brilla totalmente por su ausencia, bajo estos presupuestos es claro que hay culpa patronal en la ocurrencia del accidente y no fue debidamente valorado el material probatorio que se arrió al expediente, y también la valoración que se hace de los testigos arriados al proceso, que son testigos de oídas, nunca vieron realmente la ocurrencia del accidente sufrió de exceso de credibilidad y nunca fueron cuestionados, a pesar de que ellos mismos en su decir evidenciaron que no presenciaron el accidente y ni siquiera fueron al lugar en donde ocurrió el mismo para hacer la investigación del mismo y poder determinar las causas que generaron el siniestro, bajo estos presupuestos Honorable Tribunal, solicito por favor revocar el fallo proferido por el juez de primera instancia y en su lugar ordenar de forma definitiva la reinstalación laboral, junto con el pago de las acreencias que se solicitaron en la demanda ordinaria laboral inicialmente estructurada y de igual manera decretar la culpa patronal de la que habla el artículo 216, junto con el pago de los perjuicios correspondientes”.

- 10.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 14 de enero del 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 sin que las partes efectuaran manifestación alguna dentro del término otorgado para tal fin.

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) determinar si el demandante José Alfredo Jiménez Gómez gozaba de estabilidad laboral reforzada en razón a su condición de salud al momento de la terminación

unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo que torne en ineficaz el precitado despido; y, ii) establecer si se encontró demostrada la culpa suficientemente comprobada del demandado Mario Alberto Huertas Cotes en la ocurrencia de los accidentes de trabajo acaecidos al demandante el 25 de julio del 2014 y el 2 de marzo del 2015.

En términos generales aquí no se discute la existencia del contrato de trabajo, ni sobre los extremos temporales, pues se admitió que el trabajador ingresó a laborar al servicio del demandado el 1 de diciembre de 2011 y que a la fecha de presentación de la demanda había sido reintegrado de conformidad con la orden del Juez Constitucional; tampoco fue objeto de discusión que se dio por terminado el contrato del demandante el 9 de agosto del 2016 pagando la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, que durante la ejecución del contrato el demandante sufrió 2 accidentes de trabajo el 25 de julio del 2014 y el 2 de marzo del 2015 respectivamente, y que se efectuó el trámite de calificación del demandante ante la ARL Sura y la Junta Regional de Calificación de invalidez, las que determinaron una PCL equivalente al 0.0%.

Para resolver el asunto bajo estudio, de conformidad con el recurso propuesto por el apoderado del demandante, resulta necesario, a efectos metodológicos, abordar primero lo atinente a la estabilidad laboral reforzada y en segunda medida descender al estudio de la culpa patronal alegada.

En lo que concierne a la estabilidad laboral reforzada señala el recurrente que el juez de primera instancia no hizo una adecuada valoración sobre el material probatorio obrante dentro del expediente, pues de haber sopesado la historia clínica en debida forma, habría concluido que el demandante se encontraba en tratamiento médico al momento de la finalización del contrato de trabajo, el cual se presentaba como consecuencia de los accidentes laborales de los que tenía pleno conocimiento el empleador, y que por tal virtud el trabajador gozaba de la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que la jurisprudencia en torno a la estabilidad laboral reforzada por salud no ha sido estática, sino que, al igual que el concepto de discapacidad, ha evolucionado; tan es así que, en sentencia SL 1152 del 2023 se reexaminó la composición del bloque de constitucionalidad en relación con las personas en situación de discapacidad indicando que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no solo es aplicable de cara a la interpretación del concepto de discapacidad sino a la luz de la protección de la estabilidad contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues constituye el parámetro para interpretar los derechos humanos de las personas con

discapacidad en lo atinente a la integración social en igualdad de oportunidades de las demás personas.

Y es que la vigencia de dicho precepto internacional y de normas como la Ley 1618 de 2013 tienen un impacto en el ámbito laboral, por lo cual la precitada sentencia determinó los parámetros objetivos a tener en cuenta para habilitar la protección de estabilidad laboral reforzada y que se circunscriben a: i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo, entendiendo por deficiencia aquellos problemas en las funciones o estructuras corporales que impliquen una desviación significativa o pérdida y en tal sentido no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad; ii) la existencia de barreras para el trabajador, sean actitudinales, sociales, culturales o económicas, entre otras que, al interactuar con el entorno laboral le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad; y iii) que esos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, salvo que sean notorios.

Tales supuestos imponen al demandante la carga de acreditar que tenía dicha discapacidad y que era conocida por el empleador; y al demandado, en aras de desvirtuar la presunción de discriminación, que realizó los ajustes razonables o en su ausencia, demostrar que tal exigencia era una carga desproporcionada comunicada al trabajador, o acreditando la existencia de una causa objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia en sendas jurisprudencias como la contenidas en la CSJ SL2797-2020 reiterada en la CSJ SL2586-2020 ha indicado que para que opere la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, no es necesario que exista calificación formal o el conocimiento preciso del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral a la finalización del contrato, pues se ha configurado una suerte de libertad probatoria en los que se ha sostenido que:

“[...] admitir la tesis de que se requiriera incondicionalmente un dictamen, un registro, una calificación o valoración oficial que determine el porcentaje exacto de pérdida de capacidad laboral a la fecha de terminación del contrato, pone sin duda alguna en estado de indefensión y expósita a la persona con discapacidad que se encuentra tramitando la dicha calificación o en proceso de rehabilitación frente a la decisión unilateral e inconsulta del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo”.

