República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-013-2018-00188-01. Proceso Ordinario de Susana Cecilia Amaris Mathieu contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Porvenir S.A.; que se condene a la demandada AFP Porvenir S.A. a devolver las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en el que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora y así

mismo a Colpensiones a que reciba a la demandante como afiliada cotizante y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus peticiones, que nació el 14 de octubre de 1957, contando con 59 años de edad al momento de interponer la demanda, afiliándose al régimen de prima media con prestación definida el 1° de febrero de 1982 hasta y hasta el 212 de agosto de 1997; que al momento de efectuarse el trasladó se le informó que el ISS se iba a liquidar y sus aportes quedarían en riesgo y se le indicó que se podría pensionar a una edad anterior y con una mesadas superior, no obstante, no se le efectuó una liquidación del posible derecho que le correspondería, ni se le informó acerca del monto que debía acreditarse para el derecho pensional, ni acerca de los beneficios o perjuicios que traería tal situación, ni la posibilidad de retornar en el año 2004; que la actora de conformidad con el documento de fecha 8 de febrero de 2018, le informa que ha cotizado 1373 semanas en su vida laboral, ahorrando como capital la suma de $273.022.580 y que podría obtener una mesada pensional por la suma de $946.900 a la edad de 62 años y una tasa de reemplazo de 23.47%, efectuando aportes por un total de 1460 semanas, no obstante, en el RPM administrado por Colpensiones, a la edad de 57 años obtendría una mesada pensional por la suma de $3.506.836; que elevó solicitudes de nulidad de traslado ante las accionadas el 21 de septiembre de 2017 ante Colpensiones y el 20 de septiembre de 2017 y 5 de febrero de 2018, las que fueron negadas mediante escritos de fecha 21 de septiembre de 2017 y 8 de febrero de 2018, respectivamente.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y prescripción y caducidad. Por su parte la demandada Porvenir S.A. propuso

entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa y buena fe.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de las pretensiones al considerar que la demandante no puede predicar la nulidad sobre el primer fondo de pensiones es decir la AFP Horizonte S.A., por cuanto volvió en varias ocasiones al mismo fondo inicial, trasladándose de Porvenir a Horizonte en más de cuatro ocasiones y de esta forma ratificó su voluntad y comodidad con la primera AFP a la que se afilió y por ello no se advierten vicios en su consentimiento.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

El apoderado de la demandante solicitó se revoque la decisión de primer grado, al considerar que el juzgador de primera instancia no tuvo en cuenta que Porvenir S.A. no demostró que no hubo un vicio del consentimiento y que a la demandante en ningún momento se le informo acerca de las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, pues si bien es cierto hubo varias afiliaciones entre fondos privados, en ninguna de las oportunidades se le presentó una asesoría clara, precisa y suficiente como lo exige el órgano de cierre de esta jurisdicción, advirtiendo que mediante sentencia SL 1688, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, estableció que no se debe determinar expectativas pensionales, o ser beneficiario del régimen de transición, por cuanto se debe acreditar la información brindada frente a las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, a la totalidad de sus afiliados.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si la demandada AFP Porvenir se encuentra obligada a trasladar el valor de las cuotas de administración.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia*

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los

---

no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado formularios de afiliación a distintos fondos privados de pensiones, no permiten establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el

reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se revocará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuados por la actora, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Finalmente, no es posible acoger la tesis expuesta por el aquo, en el entendido que con ocasión de los múltiples traslados efectuados por la demandante en el RAIS, obtuvo la información necesaria acerca de los beneficios y perjuicios del mismo, ya que si bien en principio tal información es cierta, también lo es, que la falta de información del afiliado se verifica al momento en que se efectuó el traslado primigenio y no con posterioridad, por cuanto es en dicho momento en el que se materializa el perjuicio para el afiliado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante SUSANA CECILIA AMARIS MATHIEU al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES, atendiendo las motivaciones de esta sentencia. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen, atendiendo las consideraciones de la decisión. **CUARTO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte

demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo para cada una de ellas. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., Treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-008-2014-00201-01. Proceso ordinario de Neil Leal Suaza contra Seguridad y Vigilancia Colombiana Sevicol Limitada y Otro (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de marzo de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor NEIL LEAL SUAZA convocó a la sociedad SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LIMITADA, para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 12 de marzo de 2008 y el 30 de abril de 2011, con ocasión del contrato marco No. 5203135 suscrito con ECOPETROL S.A., así como, que se declare la solidaridad entre dichas sociedades, la primera como principal y la

secundaria por ser la beneficiaria de la prestación del servicio y que como consecuencia de las anteriores, se condene a cancelar la diferencia salarial dejada de percibir con ocasión del acuerdo marco suscrito entre las dos encartadas, así como la diferencia de las prestaciones sociales y vacaciones causados en vigencia de la relación laboral, al pago completo de las cesantías establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, junto con el pago de la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T., la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que la demandada ECOPETROL S.A. abrió convocatoria para proveer el servicio de escolta, dentro del que participó la empresa Seguridad y Vigilancia Colombiana Sevicol Ltda., por lo que entre estas se suscribió contrato No. 5203135, en el que en su cláusula 5ª, numeral 47, que la empresa de vigilancia se comprometía a cancelar a cada uno de sus trabajadores la suma de $1.734.502, más los recargos de ley; que de forma posterior, se contrató al hoy demandante para desempeñar el cargo de escolta siendo asignado a la seguridad y protección personal de trabajadores de Ecopetrol S.A.; que la demandada SEVICOL disminuyó en un 50% el salario pagado a sus trabajadores, estableciéndose con el demandante un salario por la suma de $952.000 a partir del 15 de diciembre de 2008, a partir del 15 de diciembre de 2009 la suma de $1.025.018, a partir del 1° de diciembre de 2010 la suma de $1.025.018 diarios; que con una remuneración inferior se mantuvo el demandante durante la vigencia de la relación laboral, prestando sus servicios de forma directa en el cargo de escolta a altos funcionarios de Ecopetrol S.A., de quienes recibía órdenes y se cancelaba la remuneración respectiva, todo ello, frente al contrato marco suscrito entre las hoy demandadas; que las prestaciones sociales fueron calculadas con un salario inferior al pactado en el contrato marco No. 5203135, consignándose un valor inferior por

cesantías y demás prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema Integral de Seguridad Social; que entre Sevicol y el demandante se suscribieron varios contratos, que contrariaron los valores acordados entre las sociedades; que con la actuación realizada por las encartadas hay lugar al pago del lucro cesante, daño moral y vida en relación, así como a la sanción moratoria por el pago incompleto de salarios y prestaciones sociales que debió percibir el trabajador; que se adeuda al actor el incremento anual del salario, conforme con el aumento salario en favor del contratista.

En la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.A., se declaró probada la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de la demandada ECOPETROL S.A., por lo que mantuvo el litigio únicamente con la demandada SEVICOL LTDA.

Frente a las súplicas, la aquo, absolvió a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, bajo el sustento que entre el demandante y la demandada Sevicol se suscribieron tres contratos de trabajo continuos, por lo que no podían derivar en la existencia de un único contrato de trabajo. Así mismo, señaló frente al pago de la diferencia de las prestaciones sociales, que no era procedente tal situación, como quiera, que en el contrato marco suscrito entre ECOPETROL S.A. y SEVICOL LTDA, se generaron una serie de explicaciones dentro de la contratación, en el sentido que el valor máximo que podría percibir cada trabajador era la suma de $1.734.502, monto que incluía el salario básico mensual, más los recargos, horas extras y trabajo dominical y festivo. Aunado a lo anterior, indicó la falladora de primer grado, que el actor no demostró que se hubiere cancelado un salario mayor al establecido en las nóminas de pago y que generara la reliquidación peticionada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue totalmente adversa al demandante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, así como la finalización del mismo, la Sala entrará a analizar, la modalidad bajo la cual se contrató al ex trabajador, así como determinar si la cláusula 5ª numeral 47 referente al salario que debió devengar los trabajadores de la demandada SEVICOL LTDA, le es aplicable al mismo y de encontrase probado el anterior presupuesto, establecer si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no consignación completa de cesantías y sanción moratoria.

Pretende el demandante se declare la existencia de un contrato realidad con la demandada empresa de Seguridad y Vigilancia Colombiana Sevicol Ltda., la que derivaría en la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, de lo que se puede extraer, que la encartada no desconoce la prestación personal del servicio efectuada por el señor Leal Suaza, por lo que en principio se acreditaría la relación laboral deprecada, no obstante, la pasiva afirma que el vínculo laboral se originó mediante un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año y con posterioridad se suscribieron contratos bajo la modalidad de obra o labor, respetando las condiciones pactadas en los contratos individuales de

trabajo e incluso, pactando un salario superior al pactado con el demandante, junto con el trabajo suplementario.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 45 del C.S.T. establece las modalidades bajo las cuales se puede pactar el contrato de trabajo, siendo ellas por tiempo determinado, por la duración de la obra o labor contratada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional o transitorio.