Claro está que si hay una calificación, nada impide al juez evaluar su impacto y trascendencia, pues revisada la jurisprudencia sobre la materia, en modo alguno esta ha dispuesto que debe descartarse o excluirse el análisis probatorio de las calificaciones de pérdida de capacidad laboral en un proceso judicial en el que

se examine el tema de las deficiencias o limitaciones de un trabajador y su incidencia en la protección laboral reforzada. Y sin que se pierda de vista que en la referida sentencia SL 1152 se precisó que las desviaciones o ausencias en materia de deficiencias deben ser “significativas”.

Aunado a lo anterior, es preciso indicar que en sentencias como la SL 1504 del 2023 se dejó indicado que no cualquier tipo de afección de salud da lugar a la activación de la estabilidad laboral referida, sino solo aquel que limite de manera sustancial el desempeño de sus funciones y siempre que se reúnan los demás requisitos, esto es, la demostración de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano largo plazo, la existencia de determinada barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico que de cara a su entorno laboral le impiden ejercer su labor y el conocimiento del empleador.

Pues bien, dejando en claro esos lineamientos jurisprudenciales se descende a la documental obrante dentro del plenario donde se aportan como relevantes: la epicrisis de la Fundación Oftálmica de Santander, de fecha 25 de julio del 2014, día de ocurrencia del primer accidente de trabajo, que refiere los politraumatismos causados por el impacto de una roca (pág. 20 a 26 archivo 3); resumen de la consulta prioritaria del 4 de agosto del 2014 que refiere resultados de exámenes “*se aprecian algunos osteofitos marginales (...)*” (pág. 27 archivo 3) así como diagnóstico de cervicalgia (pág. 34 archivo 3), consulta externa del 2 de septiembre del 2014 orden de medicamentos y manejo a través de terapia física integral (pág. 30 a 31 archivo 3); historia clínica del 6 de septiembre del 2014 que refiere al seguimiento de las dolencias surgidas del accidente de trabajo acaecido el 25 de julio del 2014 y el manejo a través de medicación (pág. 28 a 29 archivo 3), historia clínica del 2 de diciembre del 2014 con diagnóstico “*traumatismos superficiales múltiples, no especificados*” (pág. 32 y 33 archivo 3); consulta externa del 14 de marzo del 2015 en el que refiere al segundo accidente de trabajo, establece recomendaciones laborales con diagnóstico de “*lesiones del hombro, no especificada y cervicalgia*” con tratamiento a través de medicamentos y terapia física (pág. 43 a 45 archivo 3), consulta del 25 de marzo del 2015 con diagnóstico “*traumatismo de tendón y músculo de la cabeza larga del bíceps*” (pág. 46 y 47 archivo 3), historia clínica del 10 de julio del 2015 con diagnóstico “*protrusión C3-4. Tendinitis manguito rotador, discopata degenerativa*” (pág. 39 a 40 Archivo 3), consulta externa del 24 de julio del 2015 que refiere diagnóstico “*traumatismo superficial del cuello, otras degeneraciones del disco cervical, esguinces y torceduras de las articulaciones del hombro*” (pág. 49 y 50 archivo 3), conclusiones del IDIME frente a los exámenes RM hombro derecho del 28 de abril del 2016 que refiere “*tendinopatía del supraespinoso con una ruptura parcial intrasustancia distal de aproximadamente 10 mm de longitud. Tendinopatía del infraespinoso con quistes entesopáticos. Bursitis subacromio-subdeltoidea*” y del 7 de julio del 2016 frente al examen RM columna lumbosacra que refiere “*discopatía lumbar con*

cambios artrósicos apofisiarios leves L5-S1. En L3-L4 hay protrusión discal central asimétrica derecha no compresiva. En L4-L5 hay pequeña formación osteopatía discal central que comprime el saco dural sin compresión radicular. En L5-S1 hay hernia de disco central asimétrica derecha con desgarramiento anular que contacta el saco dural y las raíces S1 derecha en el receso lateral. Disminución leve de la amplitud de los agujeros de conjunción mayor del derecho” (pág 58 a 61 archivo 3) y consulta externa del 2 de agosto del 2016 con diagnóstico “trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía” donde se indica que se “deja manejo con terapias y restricciones laborales” (Resalta la Sala).

Aunado a lo anterior se evidencia dentro del plenario examen médico de egreso del demandante con la anotación “examen de retiro con patología en control de SOAT o EPS o ARL” y “examen de retiro con patología para seguimiento EPS”, dictámenes de calificación de pérdida de capacidad laboral de la ARL Sura y de la Junta Regional de Calificación de Invalidez con una determinación de PCL igual a 0.0%, los que de conformidad con lo dicho por los testigos decretados en favor del demandado eran ampliamente conocidos por el demandado; y dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que estableció una pérdida de capacidad laboral del 20% con fecha de estructuración del 15 de mayo del 2018; así como las fichas de seguimiento ocupacional (pág. 56 a 75 archivo 16), último con fecha 14 de junio del 2016 que refiere “neurovascular distal normal, arcos de movilidad disminuidos, herida limpia (...) plan de manejo: cita en 4 meses, es decir el día 17 de septiembre del 2016. **El doctor no emite restricciones ni recomendaciones para el desarrollo de las funciones del trabajador”.**

Pues bien, de conformidad con la documental que reposa en el plenario sea del caso entrar a determinar si erró el a quo al indicar que no encontró acreditada la existencia de estabilidad laboral reforzada alguna de cara a los presupuestos indicados jurisprudencialmente, y en observancia a la historia clínica arrimada al plenario por el demandante; al respecto sea del caso señalar que de la historia clínica del accionante se evidencia que tuvo un seguimiento por diversas dolencias desde el 2014 e incluso hasta el 2018, fecha en la que se estructuró su enfermedad de conformidad con lo señalado por el dictamen de pérdida de capacidad laboral; patologías que se contraen de conformidad con el informativo por lo menos en tres a saber, la primera derivada de los traumatismos superficiales no especificados y el diagnóstico de cervicalgia tras el primer accidente de trabajo; las segundas frente a las lesiones del hombro no especificadas surgidas del segundo accidente de trabajo y un tercer diagnóstico de tendinitis manguito rotador derecho y discopatía degenerativa. Sin embargo, se hace necesario entrar a analizar si tales dolencias constituyen una deficiencia en los términos ya mencionados.

De conformidad con lo antes señalado, sea del caso precisar que el juez de primera instancia indicó que no se encontraba acreditada tal discapacidad pues el dictamen de pérdida de capacidad laboral indicó que la fecha de estructuración de la enfermedad lo fue con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, conclusión y argumento que, a juicio de la Sala, no resulta suficiente a efectos de determinar la existencia de la deficiencia que habilite la aplicación de una estabilidad laboral reforzada; no obstante lo anterior, haciendo un análisis íntegro del material probatorio obrante dentro del expediente, especialmente de la historia clínica del acto, no halla esta Sala que la conclusión a la que llegó el juez de primer grado fuere desacertada, pues no se encuentra acreditada la existencia de la deficiencia que predica el recurrente dado que la historia clínica no refleja que la dimensión de las dolencias sufridas por el accionante fuere de tal grado que afectara directamente la labor por él desempeñada; es indiscutido que no cualquier contingencia de salud puede ser considerada como discapacidad y en el caso del demandante no se avizora que su diagnóstico refleje un grado de deficiencia física, mental, intelectual o sensorial de tal magnitud que ciertamente implique una desviación o deficiencia significativa; basta remitirse a la multiplicidad de diagnósticos e intervenciones médicas ya referenciadas para evidenciar que refiere a *"traumatismos superficiales"*, *"cambios leves"*, *"disminución leve"*, *"neurovascular distal normal"*, expresiones que no reflejan el grado de deficiencia que se requiere para activar la presunción contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 sobre el despido discriminatorio y que debe ser *"relevante"* y perceptible.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo de los supuestos exigidos jurisprudencialmente, esto es, la existencia de barreras actitudinales, sociales, culturales o económicas para el trabajador al momento de interactuar con la labor para la cual fue contratado y que impidan el ejercicio de las tareas a él asignadas en condiciones de igualdad, sea del caso indicar que brilla por su ausencia dentro del expediente, prueba alguna que acredite que las patologías sufridas por el accionante influyeran directamente en el desarrollo de sus labores ni que las funciones a él asignadas fueran incompatibles con su estado de salud, como se pasa a desarrollar.

No pasa desapercibido que el accionante sufrió 3 accidentes, los dos primeros de origen laboral y el tercero de origen común; en lo que respecta al primero se observa el seguimiento de incapacidades dentro del expediente, que a su vez quedan acreditadas con la documental obrante en la página 27 del PDF 03 que hace mención de la incapacidad por 10 días desde el día del primer accidente y hasta el 3 de agosto del 2014; en la página 34 del mismo archivo que refiere una incapacidad por 2 días más desde el 4 de agosto del 2014 y recomendaciones laborales posteriores al primer accidente de trabajo y en la

página 51 que indica 5 días de incapacidad posterior al segundo accidente desde el 2 de marzo del 2015; y la obrante a página 43 que indica recomendaciones laborales por 10 días desde el 14 de marzo del 2015.

Ahora bien, frente al tercero de los eventos, cual fue el accidente en moto, no obra constancia del mismo en la historia clínica allegada al plenario; tampoco hay prueba de que generara incapacidad alguna; pese a lo anterior, la ocurrencia de dicho accidente, así como la incapacidad que produjo se desprende de los testimonios rendidos a órdenes del demandado y del informe de reincorporación laboral obrante a folio 65 del archivo 16, en el cual se indica que se trató de la fractura de la clavícula derecha con una incapacidad de 30 días y con fecha de reincorporación a laborar del 19 de diciembre del 2015; en dicho informe queda constancia de que se respetaron las recomendaciones médico laborales expedidas en la valoración del 5 de enero del 2016 y con vigencia hasta el 5 de marzo del mismo año al asignarle al demandante funciones de control de inventarios, entrega y recepción de materiales, orden, aseo y limpieza, entre otras.