En ese orden de ideas, se advierte que a folios 47 y 48 del plenario, se encuentran copias de los contratos de trabajo suscritos con la demandada denominados *"CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR DURACIÓN DE UNA OBRA O LABOR DETERMINADA"*, suscritos el 8 de septiembre, 30 de noviembre 2010 y el 30 de abril de 2011 y con fecha de iniciación de labores a partir del día 8 de septiembre de 2010[1], sin que de los medios probatorios se logre extraer, el contrato a término fio inferior a un año que adujo la encartada, así como tampoco, lo concerniente con el extremo inicial manifestado por el demandante, por lo que se advierte que la iniciación en la prestación de los servicios por parte del actor se demuestran desde el 8 de septiembre de 2010.

En ese orden de ideas, los contratos por duración de una obra o labor determinada se pactó para que el actor desempeñara las funciones de conductor escolta, bajo el supuesto del contrato suscrito entre la empresa de vigilancia y Ecopetrol S.A. No. 5203135, relación civil comercial que mantuvo unos extremos temporales por el período comprendido entre el 1° de abril de 2008 y el 30 de abril de 2011, conforme se puede extraer del acta de Liquidación Final Bilateral del Contrato, visible a folios 236 a 238 del plenario.

---

[1] Cfr. Fl. 52, 53 y 207.

Aunado a lo anterior, se advierte que la demandada efectuó el pago de la liquidación final de las prestaciones sociales, durante cada una de las vigencias de los mismos, esto sobre el salario pactado en los contratos de trabajo.

Así las cosas, se advierte que se arriba a idéntica conclusión a la que llegó la Juzgadora de primer grado, por cuanto si bien se prestó el servicio por parte del demandante sin interrupción alguna y a favor de las mismas encartadas, también lo es, que la normatividad permite que entre las partes pacten la modalidad que va a regir la relación laboral, situación que es la que se advierte del plenario, pues el vínculo se mantuvo bajo la modalidad de obra o labor contratada, situación permitida por la normatividad laboral y que pretende, como en el caso bajo estudio, mantener en el tiempo el vínculo laboral con el trabajador, sin que por ello se pueda avizorar la existencia de un único vínculo contractual con el demandante, ni mucho menos, el interés de la demandada SEVICOL LTDA. en no cumplir con las obligaciones contraídas, pues lo que se denota de los medios probatorios allegados al proceso, es que el vínculo con el demandante se dio bajo un contrato de trabajo y dicha encartada canceló salarios y prestaciones sociales al momento de liquidarse cada contrato de trabajo suscrito entre las partes, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado frente al concepto estudiado, en el sentido de la existencia de tres contratos de trabajo.

Ahora bien, en lo atinente con el salario que realmente debió devengar el ex trabajador, se advierte que el contrato No. 5203135 suscrito entre ECOPETROL S.A. y SEVICOL LTDA, en su cláusula 5ª, numeral 47, dispuso:

"47. Contratar a todo su personal, remunerándolo con el salario básico mensual de UN MILLÓN SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS DOS PESOS COLOMBIANOS ($1.734.502) adicionando en los casos que aplique los recargos que establece el CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. EL CONTRATISTA es autónomo en la elección del personal que prestará los servicios. Los trabajadores de ECOPETROL no podrán directamente, ni por interpuesta persona imponer, seleccionar, recomendar o señalar a ningún aspirante para que sea vinculado en la prestación del servicio.".

De acuerdo con lo anterior, se advierte que si bien en dicho contrato se pactó entre las sociedades que lo suscriben, que se deberá contratar a los trabajadores pagando un salario básico por la suma de $1.734.502, también lo es, que dicha exigencia no puede ser solicitada, ni materializada en favor del trabajador, por cuanto el mismo es oponible entre las personas jurídicas que lo suscribieron y no frente a terceros respecto de los que no se genera dicha obligación y por ello, debe ser ECOPETROL S.A., quien solicite el incumplimiento de las obligaciones del contrato, toda vez que los efectos del mismo son inter partes y es dicha sociedad, quien debería solicitar el pago de los perjuicios o las multas establecidas en el numeral 9° del mismo.

Aunado a lo anterior, debe indicarse, que si bien en dicho contrato se estableció el salario que deberían percibir los trabajadores, también lo es, que entre el demandante y la demandada SEVICOL LTDA, se pactó un salario inferior al establecido en el contrato No. 5203135 y respecto del que se reitera, no tenía la obligación de cumplir dicha encartada respecto del trabajador, por cuanto exigir el cumplimiento e incumplimiento del mismo se encuentra en cabeza de ECOPETROL S.A.

Aunado a lo anterior, se encuentra que tal como lo indicó la aquo, en el acta informativa dentro del proceso de selección No. 512525 de fecha 8 de febrero de 2008, se estableció en el numeral 5 referente a *PREGUNTA/OBSERVACIÓN*, lo siguiente:

> *"... el salario básico establecido es de $1.734.500, les solicito aclarar el número de horas que incluye ese salario básico y si es de lunes a sábado o incluyendo domingos y festivos. Sobre esa base arriba mencionada, se deben calcular las horas extras y recargos de ley.*
>
> ***RESPUESTA:*** *...*
>
> *El salario básico mensual que contempla ECOPETROL contiene salario por la jornada ordinaria laboral más el valor de horas extras permitidas por la normatividad más recargos nocturnos.*
>
> *El salario básico mensual no contiene los recargos por trabajar los días sábados, domingos y/o festivos, valores que deben ser reconocidos adicionalmente al ESCOLTA y que el PROPONENTE debe tarifar.".*

Del documento anterior, se puede extraer que si bien se pactó la suma de $1.734.500.oo, como suma que debería ser cancelada a cada trabajador de la demandada SEVICOL LTDA., con ocasión del contrato suscrito con ECOPETROL S.A., también lo es, que el mismo comprendida no solo el salario básico mensual, sino además, las horas extras permitidas por el Ley y los recargos nocturnos en los que el trabajador desempeñara sus funciones, por lo que la empresa de seguridad debía calcular el monto del salario, más lo concerniente con las horas extras y recargos nocturnos que debería laboral, sin que por tales conceptos se pudiere devengar un monto superior a la suma de $1.734.500, advirtiendo, que de efectuarse u pago superior, era por los conceptos de días sábados, domingos y festivos en los que se prestara el servicio, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado en su integridad, sin que sea necesario efectuar un pronunciamiento mayor frente a la sanción por la

no consignación completa de cesantías, la sanción moratoria y la indexación, teniendo en cuenta que las mismas eran accesorias a la pretensión principal.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primer grado estarán a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado quedan a cargo del demandante y sin ellas en segunda instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-003-2018-00260-01. Proceso Ordinario de Alexander Mejía Reita contra Avantel S.A. (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de agosto de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante se reconozcan y paguen todas y cada una de las comisiones dejadas de liquidar y que como consecuencia de ello, se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que se hayan visto afectadas y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, afirmó que fue vinculado a la demandada mediante contrato a término indefinido el 7 de febrero de 2008, pactando un salario mensual mixto, ya que se incluía el salario básico, más comisiones por gestión comercial y sectorización y asignación de mercados; que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo el 7 de abril de 2016, momento en el que se efectuó el pago de las prestaciones sociales por la suma de $17.561.944, así como una bonificación conciliatoria por la suma de $35.273.532, no obstante, la bonificación se canceló en la suma de $29.771.532 por cuanto no se asumió el porcentaje de retención mínima por parte de la demandada; que el acurdo de transacción se suscribió el 26 de agosto de 2016, en el que se dejó constancia que el actor había solicitado revisión de las comisiones y que la compañía se encontraba en dicho proceso, por lo que se efectuó nueva liquidación y pago por el monto de $9.298.624 el 17 de noviembre de 2016; que en las liquidaciones efectuadas no se incluyeron el total de las comisiones causadas por el trabajador que fueron reclamadas de forma oportuna, por lo que el 19 de enero de 2017 comparecieron las partes ante la Inspección del Trabajo RCC 19, en la que no se produjo acuerdo alguno.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, pues del material probatorio allegado al proceso y los escrito de demanda y contestación, no se podía establecer las comisiones que fueron dejadas de cancelar al actor, así como, que las que aparecen en los correos electrónicos y de conformidad con la respuesta brindad, fueron canceladas al trabajador en su oportunidad, sin que se pudiera establecer monto alguno a favor del demandante y por ello, tampoco es consecuente la reliquidación de las prestaciones sociales.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las sigueintes

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales del mismo, ni la forma en que se pactó el salario que devengaría el trabajador, así como que la terminación del vínculo laboral fue por mutuo acuerdo, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si al actor le fueron dejadas de cancelar comisiones, producto de las gestiones realizadas en favor de la demandada.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en el contrato suscrito entre las partes y en el acápite denominado como *CARACTERÍSTICAS DE LA CONTRATACIÓN*, se estableció una remuneración mixta, compuesta por una suma fija básica mensual por la suma de $1.100.000, más comisiones por gestión comercial, de acuerdo con el plan de compensación y por un concepto de sectorización y asignación de mercados, que consistía en la posibilidad de segmentar de forma territorial los servicios donde debía prestar el servicio el trabajador, enfatizando, que el actor no reclama de forma alguno lo referente con el salario básico mensual, ni el pago por sectorización y asignación de mercado, pues el único concepto que se echa de menos por el actor es el correspondiente a las comisiones.