Así mismo se observa que de conformidad con la documental obrante en la página 75 del PDF 16, para el 14 de junio del 2016 ya no contaba con recomendaciones ni restricciones médico laborales frente al último de los accidentes sufridos, que impidieran el desarrollo normal de su labor, las que, de conformidad con lo dicho por el señor Luis Páez en su calidad de director de proyecto, se circunscribían, como maestro de obra, a tomar medidas, hacer planeación de sus obras, hace interpretación de planos y bosquejos, solicitar materiales y hablar con residentes, y que por lo menos dos meses antes del retiro, esto es, para el 14 de junio del 2016, se le asignaron nuevas funciones efectuando labores de apoyo en oficinas y almacén de CMQP, archivos de documentos, destrucción de papeles y orden y aseo de las áreas.

De conformidad con lo antes expuesto, no resulta de recibo que las afecciones de salud que tenía el demandante constituyeran reales barreras para el desempeño de su oficio, pues quedando acreditadas las funciones como maestro de obra en los términos antes expuestos, e incluso con la variación de las funciones efectuadas, no con motivo de su estado de salud o como consecuencia de ajustes razonables en observancia de recomendación o restricción médico laboral alguna, sino por necesidades de la empresa como quiera que las obras en el corredor vial estaban llegando a su fin, de conformidad con lo señalado por el demandado desde la contestación de la demanda, no se identifica que tales dolencias impidieran el desarrollo efectivo de la labor para la cual fue contratado; máxime que no acreditó la parte demandante, en virtud de la carga de la prueba que le asiste, que existiera incompatibilidad alguna entre tales labores y dichas

afecciones, ni mucho menos que tales supuestos médicos constituyeran barreras que impidieran el desarrollo de sus funciones en iguales condiciones a los demás trabajadores, pues las limitaciones de movilidad padecidas por el accionante no tienen esa magnitud para influir en el desarrollo de actividades que, como quedó visto, se limitaban a asuntos de planeación y en última medida a actividades propias de oficina.

Por el contrario, encuentra la Sala que el juez de primera instancia en punto del despido sin justa causa analizó el motivo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, cual fue que la obra o proyecto en la que estaba laborando el trabajador estaba llegando a su finalización, por lo cual se hacía necesario cancelar los contratos del personal activo, tema que no es objeto de controversia en el recurso, encontrando acreditada la ausencia de justa causa con el consecuente pago de la indemnización por despido, punto que comparte esta Sala, pues en todo caso la finalización del contrato a término indefinido por los motivos antes expuestos no constituye justa causa y desde luego daba lugar a la causación de la indemnización respectiva, la que fue pagada como quedó acreditado dentro del proceso y que tampoco fue materia de discusión. Sin embargo, tal situación no hace otra cosa que ratificar que el despido no obedeció a conducta discriminatoria alguna por parte del empleador.

Por último, y en lo que respecta al tercero de los supuestos indicados jurisprudencialmente es dable inferir que el empleador efectivamente tenía conocimiento del estado de salud del demandante, pues así se deduce de las fichas de seguimiento en las que se pone de presente la recopilación de recomendaciones médicas en el momento en que fueron efectuadas, el seguimiento de incapacidades, así como también el demandado elaboró el plan de acción frente a las dolencias del accionante, se demuestra que estaban enterados de la cita médica de control asignada para el 17 de septiembre del 2016; e incluso que tenía conocimiento de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, pues le fueron notificados, siendo claro que arrojaron una PCL del 0,0%, aunque después fuera variado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que en últimas determinó una PCL equivalente al 20%, que pese a que la fecha de estructuración fue posterior a la finalización del vínculo dicha situación no se evidencia relevante como quiso hacerlo ver el juez de primer grado, pues en todo caso podía tratarse de una (s) patología (s) que venía (n) en curso y solo se consolidó (aron) hasta tal fecha. Sin embargo, llama la atención que dentro de dicho dictamen se observa que los diagnósticos mencionados en la calificación del origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional se circunscribieron en 4 aspectos a saber i) la mordedura o picadura de insectos no venenosos, ii) la punción o laceración accidental durante un procedimiento, iii) traumatismos de tendón y músculo de la cabeza larga del

bíceps y iv) traumatismos superficiales múltiples; y que los dos primeros diagnósticos no se discutieron dentro del trámite del presente proceso máxime que fueron determinantes dentro de la calificación efectuada al demandante, más aun teniendo en cuenta que no hay certeza sobre la fecha de su ocurrencia o el grado de incidencia de los mismos en la PCL que fuere determinada por la junta nacional; incluso como quiera que dentro del exámen médico de egreso se indicó la persistencia de patologías que debían direccionarse a la EPS, ARL o SOAT, por lo que se tiene por acreditado el tercero de los supuestos, sin embargo, el mismo por sí solo no implica que el demandante gozara de la estabilidad laboral deprecada, ni que la calificación correspondiera exclusivamente a las lesiones que se ventilaron durante la vigencia del contrato, pues, como se dejó sentado en líneas precedentes, el despido no obedeció a un trato discriminatorio ni las deficiencias padecidas por el actor fueron significativas, de tal suerte que no se constituían en una discapacidad propiamente dicha.

Conforme a lo anterior, esta Sala considera que no erró el juez de primera instancia al indicar que el demandante no gozaba de la estabilidad laboral reforzada derivada del fuero de salud, aunque por los motivos aquí expuestos. En ese orden de ideas, al no encontrar elementos que le permitan revocar o modificar la sentencia recurrida en el punto analizado, se confirmará.

Resuelto lo anterior, entra la Sala a abordar el estudio de la culpa patronal solicitada, al respecto vale precisar que la regulación de la culpa patronal se encuentra consagrada en el artículo 216 del CST que indica que, ante la existencia de una culpa suficientemente comprobada por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad laboral, se encuentra obligado a la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Es preciso reiterar que la culpa patronal se configura, entre otras cosas, cuando hay incumplimiento de las normas de seguridad industrial o salud ocupacional, y ese incumplimiento tiene incidencia directa y necesaria en el daño, sin que se pierda de vista que la noción de culpa tiene que ver con la falta de *"aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios"*, como lo asentó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en fallo del 10 de abril de 1975, en el cual retomó, sin duda, la definición consagrada en el artículo 63 del Código Civil, que se refiere a diversas clases de culpa como la grave y la leve, siendo del caso precisar desde ahora que como el artículo 216 del CST no hace ninguna calificación sobre el grado de culpa, se refiere a todas, incluso a la denominada culpa o descuido leve.

De igual manera hay que tener en cuenta que la responsabilidad en estos casos es esencialmente de orden contractual, por cuanto son obligaciones especiales del patrono *"Poner a disposición de los trabajadores, salvo estipulación en contrario, los instrumentos adecuados y las materias primas necesarias para la realización de las labores"*; *"Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud"*, como lo establece el artículo 57 del C. S. del T. Del mismo modo, no hay que dejar de lado que una de las acepciones de la culpa tiene que ver con aquellas conductas en las que el agente no prevé el daño que puede causar un acto suyo, pero que hubiera podido preverlo dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos, en el que la culpa se aprecia teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo anterior se concluye que la indemnización total y ordinaria de perjuicio surge como derecho para el trabajador en aquellos casos en que se demuestra el daño a la integridad del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo y de la acreditación del incumplimiento por parte del empleador de los deberes que le asisten en la protección y seguridad de sus trabajadores, tendiente además a evitar que el trabajador sufra menoscabos en su salud a causa del riesgo laboral al que se encuentra sometido; así las cosas, se acredita la culpa patronal cuando se prueba que la conducta del empleador fue negligente, omisiva e indolente y cuando se establece que el actuar del empleador no fue el adecuado de cara a los deberes que le asisten.

Además, debe recordarse que el artículo 84 de la Ley 9ª de 1979 dispone que todo empleador está obligado a: *"Proporcionar y mantener un ambiente de trabajo en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, establecer métodos de trabajo con el mínimo de riesgos para la salud dentro del proceso de producción"* *"Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentaciones"*; *"adoptar medidas efectivas para proteger y promover la salud de los trabajadores, mediante la instalación, operación y mantenimiento, en forma eficiente, de los sistemas y equipos de control necesarios para prevenir enfermedades y accidentes en los lugares de trabajo. Y el artículo 82 estatuye que "las disposiciones del presente título son aplicables en todo lugar de trabajo y a toda clase de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica de su organización o prestación, regulan las acciones destinadas a promover y proteger la salud de las personas. Todos los empleadores, contratistas y trabajadores quedarán sujetos a las disposiciones del presente título y sus reglamentaciones"*.

Y a su vez en el artículo 85 consagra las obligaciones de los trabajadores en los siguientes términos: *"cumplir las disposiciones de la presente Ley y sus reglamentaciones, así como con las normas del reglamento de medicina, higiene y seguridad que se establezca; usar y mantener adecuadamente los dispositivos para control de riesgos y equipos de protección personal y conservar en orden y ase los lugares de trabajo; colaborar y participar en la implantación y*

mantenimiento de las medidas de prevención de riesgos para la salud que se adopten en el lugar de trabajo”.

Así mismo, el artículo 2 de la Resolución 2400 de 1979 consagra la obligación de los patronos de dar cumplimiento a lo establecido en ese compendio normativo y en las demás normas legales de Medicina, Higiene y Seguridad Industrial, elaborar su propia reglamentación, y hacer cumplir a los trabajadores las obligaciones de Salud Ocupacional que les correspondan, así como proveer y mantener el medio ambiente ocupacional en adecuadas condiciones de higiene y seguridad, de acuerdo a las normas establecidas en tal resolución.

Y el artículo 3 de la Resolución 2400 de 1979 dispone como obligación de los trabajadores, entre otras, la de dar cumplimiento a las obligaciones en materia de medicina, higiene y seguridad industrial de conformidad con las normas legales y la reglamentación que establezca el patrono, utilizar y mantener adecuadamente los elementos de trabajo, dispositivos de control de riesgos y equipos de protección personal que el patrono suministre, acatar las indicaciones de los servicios de medicina preventiva y seguridad industrial de la empresa.

Por su parte, la Resolución 2413 de 1979 por la cual se expide el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción dispone en su artículo 11 como obligaciones de los trabajadores i) cumplir la prevención de riesgos profesionales en las obras para lo cual deberán obedecer fielmente lo establecido en el presente reglamento y sus disposiciones complementarias, así como las órdenes e instrucciones que para tales efectos le sean dadas por sus superiores; ii) recibir las enseñanzas sobre Seguridad e Higiene, que les sean impartidas por el patrón y otras entidades oficiales; iii) usar correctamente los elementos de protección personal y demás dispositivos para la prevención, control de los riesgos profesionales y cuidar de su perfecto estado y conservación, entre otras.