Bajo el anterior presupuesto, se advierte que el artículo 127 del C.S.T. establece que el salario no es solo toda suma ordinaria, fija o variable, sino cualquier pago que retribuya de forma directa la prestación del servicio, sin importar la denominación que se le dé, por lo que el

concepto de comisión por gestión comercial, se entiende como salario por haber sido pactado en dicha forma por el demandante.

En ese orden de ideas, se advierte que el acta de transacción suscrita entre las partes el 26 de agosto de 2016, mediante el cual se dio por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en su cláusula duodécima se estableció:

> *"**DÉCIMO SEGUNDO:** Que en consecuencia el único valor pendiente por cubrir corresponde a la BONIFICACIÓN POR RETIRO, suma que se cancela a la firma de la presente acta cuyo valor es de $29.771.532, que para pagar esta suma, AVANTEL S.A.S. entrega al ex trabajador y ésta recibe y acepta el cheque No. 098274 del BANCO DE OCCIDENTE.*
>
> *No obstante lo anteriormente manifestado, el señor Alexander Mejía luego de la fecha de terminación de la relación laboral, solicita a la compañía AVANTEL S.A.S., una revisión sobre algunos presuntos pagos de comisiones y es por ello que se ha demorado la entrega de la bonificación; sin embargo, frente a este tema, es menester manifestar que la Ex Empleadora, se encuentra aún en proceso de verificación de las comisiones señaladas por el señor Mejía, por cuanto es un proceso contable dispendioso y en todo caso sin aportarse a la fecha ninguna prueba de la existencia de la presunta deuda. Se aclara que tan pronto como esta revisión termine se estará contactando al señor Alexander Mejía a fin de informarle las resultas. (...)".*

Bajo el anterior supuesto, se advierte que si bien el actor solicita el reconocimiento y pago de comisiones dejadas de liquidar por la encartada, se advierte que dentro del libelo demandatorio el extremo activo no refirió de forma alguna los montos adeudados o los conceptos reclamados, sino que tanto su pretensión, como los fundamentos fácticos se realizaron de forma genérica, por lo que nos debemos remitir a los medios probatorios aportados al plenario.

Al respecto, se encuentra comunicación dirigida por el actor a la hoy demandada el 23 de agosto de 2016, mediante la cual peticiona se brinde respuesta acerca de las comisiones adeudadas y que ya han transcurrido 4 meses sin obtener respuesta a la misma, la que fue reiterada el 7 de octubre de la misma anualidad mediante correo electrónico[1], pero en el que informó que ya habían transcurrido 6 meses sin obtener el pago de las comisiones.

De igual forma, el actor remitió comunicación a la encartada el 14 de octubre de 2016, en la que indicó:

> *"De manera atenta me permito hacer entrega de los documentos que soportan las comisiones pendientes de pago a la fecha. Anexo 341 folios que contienen los contratos, solicitudes y demás soportes de los contratos celebrados; los cuales en este momento ya han sido cancelados en su totalidad por parte de los clientes. (...)".*

Así mismo, reiteró la comunicación vía correo electrónico el 2 de marzo de 2017, en la que informa el ex trabajador que se adeudan las comisiones del cliente Fondo de Vigilancia y Seguridad de Santa Fe de Bgo, correspondiente a la cantidad de planes de 465, 100 y 100 y en el que refiere *"adjunto cuadro con la reclamación que siempre he realizado, en verdad no es cosa del otro mundo por favor verifiquen con el área de comisiones si se pag[ó] o no el resto de las comisiones que menciono, ustedes me pagaron una parte y falta otra, no es m[á]s"*, y ya en el correo de fecha 15 de marzo de la misma anualidad informó el hoy demandante *"... En el cuadro enviado les esto[y] suministrando la oportunidad con que inicio el contrato y la oportunidad con que se*

---

[1] Cfr. Fl. 28.

renov[ó] que qued[ó] consignado en el CRM, la oportunidad de arranque fue lo que me pagaron verifiquen la oportunidad final y ahí está el resto y con eso la liquidación de los meses restantes, en la oportunidad m[á] grande me deben 7 meses y en la m[ás] pequeña 9 meses".

Sin embargo y pese a lo anterior, no se acreditó por el actor las comisiones dejadas de pagar, pues de los escritos a que se ha hecho referencia, ni siquiera el actor tiene claridad acerca de si se efectuó el pago completo de las comisiones o se quedó adeudando algún monto, con ocasión de las prórrogas de los contratos, más aún, si se advierte que a folio 63 la encartada aportó copia de las respuestas brindadas al actor y en las que menciona que el concepto reclamado del Fondo de Seguridad y Vigilancia se canceló en el mismo acto, por las sumas de $28.923.445 y $40.595.639 pagados en la nómina de enero de 2013, por lo que del material probatorio no se advierte de forma alguna los conceptos que por comisiones le quedaron adeudando al trabajador.

Advertido lo anterior, se evidencia que la parte actora incumplió con la obligación impuesta en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analogía al procedimiento laboral de conformidad con el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., referente a la carga dinámica de la prueba, que impone a cada parte probar los supuestos de hecho en que funda su acción o su defensa, situación que como se dijo con anterioridad, no fue acreditada por el actor, pues no demostró ni los conceptos de las comisiones, ni las sumas dejadas de pagar, por lo que se debe absolver de los pedimentos de la demanda; razones por las cuales se CONFIRMARÁ la sentencia consultada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin **COSTAS** en las instancias dada la absolución efectuada por el fallador de primer grado de dicho concepto y por el estudio efectuado en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-035-2016-00717-01. Proceso Ordinario de Clara Inés Orjuela contra la Empresa de Administración pública Cooperativa Para la Gestión Territorial en Liquidación y Otros (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de febrero de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia tres contratos de trabajo, el primero de ellos con la Empresa de Administración pública Cooperativa Para la Gestión Territorial en Liquidación y Emiro Madera por el período comprendido entre el 10 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2009, el segundo con la Corporación Politécnica Nacional de Colombia e Igor Iván Madera

Sepulveda por el período comprendido entre el 1° de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013 y el tercero teniendo como empleador a la Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo e Igor Iván Madera Sepulveda por el período comprendido entre el 1° de enero de 2014 y el 30 de septiembre de la misma anualidad, declarando para ello la sustitución patronal ente los empleadores y como consecuencia de ellas, se condene al pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema General de seguridad Social Integral causadas durante las vigencias de las relaciones laborales, junto con la indemnización por el no pago de los intereses a las cesantías, la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por cada día de retardo y los intereses moratorios causados a partir del mes 25, la indemnización por despido sin justa causa, la indexación y las costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que inició a laborar para la Empresa de Administración Pública Cooperativa Para La gestión Territorial en Liquidación a partir del 1° de agosto de 2001, mediante contrato verbal, desempeñando el cargo de oficios varios, con un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., pactando como retribución el salario mínimo legal mensual vigente, hasta el 31 de diciembre de 2009; que a partir del año 2010 se le informó que quien pagaría su salario sería la Corporación Politécnica Nacional de Colombia, con un horario de trabajo de lunes, miércoles y viernes de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., por el período comprendido entre el 1° de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013; que a partir del 10 de enero de 2014 y hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad, se le informó que quien cancelaría el salario sería la Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo; que elevó reclamación a sus empleadores en el mes de octubre de 2014 solicitando el reconocimiento de los derechos laborales, no obstante, el 22 del mismo mes

y año se contestó de forma desfavorable la petición, por cuanto se niega la existencia de la relación laboral, que se citó a la demandada Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo ante el Ministerio del trabajo, no obstante la misma no compareció; que durante la vigencia de la relación laboral no se cancelaron las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, ni se compensó con dinero las vacaciones, ni se realizó el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social.