A su vez, indica en su artículo 12 como obligaciones a cargo del personal directivo, técnico y de supervisión: i) cumplir personalmente y hacer cumplir al personal bajo sus órdenes lo dispuesto en el presente Reglamento y sus disposiciones complementarias, así como las normas instrucciones y cuanto específicamente estuviere establecido en la empresa sobre Seguridad e Higiene del Trabajo; ii) Instruir previamente al personal bajo sus órdenes, de los riesgos inherentes al trabajo que debe realizar especialmente en los que indique riesgos específicos distintos a los de su ocupación habitual, así como de las medidas de Seguridad adecuadas que deben observarse en la ejecución de los mismos.

Por regla general incumbe al trabajador probar los supuestos de hecho en los que se funda de conformidad con las reglas de la carga de la prueba; salvo en

aquellos casos en los cuales el sustento de su dicho y de la culpa que se aduce recae en una negación indefinida o en una omisión, caso en el cual incumbe al demandado desvirtuar tales supuestos y acreditar la diligencia y responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y 1604 del Código Civil; y así quedó indicado en sentencia SL957 del 2021.

Ahora bien, la jurisprudencia ha sido clara en establecer ciertos eximentes de responsabilidad como lo es “la culpa exclusiva de la víctima”, que en términos generales se presenta cuando se logra acreditar que el accidente radicó única y exclusivamente en la responsabilidad del trabajador, sin mediar comportamiento reprochable alguno por parte del empleador que tuviese incidencia en el siniestro, pues es en tales supuestos que queda desvirtuado el nexo causal entre la acción o la omisión y el daño, supuestos tales que quedaron así indicados en sentencia SL 14420 del 2014 así:

“La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa”.

Ahora bien, descendiendo al *sublite*, evidencia la Sala que el recurrente desde la demanda hace consistir la culpa patronal en los sucesos acontecidos el 25 de julio del 2014 y el 2 de marzo del 2015, los que, alega, el demandado no dio a sus trabajadores todos los mecanismos de protección requeridos para la ejecución de sus funciones a fin de salvaguardar su integridad, que el demandante al momento del insuceso no tenía línea de vida, ni supervisión y asistencia en tierra del equipo de rescate, ni acompañamiento de un líder de seguridad y salud en el trabajo.

En su recurso el apoderado del demandante agregó que era imposible achacar la culpa exclusiva de la víctima pues resultaba imposible que el trabajador informara al conductor de la volqueta que debía proceder con el descargue del material, lo anterior debido a la distancia entre el lleno del dissipador y la zona en que se encontraba la volqueta y la ausencia de intercomunicadores que permitieran esa comunicación efectiva entre el demandante y el conductor de la volqueta, que no había presencia del equipo de seguridad y salud en el trabajo en la zona de los hechos ni tampoco equipo de rescate en tierra, que en todo caso, los demás trabajadores debieron advertir al conductor de la volqueta que

no procediera con el descargue del material al ver que el maestro de la obra se encontraba en esa zona.

Al respecto vale precisar que el demandado junto con la contestación de la demanda allegó sendas documentales tendientes a establecer su diligencia y cuidado en la provisión de los implementos de seguridad a sus trabajadores, en tal sentido allegó el registro de inducción del demandante donde se socializó la política de salud ocupacional, reporte de accidentes de trabajo elementos de protección personal, notificación de riesgos, entre otros (pág. 45 archivo 16), la notificación efectuada al trabajador en seguridad y salud en el trabajo para el personal operativo de obras donde se le indicaron las normas de seguridad que debía cumplir con firma del trabajador (pág. 46 a 48 archivo 16); la notificación al trabajador de riesgos laborales en cargos de personal directivo, supervisor y personal a cargo firmado por el trabajador en la cual establece como normas de seguridad que debía atender las señales sonoras que advierten un riesgo, atender el entorno del lugar, tener en cuenta el peso máximo que debe levanta, cumplir con las normas de higiene y seguridad que le sean indicadas para su trabajo y velar por su integridad y la de sus compañeros, reportar inmediatamente los accidentes de trabajo, entre otros (pág. 51-53 PDF 16), así mismo allegó el control de entrega de dotación y elementos de protección personal (pág. 90-132 PDF 16), copia del programa de gestión de seguridad y salud en el trabajo (pág. 185-211 PDF 16), manuales de reporte de emergencias y constitución del COPPASO.

El testigo Benjamín Quintana Rueda, testigo presencial del primer accidente y subalterno del demandante indicó que les informaron que iban a *"botar un viaje"*, motivo por el cual salieron del disipador y le dijeron al demandante *"maestro salgase"*, pero este a su vez no quiso, y que al momento de vaciar el material una piedra lo impactó, que al momento de la ocurrencia de los hechos, el trabajador hacía uso de los elementos de protección; que inmediatamente sucedió el accidente se lanzaron a ayudarlo y que ahí estaba el personal de seguridad y salud en el trabajo, por lo que trajeron las camillas y ayudaron a sacarlo por las escaleras del disipador, que ante las advertencias de los presentes el maestro indicó que *"no pararan bolas y que botara la tierra"*; frente al segundo accidente de trabajo indicó que no estuvo presente, agregó que de la empresa le entregaron todas las dotaciones al día para ejercer su labor, que la empresa les hacía charlas y que el día del accidente el protocolo de seguridad se activó inmediatamente.

La testigo Derly Rojas, en lo que interesa al punto que se viene tratando, indicó ser la responsable de realizar el seguimiento al aseguramiento de las obras vigentes que tenía el señor Mario Huertas a nivel nacional, que el demandante sufrió 2 accidentes laborales y uno extra laboral, frente a los accidentes laborales

la empresa activó los protocolos establecidos dentro del plan de emergencias para la atención primaria valorándolo y trasladándolo en caso de ser necesario, indicó que al momento del accidente el demandante tenía los elementos de seguridad y protección personal que requería, que no era necesaria la línea de vida por cuanto trabajaba a nivel de piso; que como maestro de obra tenía a su cargo ciertos procesos constructivos y el direccionamiento de personal a su cargo, que una vez ocurre el accidente se recopila la información a través de la versión del accionado, de los testigos y de ellos surge un plan de acción, se socializa la lección aprendida y se hacen las recomendaciones de seguridad respectivas, que en el primer accidente fue la falta de aseguramiento del área para garantizar la descarga lo que generó el accidente y era el maestro de obra quien tenía que garantizar que ese radio de acción que estuviese despejado, que el demandante hizo caso omiso al llamado a sus trabajadores de que se retirara de la zona y también hizo caso omiso a las alarmas sonoras que tenía la volqueta, que el operador de la maquinaria hace el descargue por orden del maestro de obra, no antes, que en todo el corredor tienen equipo entrenado para garantizar la seguridad, señaló que el inspector Juan Gabriel Cáceres estaba cerca de donde ocurrió el accidente y fue él quien lo atendió inmediatamente, esto es, en un término no superior a 10 minutos; frente al segundo accidente de trabajo indicó que ocurrió en las horas de la mañana sobre las 11:50 am y se reportó a las 4:50 pm que efectuaron el reporte a la ARL y que de lo que se enteraron fue que el señor estaba halando una manguera con la ayuda de 2 compañeros y al hacer la actividad reporta un dolor agudo en el hombro, que tampoco necesitaba línea de vida para esa actividad porque estaban trabajando a nivel de piso, que siempre en sus frentes hay personal de seguridad, brigadistas entrenados y personal activo para atender cualquier tipo de evento.

La testigo Yolanda Niño señaló que conoció 3 eventos de accidente, 2 de ellos laborales, que el primero ocurrió al descargar una volqueta pues de ella salió una piedra que lo golpeó y sufrió una caída a nivel, que dicho accidente se ocasionó por las deficiencias de parte del supervisor que para este caso era el mismo maestro de obra en la ejecución de la labor, ello por no advertir las condiciones en que se desarrollaba el trabajo, no advertir las señales sonoras de la volqueta y no advertir el llamado de los compañeros de que se quitara del lugar; que en el segundo accidente también se encontraba a nivel transportando una manguera con 2 trabajadores, más pese a que sucedió sobre las 11:50 am lo reportó hasta las 4:50 pm, que dentro de su protocolo para atención de eventos tienen identificados unos sitios para equipos de rescate, que estaban ubicados a 200 metros de donde ocurrió el evento, que Juan Gabriel Cáceres fue quien atendió al trabajador y lo trasladó hasta la clínica en un vehículo de la compañía, que ella participó en la investigación del primer accidente y como parte de la investigación entrevistaron a unos testigos, con una breve

descripción de lo ocurrido, que a través de las charlas hacen una socialización de las lecciones aprendidas a todos los trabajadores, incluidos los del frente de obra donde ocurrió el evento, lo que se busca con esas lecciones aprendidas es que no vuelva a ocurrir el suceso.

Por último, el testigo Luis Páez dijo que se enteró que el demandante sufrió un accidente de trabajo pues mensualmente se evidencian tales situaciones en las reuniones del COPASSO, que el accidente consistió en que al momento de descargar una volqueta sale una roca que lo impacta, que el demandante se quedó en el llenado haciendo caso omiso de las personas que le advertían que se retirara, no estuvo presente en el lugar de los hechos pero que lo sabe por ser el director de proyecto, que dentro de las funciones del COPASSO está el hacer la planeación, vigilancia, control y seguimiento de cada obra y de allí salen los lineamientos de las charlas dadas a los obreros, que a ellos se les daba inducción sobre el manejo de extintores, alturas, herramientas, etc., y adicionalmente había lineamientos para cada uno de los profesionales, que se impartían en las charlas dadas por la empresa; que la piedra debería tener a lo sumo 7 u 8 pulgadas pues el material que se requiere para hacer ese llenado no puede ser muy grueso, es un material clasificado; resaltó que en las mañanas se hacen charlas sobre los riesgos de la labor, que la línea de vida únicamente se necesita para el trabajo en alturas y que no la necesitaba el trabajador para la labor que estaba desempeñando cuando ocurrieron los 2 accidentes, que con posterioridad a los accidentes surgen unas lecciones aprendidas, que los jefes de frente son los responsables de velar por su seguridad y la de las personas que tienen a su cargo, que en la investigación que se efectuó se evidenció que el responsable fue el mismo maestro porque las personas le advirtieron que saliera e hizo caso omiso a ello dando la orden de descargue, que el maestro no tenía radioteléfono con el conductor de la volqueta pues esta serie de directrices se daban verbalmente, que una vez ocurrido el accidente de trabajo se despliega automáticamente el plan de protocolo que tiene la empresa con los brigadistas e inspectores, que le prestan primeros auxilios atención médica y trasladado al centro médico.