El *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, al considerar que la parte actora incumplió con su carga probatoria contenida en el artículo 167 del C.G.P., ya que de los medios de prueba no se puede extraer si quiera la prestación personal del servicio, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T., por lo que al no evidenciarse la pretensión principal referente al contrato de trabajo, no hay lugar a imponer condena alguna en contra de las encartadas.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con las peticiones elevadas por la actora, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar la existencia de las tres relaciones laborales reclamadas y de encontrarse probadas, establecer si es o no procedente la concesión de las prestaciones sociales, la compensación de las vacaciones y demás indemnizaciones y sanciones peticionadas.

En ese orden, en cuanto las pretensiones de la demanda recaen sobre la declaratoria de existencia de contrato de trabajo, corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.[1] basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

Por lo tanto, a efectos de acceder favorablemente a las pretensiones de la demanda, al tenor de lo dispuesto en el artículo 166 del CGP, le correspondía a la demandante a lo sumo acreditar la prestación personal del servicio en el periodo frente al que reclama la existencia del vínculo laboral, para que en aplicación a la presunción a la que se ha hecho alusión se entienda acreditada la relación de trabajo que reclama.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el demandante aduce que prestó servicios personales a favor de las demandadas por los períodos

---

[1] Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.

comprendidos entre el 10 de agosto de 2001 y el 31 de diciembre de 2009, entre el 1° de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2013 y entre el 1° de enero de 2014 y el 30 de septiembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, se aportaron como pruebas documentales reclamación del mes de octubre de 2014, en la que la actora eleva petición a la Corporación Politécnica Nacional de Colombia y a la Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo, en las que se solicita se aclare la situación laboral, se informe si fue despedida, se aporten desprendibles de pago de nómina, copia de la afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social y el pago de las prestaciones sociales durante la vigencia de las relaciones laborales, las que fueron contestadas por dichas entidades el 22 de octubre de la misma anualidad[2] y en la que se informa, que no existió vinculación laboral por cuanto la accionante no quiso firmar el contrato de trabajo, así como, que no existe la carta de despido, por cuanto las entidades no existían para el año 2001 y que no existe documentos que soporten el pago de nóminas, ni aportes a seguridad social, por cuanto no se originó el vínculo laboral con ninguna de las entidades requeridas.

De igual forma, se advierte constancia de comparecencia expedida por parte del Ministerio del Trabajo, mediante la Inspección del Trabajo y seguridad Social de fecha 12 de noviembre de 2014, en la que se dejó sentada la solicitud respecto del reclamo de prestaciones sociales, así como, requerimientos efectuados por la UGPP en los que constan unas anomalías con la afiliación y pago al Sistema de Seguridad Social por parte de la Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo de fechas 20 de noviembre y 22 de diciembre de 2014, no obstante, la primera de ellas hace referencia a la petición que radicara la demandante señora Clara Inés Orjuela ante dicha entidad y la segunda, es la respuesta de la misma,

---

[2] Cfr. Fl. 20 y 21.

mediante la cual se le informó a la actora el inicio del cobro directo de los aportes reclamados y que de ser procedente, se podría dar inicio al proceso coactivo, no obstante, de dichos documentos no se puede extraer de forma alguna los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

De acuerdo con lo anterior, se advierte por esta Sala de Decisión que no se acreditó de forma clara y contundente por la parte actora la existencia de los vínculos laborales reclamados, sino que por el contrario, los mismos no logran salir del terreno de los supuestos, pues los únicos documentos que podrían dar fe del contrato reclamado, son las contestaciones brindadas por parte de la Corporación Politécnica Nacional de Colombia y a la Corporación Nacional de Bibliotecas para la Investigación y el Desarrollo, en la que indican que no se generó la relación laboral, por cuanto no se quiso firmar el contrato respectivo por parte de la hoy demandante, lo cual podría indicar que en efecto se pudo generar una posible prestación personal de los servicios, pero no su carácter permanente en el tiempo, más aún, cuando de las mismas contestaciones se informa que tales entidades no existían en el año 2001, por lo que no se puede proceder con la declaratoria de los contratos de trabajo reclamados.

Aunado a lo anterior y en gracia de discusión, tampoco se acreditó por la demandante los extremos temporales que rigieron las relaciones por ella indicadas, por lo que se advierte un incumplimiento total en la carga procesal contenida en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral de conformidad con el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que le imponía el deber de demostrar los supuestos fácticos en los que funda su acción laboral, sin que se haga necesario analizar las demás pretensiones elevadas por la parte actora referentes al pago de los derechos laborales y sanciones, como quiera que la pretensión principal y que origina el derecho a su reconocimiento se encuentra llamada al fracaso, por lo que en las

condiciones analizadas, considera la Sala no resta más que confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Hasta acá el análisis del Tribunal. Costas de primer grado a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de febrero de 2018, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. Costas de primer grado a cargo de la demandante y sin ellas en el recurso de alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-011-2016-00137-01. Proceso ordinario de Luis Alfonso Herrera contra José Rodolfo Hernández Cubillos (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de noviembre de 2017 en la que, para lo que interesa al recurso, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES:

El señor LUIS ALFONSO HERRERA convocó al señor JOSÉ RODOLFO HERNÁNDEZ CUBILLOS, a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido por el período comprendido entre el 1°

de octubre de 2011 y el 10 de marzo de 2014 y que como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por la no consignación de las cesantías en un fondo, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria contenida en el artículo 65 del C.S.T. y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que ingreso a laboral mediante contrato verbal el 1° de octubre de 2011, para desempeñar el cargo de operario, devengando como último salario la suma de $800.000, en el horario comprendido entre las 6:00 a.m. y las 5:00 p.m. de lunes a sábado; que el actor no fue afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral, ni le fueron canceladas las cesantías durante la vigencia de la relación laboral; que el actor desempeñó sus funciones de forma personal y permanente, encontrándose siempre subordinado a las órdenes de su empleador; que el 10 de marzo de 2014 fue despedido sin justa causa y sin que se procediera con el pago de sus prestaciones laborales.

Frente a estas súplicas, la aquo, si bien encontró probada la prestación del servicio, también advirtió que la relación no se configuró en una de carácter laboral, pues se desvirtuó la subordinación del contrato de trabajo, pues el actor podía laborar para otros comerciantes del sector de Corabastos o incluso para varios de ellos en un mismo día, así como, que no se acreditó de forma alguno los extremos temporales que rigieron la relación laboral, ni las condiciones de tiempo y lugar, situaciones propias que debió acreditar el demandante, por lo que incumplió lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. y por ello absolvió de las súplicas de la demanda.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo anterior, el análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por el demandante, y si hay lugar a la declaración de los derechos reclamados en el escrito promotor del litigio.

Corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de una relación laboral: i) prestación personal del servicio; ii) retribución o salario, y; iii) la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador; de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presuma la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, el actor aportó como único medio probatorio declaración extra juicio rendida por Israel Narváez y Luis Eduardo Hernández Barreto, en la que dichas personas indicaron:

> *"QUE CONOCEMOS DE VISTA TRATO Y COMUNICACIÓN DESDE HACE 43 Y 15 AÑOS RESPECTIVAMENTE AL SEÑOR* ***LUIS ALFONSO HERRERA*** *IDENTIFICADO CON C.C 14.276.394 DE RIOBLANCO, CONOCIMIENTO POR EL CUAL SABEMOS Y NOS CONSTA QUE [É]L TRABAJ[Ó] EN UNA BODEGA DE ABASTOS DESDE EL AÑOS 2011 Y SE RETIR[Ó] EL 10 DE MARZO DE 2014 POR LESIONES EN LA COLUMNA.".*

Atendiendo el anterior documento, de la declaración rendida por los deponentes no se puede establecer de forma alguna a quién prestaba sus servicios el demandante, ni la prestación personal del mismo, así como tampoco los extremos temporales de la relación laboral, la subordinación y mucho menos las condiciones contractuales del vínculo que supuestamente lo unió con el hoy demandado señor Luis Alfonso Herrera Cubillos.

Aunado a lo anterior, se advierte que si bien tanto el encartado señor Herrera Cubillos, como por los testimonios de los señores Danilo Rodríguez Cascativa, José Vicente Torres Rodríguez y Carlos Helí Ortiz Rivero recepcionados ante la falladora de primer grado, indicaron que en efecto el actor prestó sus servicios a favor del demandado, también lo es, que dicha prestación personal fue de forma intermitente y que el actor no tenía un empleador directo, pues se encargaba del cargue y descargue de camiones que contenían bultos de papa criolla, los que eran comprados entre varios comerciantes y cada uno de ellos le cancelaba por separado, de acuerdo a la cantidad de bultos que moviera en su jornada, para lo cual se pagaban 400 pesos por carga, obteniendo un salario diario por la

suma de $30.000 diarios, de lo que se puede advertir que si bien se pudo originar una prestación de servicios, la misma era de carácter intermitente y de la que no se puede predicar un único empleador, siendo ello contrario a lo establecido por la aquo.

De igual forma, de las mismas declaraciones se puede establecer que incluso y en gracia de discusión de indicarse que existió dicha prestación personal, también lo es, que tal como lo indicó la falladora de primer grado, se acreditaría un vínculo contractual diferente al de un contrato de trabajo, ya que, el actor no tenía obligación alguna de asistir a un sitio de trabajo, sino que por el contrario asistía a las bodegas a efectuar su labor de descargue en los días que tenía disponible, por cuanto en otros días podía prestar sus servicios ante otras personas, sin que ello implicara llamados de atención, ni el impedimento de poder realizar sus actividades con posterioridad al servicio del demandado, por lo que el vínculo contractual no estuvo precedido por el principio de subordinación, al no tener el demandante que rendir informes o cuenta alguna de quien predica la relación laboral.

Así mismo, por cuanto el actor tampoco acreditó los extremos temporales del vínculo laboral y respecto del cual se pudiere imponer codena alguna, presupuesto que debió ser acreditado por el actor, pues era el interesado en que se impusiese la condena, por lo que debe indicarse que la parte actora incumplió el principio consagrado en el artículo 167 del C.G.P., aplicable por remisión analógica al procedimiento laboral por así disponerlo en el artículo 145 del C.P.T y S.S., el que dispone que a las partes les incumbe probar los supuestos fácticos en que se fundan sus pedimentos, cuestión que como se ha estudiado ampliamente en el proceso, no fue acreditado por el actor, ni en lo atinente con la prestación personal permanente del servicio, ni la

remuneración devengada, ni la subordinación a la que estuvo sometido el demandante, motivos por los cuales se deberá **CONFIRMAR** la decisión consultada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin COSTAS en las instancias por haber sido objeto de absolución den primer grado y por no haberse causado en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas. Sin **COSTAS** en primera instancia, ni en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2017-00092-01. Proceso Ordinario de Carlos Eutimio Pinilla Castañeda contra SAC Estructuras Metálicas S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de agosto de 2018.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 20 de enero de 1994 y el 18 de marzo de 2016, devengando como último salario la suma de $1.195.496, que terminó de forma unilateral y sin justa causa por la encartada y que como consecuencia de ello, se condene al pago de la

indemnización por despido sin justa causa consagrada en el artículo 64 del C.S.T.

En lo que interesa al asunto, afirmó que ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido el 20 de enero de 1994, a desempeñar el cargo de soldador y devengando como último salario la suma de $1.195.496; que fue citado a descargos el 16 de marzo de 2016 con motivo del informe emitido por la empresa ENDICONTROL S.A., respecto del trabajo de soldadura efectuado en el tranvía de Medellín, por lo que el 17 del mismo mes y año se le pasó al demandante carta de terminación del contrato de trabajo argumentando justa causa, bajo el supuesto que el actor aceptó su error por haber expresa que *esta horrible*, en el momento en que se le mostraron las fotos de la estructura y que adujo que eran deficiencias superficiales de maquillaje y no estructurales; indicó que el trabajador faltó a sus obligaciones por cuanto se *"confió"* en la labor desempeñada, sin que se acredite la falta grave, no obstante, en la estructura laboraron 6 soldadores de una empresa de temporales, por lo que no puede recaer las fallas de soldadura, sin embargo, en el informe rendido no se menciona que el error fue cometido por el actor.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* condenó al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, al advertir, que las motivos que fueron imputados en la carta de terminación del contrato de trabajo no fueron debidamente acreditados por la pasiva, por lo que accedió a la súplica del libelo demandatorio.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, a fin de que sea revocada la decisión de primer grado y en su lugar se nieguen las súplicas de la demanda. El fundamento de su inconformidad se circunscribe en que el juez no dio por demostrado estándolo los errores de soldadura en la estación Echavarria, cuando de la prueba documental y testimonial recepcionada se puede llegar

a la misma conclusión, de lo que se puede advertir, que si bien tal como lo indicó el fallador de primer grado en la obra actuaron 8 soldadores, también lo es, que el informe de auditoría estableció un 80% en los errores de soldadura, por lo que el yerro estaba en la totalidad de soldadores del proyecto, aunado, con que ninguno de ellos cumplió con la obligación de imponer el estampado de soldadura respectivo y que impide los segmentos trabajados por cada uno de ellos y por ello se estableció el porcentaje de daños efectuados por cada soldador, lo que deviene en el incumplimiento de sus funciones.

Así mismo, manifestó que no se puede imponer la carga en la demandada de obligar al actor de imponer su estampado, pues era una obligación de cada soldador, respecto del segmento laborado, por lo que al advertirse los daños en el 80% de la estructura se acreditan las causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales del mismo, el salario devengado por el trabajador y que en efecto el despido fue de forma unilateral por la demandada, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si la decisión adoptada por la ex empleadora obedeció o no a una justa causa.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra a folios 14 a 19 del plenario, copia de la terminación del contrato de trabajo, en la que la ex empleadora adujo como causa para finiquitar el vínculo laboral, lo siguiente:

"No se comprende por la empresa como es posible que usted no hubiera identificado su error en la soldadura de los cordones, ya que el problema inicia en su totalidad de parte de los soldadores de la empresa quienes son responsables y encargados de la soldadura y revisión de la estructura metálica. Más que nadie usted tiene toda la experiencia para conocer que esa estructura evidenciada por el informe esta mal soldada, los cordones no empalman en lo más mínimo y el remate es absolutamente deficiente, todo lo cual fue reconocido con la expresión "esta horrible" en la diligencia disciplinaria practicada refiriéndose al archivo fotográfico de la estructura metálica del proyecto.

Aun cuando usted manifiesta en la diligencia disciplinaria que estas deficiencias son superficiales de maquillaje y no estructurales, el informe señalado por la interventoría del proyecto y la empresa señalan que las deficiencias si son estructurales o de fusión de soldaduras.(...).

Es realmente muy lamentable para la empresa tener que tomar esta decisión, sin embargo vemos que este error de usted como parte de un equipo de trabajo, gener[ó] consecuencias altamente negativas en la empresa no solo en cuanto al desprestigio sino también económicas, ya que como usted entenderá, el costo de reparar esta soldadura es extremadamente alto para la empresa. Lo anterior, sin tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Contrato suscrito con el cliente, se podrán imponer multas que se consideren pertinentes por incumplimiento en entrega de la estructura en tiempo y en perfectas condiciones.

(...).

Como es apenas evidente, la empresa prevé que puede haber problemas en soldado y un procedimiento para que usted los hubiera identificado y arreglado inmediatamente pero la falta de supervisión suya a su trabajo y su exceso de confianza gener[ó] un sobrecosto enorme a la empresa y el cliente debido a que nuestra empresa es ampliamente reconocida en el gremio como la mejor en

calidad y con este informe, lastimosamente hemos perdido total credibilidad ante el cliente y dicha firma.

Finalmente, para la empresa es claro que usted ha cometido una ***falta grave*** *a sus obligaciones laborales de acuerdo a lo establecido en el Articulo 58 Numeral 1 del Código Sustantivo de Trabajo de la empresa, ya que usted no acat[ó] las [ó]rdenes e instrucciones del empleador y procedimientos de la empresa enmarcados en todos los procesos de calidad de la organización, así como en la Política de Liquidación de Bonificaciones de Soldadores enmarcados en la Convención Colectiva de Trabajo.*

Así mismo, aplica para la terminación del contrato laboral por justa causa el Artículo 62, Literal a), numeral 4 ya que el daño generado por su falta de pericia y revisión de la estructura gener[ó] un daño material y económico muy alto para la compañía, pues usted confió en que sus actuaciones cumplían procedimientos y estándares de calidad de la empresa, cuando realmente la estructura present[ó] gran afectación en soldadura y esta no cumplió con los mismos, y adicionalmente se da aplicación al Artículo 62, Literal a) Numeral 6 del Código Sustantivo del Trabajo el cual se refiere a que el contrato laboral podrá ser terminado por el empleador cuando ocurra violación grave por parte del trabajador al cumplimiento de sus obligaciones laborales, todo lo cal efectivamente ha ocurrido en el presente caso.

Por último y en cuanto al incumplimiento de sus obligaciones laborales especiales enmarcadas en el Código Sustantivo del Trabajo de la empresa y que se encuentra plenamente vigente, el Artículo 55, Numeral 37 del mismo establece como prohibición especial a los trabajadores, cualquier incumplimiento en la entrega correcta y oportuna a las tareas asignadas de conformidad con el Sistema de Gestión de Calidad de la empresa, violación que es evidente de conformidad con las pruebas del presente proceso disciplinario.

(...)".

Atendiendo el escrito que sirvió de fundamento para finalizar la relación laboral, observa esta Sala de Decisión que se aduce en el mismo, el incumplimiento a las órdenes e instrucciones del empleador, haber generado

un perjuicio económico a la empresa y por violación a las obligaciones laborales contratadas, con ocasión del informe rendido por parte de la empresa Endicontrol S.A. encargada de efectuar el control de calidad de la estructura metálica No. 1 de la estación oriente del tranvía de Medellín y que encontró serias anomalías en la misma.

Al respecto, debe precisarse que al plenario se aportó el documento denominado como *"INSPECCIÓN DE SOLDADURAS DE ELEMENTOS DE CUBIERTA METÁLICA"*, realizado por parte de ENDICONTROL S.A[1], en la que dicha entidad llega a las siguientes conclusiones:

"- los elementos utilizados en el ensamble de la cubierta como tubería y platinas concuerdan con lo pedido en el plano de detalle entregado por el cliente.

-Las soldaduras aplicadas e inspeccionadas en los tramos de cerchas evaluados, presentan fusión incompleta, en altos porcentajes con respecto a la soldadura que presenta sanidad, las soldaduras que presentan este tipo de defectología no cumplen con los criterios de aceptación y rechazo [con] base a los lineamientos del código AWS D1.1.

- Teniendo en cuenta los resultados antes mencionados, se sugiere realizar procedimientos de reparación adecuados, con el fin de remover la defectología detectada. Los elementos evaluados, mencionados en este informe, son un muestreo representativo con respecto a todos los elementos fabricados, sin embargo es una ayuda en el momento de tomar decisiones con respecto a los elementos a intervenir por reparación.

- La defectología de falta de fusión es típica en soldadura MIG en la que no se ha tenido en cuenta diversos factores, tales como: Parámetros de soldeo no adecuados.

Charco de soldadura no aporta, la cantidad de calor suficiente para fundir el material base, entre otros.

- Se observa durante la inspección visual en algunos elemento que han estado expuestos a la intemperie, humedad al interior de los tubos que conforman los elementos, debido a esto se presenta la superficie interna de algunos tubos con oxidación.".

---

[1] Cfr. Fl. 128/135.

Una vez conocido el informe en mención, se informó que el personal que estuvo involucrado en la fabricación de dichos elementos estaba compuesto por dos supervisores, tres encargados del control de calidad y diez soldadores dentro de los que se encuentra el actor, tal como puede evidenciarse del documento visible a folio 136 y 137 del plenario, y respecto de los cuales se peticiona para que recursos humanos tomara las medidas correspondiente.

Seguido de ello, se llamó al actor a audiencia de descargo, llevada a cabo el 16 de marzo de 2016[2], en la que se indicó por las partes.

"5. RECIENTEMENTE LA EMPRESA FUE CONTACTADA POR EL CLIENTE DEL PROYECTO TRANVÍA MEDELLÍN Y ENDICONTROL S.A. Y EMITIÓ UN INFORME QUE SE LE DIO CONOCIMIENTO EN LA CITACIÓN, QUE TIENE QUE DECIR DE ESTE INFORME?

Yo pienso que cuando me mandaron soldar, yo estuve en ese proceso, pero ya habían soldado más de la mitad, pero lo que hice lo hice a conciencia y llevo mucho tiempo haciendo esto, ni nadie me dijo que me había quedado mal. Doy gracias a Dios por eso porque mi trabajo lo hice bien, bien. acá trabajó gente de afuera, 6 soldadores de SAC y temporales y es gente que no le pone mucho acento a la cosa porque son personas que no les importa, no todos, hay algunos que vienen preparados.

6. ¿USTED PARTICIPÓ EN LA SOLDADURA DEL PROYECTO TRANVÍA MEDELLÍN?

Si claro, pero lo que te digo cuando a mí me mandaron a soldar había mucho soldado por otros, pero si estuve en el proceso.

7. ¿USTED SABÍA DE QUE LA SOLDADURA HABÍA QUEDADO EN MAL ESTADO?

No señora, yo no sabía porque yo hago mi trabajo y yo no reviso, ahí hay personas para revisar, todos cometemos errores.

---

[2] Cfr. Fl. 148/150.

8. ¿USTED DICE QUE USTED NO REVISA, ESTO PORQUE LO DICE?

La mía sí, yo soy consciente de lo que yo estoy haciendo.

9. ENTONCES, SI NO FUE ERROR SUYO, ¿QUÉ PASÓ?¿QUIÉN ES EL RESPONSABLE DE ESTE ERROR?

Yo puedo hacer mi trabajo a conciencia pero habemos 10, ahora yo estampo mi soldadura

10. ¿EN ABSOLUTAMENTE EN TODOS LOS LUGARES DE LA ESTRUCTURA QUE USTED INTERVINO QUEDÓ SU ESTAMPE?

Soldábamos una cercha entre dos y yo hacía una punta y el otro muchacho la otra punta. Yo estampo los lados y ahí se sabe que es mi mitad, todos los sitios no, es una cercha larga yo estampo por ahí acá y allá pero no en todo los sitios no

11. NO HAY UNA PROBABILIDAD DE QUE USTED HAYA COMETIDO ALGÚN ERROR EN EL PROCESO DE SOLDADO DE LAS CERCHAS?

No porque yo lo que hice, yo lo hago y lo reviso, yo pulo y reviso pero además ya los de calidad lo llaman a uno, yo no soy chambón, eso no va en lo mío.

(...)

15. A USTED LE PARECE QUE ESTA ESTRUCTURA ESTÁ BIEN?

No esta horrible.

16. ¿TIENE ALGO MÁS QUE AGREGAR AL PRESENTE PROCESO DE DESCARGOS?

Para mí es que esto ya pasó y que de acá en adelante para eso están los supervisores y soldado y que se pongan más a revisar el estampado y al soldador que está soldando esta pieza, eso está bien y esto no puede pasar que por uno paguemos todos. (...)"

De acuerdo con lo anterior, se advierte que en efecto el actor cumplió con su carga procesal referente a demostrar la terminación del vínculo laboral de forma unilateral por su ex empleadora, por lo que le corresponde a esta última, acreditar los supuestos que fundaron su decisión, de lo que se puede advertir que en efecto de la inspección de soldaduras metálicas que realizó

la sociedad ENDICONTROL S.A., se advirtieron varios requerimientos e incumplimiento en el trabajo de soldadura que realizó la empresa SAC Estructuras Metálicas S.A. y en la que intervino de forma directa el actor, no obstante, de el mismo no se puede derivar de forma directa la causas imputadas al ex trabajador, por lo que se procederá con el análisis de los restante medios probatorios.

Al respecto, se escuchó la declaración del representante legal de la encartada, quien informó que de la muestra fotográfica tomada para el estudio, se advirtió una serie de falencias en la estructura, de las cuales unas tenían el sello de estampado del actor y otras no, no obstante, sí se evidenciaban falencias en la soldadura, por cuanto no se siguió la línea de cordón, no se mantenía la continuidad y existían pegotes que generaban inestabilidad en la estructura.

Así mismo, se recepcionó la declaración del señor Arnoldo Triana González quien manifestó que el supervisor era el encargado de revisar el trabajo del soldador, quienes a su vez tenían unos ayudantes que le informaban el sitio en el que se hiciera mal el trabajo, quien le comunicaba al soldador el trabajo mal realizado, para que lo reparara de forma inmediata.

De igual forma, rindieron declaración los señores Edilson Hernando Martínez Rodríguez y Wilson Chan Castellanos, quienes indicaron al fallador de primer grado, manifestando el primero de los enunciados quien adujo que no sabe lo que hizo mal el trabajador, pues no se puede establecer quién hizo mal la soldadura y que solo le consta, que la estructura no cumplió con los estándares de calidad requeridos y por ello se hacía necesaria su reparación.

Por su parte el señor Chan Castellanos, informó que la estructura presentó una serie de falencias que fueron advertidas por parte del Jefe del Área,

quien las comunicó al grupo de trabajo, pero que no fueron reparadas, sin que se pudiere establecer quien realizó las mismas por cuanto hubo 8 soldadores en el proyecto y ninguno de ellos realizó el estampado del sello de soldadura y por ello no se pudo determinar quién hizo mal la aplicación de cordones en la estructura.

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto la demandada no logró acreditar las justas causas invocadas para la terminación del vínculo laboral, teniendo en cuenta que si bien sí se acreditó por la pasiva la indebida soldadura de la cubierta 1 de la estación oriente del tranvía de Medellín, también lo es, que los mismos testigos solicitados en su favor, informaron que no se podía imputar responsabilidad directa al trabajador por la indebida elaboración de la estructura, en primer lugar por cuanto eran 8 soldadores y en segundo lugar, por cuanto ninguno de ellos impuso el sello de soldadura que identificara el trabajo realizado, no obstante, dicha afirmación contradice lo manifestado por el mismo representante legal de la sociedad, quien enunció que sí se encontraron los sellos del actor dentro de la estructura con una soldadura incorrecta, no obstante, del material probatorio no se logra establecer tal dicho, pues no se evidencia del estudio fotográfico un parche adicional a la estructura metálica.

Ahora bien, frente al dicho de la pasiva referente con que la conclusión del informe que fue culpa de todos los soldadores, lo que se puede extraer del mismo, es que en efecto el trabajo de soldadura no fue realizado en debida forma en un porcentaje del 80% más o menos, pero tampoco se puede desconocer lo dicho por el propio actor en la diligencia de descargos, donde informó que él asumió la soldadura de la estructura cuando ya se había efectuado más de la mitad de la estructura, respecto de la cual no se puede advertir las falencias que traía el trabajo realizado por terceras personas y que pudieran perjudicar de ahí en adelante el desempeño del trabajador en

la realización de la obra, enfatizando que si bien se aduce que ninguno de los soldadores impuso su sello, dicha situación se contradice con la manifestación efectuada por el representante legal de la demandada, quien informó que de la estructura sí se advirtieron algunos sellos de soldadura impuestos por el actor, aunado, con que además, la sociedad contaba con los supervisores Liderman Guerrero, y Juan Carlos Quecano, así como con los designados de control de calidad señores Carlos Figueroa Orlando Ramírez y Fredy Sánchez quienes no solo debieron efectuar reparos en la realización de la estructura, sino además, los llamados de atención referentes a la no imposición de los sellos de identificación que acreditarían quien o quienes realizaron de forma indebida el trabajo de soldadura y de esta forma poder advertir que en efecto había sido el demandante quien incumplió con las obligaciones para las cuales fue contratado, o por lo menos, acreditar los llamados de atención relacionados con dicho punto.

Finalmente, debe precisarse que incluso el ex trabajador al momento de rendir los descargos respectivos informó que sí impuso su sello de soldadura en los extremos de la cercha, para identificar cuál de las mitades era realizada por cada trabajador, aunado, con que el actor tampoco confesó en la indagación disciplinaria haber cometido el yerro endilgado con la frase *"no está horrible"*, pues la misma devino de la pregunta si le parecía que la estructura estaba bien, dicho del cual no se puede advertir su culpabilidad; razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** la sentencia apelada.

Finalmente, debe indicarse que no hay lugar a efectuar estudio alguno referente con el monto de la indemnización determinado por el fallador de primer grado, como quiera que el mismo no fue objeto de controversia por la pasiva mediante el recurso de apelación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera y segunda instancia quedarán a cargo de la demandada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** en ambas instancias a cargo de la demandada SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A., inclúyanse como agencias en derecho la suma de seiscientos ($600.000.oo) mil pesos moneda corriente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2017-00073-01. Proceso Ordinario de Jorgilio Arboleda Toro contra Allianz Seguros S.A. y Otros (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora, frente a la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de febrero de 2018.

ANTECEDENTES:

El demandante JORGILIO ARBOLEDA TORO convocó al as sociedades aseguradora COLSEGUROS S.A., HOY ALLIANZ SEGUROS S.A., A LA COMPAÑÍA COLOMBIANA DE DESARROLLO AGRÍCOLA S.A. (COLDESA S.A.) Y A LA PROCESADORA INDUSTRIAL AMSTERDAM COLOMBIA S.A. (AMSTERCOL S.A.) con el fin de que se declare la existencia de una

relación laboral del actor con las encartadas COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A., por el período comprendido entre el 7 de junio de 1966 y el 31 de diciembre de 1981, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa por el empleador, así como que se declare que ALLIANZ SEGUROS S.A. al ser accionista y socio mayoritario de las otras sociedades en quien debe reconocer la prestación reclamada y que como consecuencia de los anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 14 de junio de 1992 fecha en la que cumplió 50 años de edad o de forma subsidiaria, se condene a la concesión de la prestación a partir del 14 de junio de 2002 fecha en la que cumplió 60 años de edad, en 14 mensualidades al año, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, afirmó que laboró para COLDESA – AMSTERCOL mediante contrato de trabajo a término indefinido, como jefe de servicios generales por el período comprendido entre el 7 de junio de 1966 y el 31 de diciembre de 1981, fecha en la que se terminó el vínculo de forma unilateral y sin justa causa, prestando sus servicios en el municipio de Turbo – Antioquia, contando con 15 años, 3 meses y 3 semanas; que el actor nació el 15 de junio de 1942; que los empleadores COLDESA – AMSTERCOL incumplieron la obligación de afiliar al trabajador a las contingencias de IVM; que el reconocimiento de la prestación se debe conceder a partir del 14 de junio de 1992, momento en el cual cumplió 50 años o a partir del 14 de junio de 2002, data en la cual acreditó 60 años de edad; que la prestación se debe reconocer con el 75% del promedio salarial recibido en el último año de servicios, el que debe ser indexado para que no pierda el poder adquisitivo; que las sociedades COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A. estaban constituidas por varias sociedades., dentro de la cual se encontraba Colseguros S.A., hoy Allianz

Seguros S.A., quien ostentaba el 50% del capital; que las sociedades COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A. entraron en liquidación voluntaria en el año 1981, la que finalizó el 9 de marzo de 2001, no obstante, no se tuvo en cuenta los derechos pensionales y laborales de más de 100 trabajadores y de sus causahabientes; que en el trámite de liquidación de dichas sociedades se realizaron actuaciones contrarias a la ley; que con el fin de obtener el derecho a la pensión plena o restringida de jubilación, han solicitado al socio mayoritario de dicha sociedad, proceda con el reconocimiento de la prestación deprecada.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto si bien se encontró probada la existencia del contrato de trabajo deprecado respecto de las sociedades liquidadas, también lo es, que al tratarse de sociedades por acciones, sus socios responden hasta el límite del valor de las acciones y por ello no es procedente la concesión de la prestación al haberse aprobado la liquidación y presentación final del balance contable, aunado, con que para proceder con la prestación se debe levantar el velo corporativo, función propia de la Superintendencia de Sociedades, por lo que desestimó las súplicas del libelo demandatorio.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta que el actor solicita la declaratoria del contrato de trabajo con las sociedades COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A., al respecto se advierte que si bien la demandada Allianz Seguros S.A., afirma

no constarle nada acerca del vínculo contractual, lo cierto, es que en efecto se acreditó la existencia del contrato de trabajo con las ya mencionadas, pues dentro del plenario reposa copia del contrato de trabajo suscrito entre el actor y la sociedad AMSTERCOL el 7 de junio de 1966, así como, certificación emitida por COLDESA S.A. en la que indica que el señor Arboleda Toro prestó sus servicios en favor de dicha compañía por el período comprendido entre el 7 de junio de 1966 y el 31 de diciembre de 1981, por lo que de allí se puede identificar la sustitución patronal originada entre las dos sociedades y con la que se evidencia que laboró por espacio de 15 años, 6 meses y 25 días.

No obstante lo anterior, si bien se acreditó la existencia de la relación laboral, también lo es, que como se pretende el reconocimiento de una pensión restringida de jubilación, respecto del accionista mayoritaria de la empresas liquidadas, que para el caso bajo estudio sería ALLIANZ SEGUROS S.A., se advierte que se hace necesario proceder con el estudio de la responsabilidad solidaria que podría recaer en contra de la encartada.

Al respecto, en primer lugar, se advierte que en efecto la Aseguradora Colseguros S.A. para el 20 de febrero de 2001 era la accionista mayoritaria tanto de COLDESA S.A., como de AMSTERCOL S.A., pues tenía un paquete accionario del 61.45% y 49.80% respectivamente en cada sociedad, por lo que es procedente el estudio de la responsabilidad solidaria.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 36 del C.S.T., dispuso que son solidariamente responsables de las obligaciones que surjan del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros, hasta el límite de responsabilidad de cada socio o los condueños o comuneros mientras permanezcan en indivisión, sin que efectuara pronunciamiento alguno

referente a las sociedades de capital, no obstante, para dicha sociedades su responsabilidad sería hasta el monto del capital accionario.

No obstante lo anterior, el artículo 207 la Ley 222 de 1995 dispuso la responsabilidad de los socios ante la liquidación de las sociedades, siendo la norma que se encontraba vigente al momento en que se produjo la liquidación de COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A., que disponía:

"ARTICULO 207. DE LOS SOCIOS. <Título II. derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, a partir del 28 de junio de 2007> Cuando los bienes de la liquidación sean insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos y se demuestre que los socios utilizaron la sociedad para defraudar a los acreedores, serán responsables del pago del faltante del pasivo externo, en proporción a los derechos que cada uno tenga en la sociedad. La demanda deberá promoverse por el acreedor respectivo y se tramitará por el proceso ordinario.

La responsabilidad aquí establecida se hará exigible sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar y sin consideración al tipo societario.".

En ese orden de ideas, se advierte que si bien la norma en mención estableció la posibilidad de ampliar la responsabilidad de los socios cuando los bienes sean insuficientes para cubrir los réditos reconocidos, también se debe demostrar que la sociedad se utilizó para defraudar y en ese caso, responderán en la proporción que cada uno tenga en la sociedad.

Al respecto, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en sentencia C – 865 de 2004, en la que la alta Corporación indicó:

"Pero, así mismo, esta Corporación ha declarado exequible la limitación de riesgo de las sociedades anónimas, pues corresponden a una realidad jurídica

distinta de las sociedades de personas y, por lo mismo, ante la inexistencia de una relación directa e inmediata en el manejo de la sociedad, es viable la preservación diferencial entre los patrimonios de los asociados y la sociedad. En la citada sentencia C-210 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz), expuso la Corte:

"[Esta Corporación] estima que el tratamiento diferencial que establece el artículo 794 del Estatuto Tributario, en el sentido de excluir de responsabilidad solidaria a los accionistas de las sociedades anónimas o asimiladas y a las cooperativas -salvo en lo relacionado con los cooperados que hayan ejercido la administración o gestión de la entidad-, quienes también responden solidariamente, se justifica como quiera que la responsabilidad solidaria de los socios por los impuestos de la sociedad, sólo es aplicable a determinados tipos de agrupaciones societarias, en donde la característica personal es un elemento relevante, como quiera que, el vínculo intuitu personae, es la característica esencial de las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada e inclusive de las asociaciones de carácter colectivo, en las que es posible identificar una relación de gestión; evento que no ocurre con las sociedades anónimas o por acciones, en donde el factor intuitu personae se desdibuja, a tal punto que la gran mayoría de accionistas virtualmente se encuentran separados de la dirección o administración de la compañía, conforme a las propias reglas del Código de Comercio e inclusive de sus propios estatutos fundacionales. Para la Corte es evidente entonces, que las compañías de responsabilidad limitada o las colectivas, por su propia naturaleza jurídica y sus especiales características no se hallan en las mismas circunstancias fácticas frente a las sociedades anónimas, ni mucho menos a las cooperativas".

25. Conforme a lo expuesto, lo que si resulta indiscutible es que las personas asociadas no pueden ser llamadas a responder por el beneficio o lucro que reporten de la explotación de una actividad lícita, pues el supuesto del cual depende la existencia de la responsabilidad, es la comisión de un daño sobre los derechos de los demás.

En este orden de ideas, cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido.

Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o "disregard of the legal entity" o "piercing the corporate veil" cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación . Al respecto, ha sostenido la doctrina: "El ente hermético se abre siempre que surja o se perciba un asomo de mala fe, fraude, abuso del derecho o simulación. Así mismo cuando se forma para burlar el ordenamiento jurídico, o si después de constituida con arreglo a la ley se desvía de su finalidad, o la persona es utilizada para actos o propósitos ilícitos, se configura el ejercicio anormal de un derecho que merece correctivos para que no persista el abuso" .

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (neminem laedere), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil ; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio ; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995 ; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley.

(...)

26. Por consiguiente, la limitación de riesgo de las sociedades de capital, no es un derecho absoluto que pueda ser utilizado de manera indiscriminada por los asociados, pues si a partir de su uso se defraudan los interés legítimos de terceros, entre estos, los derechos de los trabajadores y pensionados, se pueden acudir a las herramientas legales propias del levantamiento del velo corporativo, para obtener la reparación del daño acontecido.(...)".

En ese orden de ideas, se advierte que en efecto para que la responsabilidad surja más allá del capital social efectuado en las sociedades por acciones, se requiere demostrar el ánimo defraudatorio que tenían los socios y una vez establecido ello, responderían de conformidad con su porcentaje accionario, no obstante, para ello se debe efectuar el trámite de levantamiento del velo corporativo.

Así las cosas, se advierte que dentro del plenario no se acreditó el proceso de levantamiento del velo corporativo, que debe ser adelantado ante la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil o ante la Superintendencia de Sociedades, el que es de carácter especial, pues en el mismo se materializan los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, el que no se encuentra acreditado en las presentes diligencias, aunado, con que del material probatorio allegado al plenario, tampoco se demuestra el posible fraude en el que incurrió la hoy demandada ALLIANZ SEGUROS S.A., ni con anterioridad, ni al momento de efectuarse la liquidación de COLDESA S.A. y AMSTERCOL S.A., por lo que no se podrían imponer las condenas solicitadas en el libelo genitor, ante la falta de cumplimiento de los presupuestos para extender la responsabilidad solidaria de los socios de las compañías liquidadas; razones por las cuales se **CONFIRMARÁ** la sentencia consultada.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primera instancia a cargo del actor y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2016-00736-01. Proceso Ordinario de Ivonne Lorena Rodríguez Herrán contra la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de julio de 2017.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante se declare que la demandada provocó la renuncia de la trabajadora generado por acoso laboral, así como que es responsable de las prestaciones sociales a las que tiene derecho y como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa por la suma de $46.144.800, la licencia de maternidad por el monto de $5.197.920, al pago de la indemnización contenida en el

numeral tercero del artículo segundo de la Ley 1468 de 2011 por la suma de $3.182.411, así como, a la indemnización contenida en el artículo 65 del C.S.T. por el monto de $7.956.000, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, afirmó que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por el período de tres meses el 25 de junio de 2014, el que fue prorrogado en varias oportunidades, correspondiendo el último a la vigencia comprendida entre el 24 de junio de 2015 y el 24 de junio de 2016, devengando de forma inicial la suma de $1.008.000, pero con posterioridad fue ascendida al cargo de analista; que el 21 de junio de 2016 se le informó a la actora que su contrato fenecía el 24 de junio del mismo año, no obstante, que podría suscribir un contrato por obra o labor con la empresa temporal *Personal Eficiente y Competente y Cia – PEC*, sin embargo, la demandada no tuvo en cuenta que debía notificar el preaviso con 30 días de anticipación; que la demandante fue citada por la empresa temporal el 24 de junio de 2016, donde le informaron que debía realizarse exámenes médicos, los que fueron tomados en la IPS SALUD OCUPACIONAL MEDICINA EMPRESARIAL LTDA., por lo que una vez efectuado lo anterior, la hoy demandante se dirigió a su sitio de trabajo, sin embargo, se le informó por su jefe inmediato que debía retirarse y retornar hasta cuando hubiere firmado el contrato con la temporal; que mediante llamada telefónica por parte de la empresa temporal el 28 de junio de 2016, se le informó que ya no suscribiría contrato con la misma, pero que debía comunicarse con la doctora Vilma Caicedo Rivera, situación que en efecto realizó, persona que le manifestó que se reunieran el 6 de julio de 2016; que en la data en mención, se le informó que conforme con los exámenes realizados se evidenció su estado de embarazo y por ello le dijo que suscribiera contrato de prestación de servicios, a lo que no accedió la actora, solicitándole pensara la decisión y se comunicara

con ella el 8 de julio de 2016, no obstante, se intentó comunicar con la misma, quien no contestó, pero en horas de la tarde allegó escrito en el que manifestaba su deseo de continuar con el contrato de trabajo, junto con la prueba de embarazo, documento respecto del cual no se obtuvo respuesta, por lo que reasumió sus labores el día 12 de julio de 2016, sin suscribir el contrato de trabajo; que se realizó reunión con la doctora María Piedad Villaveces, quien le indicó que debería solicitar vacaciones retroactivas o licencia no remunerada por los 9 días en que no asistió a su lugar de trabajo, solicitud a la que se opone la ex trabajadora, bajo el sustento que no se le permitió retomar sus actividades por la orden de la doctora barrera Ibáñez, pero que no lo podía hacer hasta tanto firmara contrato con la temporal.

Así mismo, indicó que la Dra. Villaveces se enojó en ese momento le propuso la demandante la toma de 5 días en dicha forma, la que no quiso ser aceptada por la misma y por ello, se le informó en la misma reunión, que sería trasladada al área de Subdirección de Relaciones Interinstitucionales e Internacionales, así como, que no se le otorgarían permisos para iniciar la especialización, no obstante, el mismo sí le fue otorgado a dos compañeras más, por lo que se le elevó la reclamación respectiva, obteniendo como respuesta, que no podía cumplir con las tres funciones, el trabajo, tener un bebé especializarse; que después de la reunión, la demandante siguió con sus funciones, pero se le alteraron los nervios, sintió dolores bajos entre otros, por lo que se dirigió a su EPS SANITAS a cita médica que ya tenía programada, en la que la incapacitaron por dos días ante amenaza de aborto, sin embargo, la demandante continuó con los padecimientos, por lo que el 14 de julio de 2016 se dirigió a urgencias a la Clínica Colombia