Pues bien, de las probanzas antes indicadas y a la luz de la normativa y jurisprudencia en cita, para la Sala queda en claro que no erró el juez a quo al indicar que en el primer accidente de trabajo, objeto de recurso, medió culpa exclusiva de la víctima que en todo caso rompe el nexo de causalidad entre el actuar de la empresa y el daño que le acaece al trabajador, pues no solo quedó demostrado con la documental que el demandado entregó oportunamente al demandante las dotaciones e implementos de protección personal necesarios para el desarrollo de su labor, demostrando así un actuar diligente, sino que además dicha diligencia se ve evidenciada de conformidad con lo señalado por

los demás testigos en la elaboración de protocolos de atención y el establecimiento de grupos de acción distribuidos a lo largo del corredor vial, atentos a prestar la ayuda necesaria en caso de un accidente, como sucedió efectivamente, pues el señor Benjamín fue enfático al momento de declarar que auxiliaron al demandante inmediatamente, que llegaron los equipos de rescate en tierra y se hizo presencia del equipo de seguridad y salud en el trabajo en el lugar del accidente, presencia que desconoce el recurrente; por lo cual queda acreditada la diligencia por parte del demandado y la inexistencia de culpa si quiera leve en su actuar, valga precisar que la credibilidad de los testigos de la parte demandada no se ve menguada en los términos señalados por el recurrente, pues su conocimiento de los hechos surge en razón a que hicieron las labores de investigación del accidente.

Más aún teniendo en cuenta que los testigos fueron contestes en determinar que eran instruidos frente a los riesgos a los cuales se veían expuestos en su labor a diario, en reuniones efectuadas por el personal de seguridad y salud en el trabajo, que dicho personal de seguridad y salud en el trabajo se encontraba presente en el lugar de los hechos y que fueron ellos quienes brindaron la atención respectiva de conformidad con el protocolo de emergencias; aunado a lo anterior, de la documental arrimada al plenario a folios 323 a 329 se evidencia la efectiva conformación del personal de brigadistas de emergencias, así como la estructuración del programa de gestión de seguridad y salud en el trabajo; pues bien de tales indicaciones se extrae que el empleador dio cabal cumplimiento a sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo a la luz de las obligaciones plasmadas en la Resolución 2413 de 1979 y la Resolución 2400 de 1979 en los términos antes indicados, no así por parte del trabajador quien no acató las directrices impartidas por los miembros de seguridad y salud en el trabajo en punto de la prevención de los riesgos laborales, pues al confiar en que nada había de sucederle dio la orden de descargue, que lo llevó a sufrir el accidente a que ha venido haciéndose referencia.

Por otra parte, quedó evidenciada en la antedicha documental que le asistía al demandante velar por su propia integridad y la de sus subalternos; situación que quedó en entredicho por la falta de cuidado con la que obró el demandante al negarse a salir del radio de acción que tenía la volqueta al momento del descargue del material, tal situación quedó ratificada además por el propio testigo de la parte demandante y de quien se duele el recurrente por no haber sido valorado en debida forma por el a quo; en todo caso el no tener los radioteléfonos a que hace alusión el recurrente no implica que no hubiese dado la orden de descargue en los términos indicados por el señor Benjamín Quintana, motivo por el cual no puede pretender el demandante una indemnización total de perjuicios causados por su propio actuar imprudente.

Ahora bien, menciona el recurrente que los otros trabajadores no alertaron al conductor de la volqueta sobre la presencia del maestro de obra en la zona de descargue. Sin embargo, tal situación no refleja culpa en el actuar de la empresa, pues no debe olvidarse que quien ostentaba las funciones de jefe en dicha cuadrilla era precisamente el accionante y los demás trabajadores eran sus subalternos, quienes hicieron caso a la orden directa dada a ellos, cual fue la de proceder con el descargue del material.

En punto del segundo accidente de trabajo, el mismo no fue motivo de discordia dentro de los argumentos esbozados por el recurrente, motivo por el cual no se entrará a su estudio de fondo, aunque no aparece acreditación alguna en punto de que el mismo sucediera por culpa del empleador, pues ni siquiera se probaron los pormenores del siniestro.

Así se deja resuelto el recurso interpuesto.

Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial del recurso.

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 29 de mayo del 2020 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el proceso ordinario laboral de JOSÉ ALFREDO JIMÉNEZ GÓMEZ CONTRA MARIO ALBERTO HUERTAS COTES, pero por los motivos aquí expuestos.

SEGUNDO: Costas en esta instancia, a cargo del demandante y a favor de la demandada. Como agencias en derecho se fija 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,



EDUÍN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado

(Con permiso legalmente concedido)

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria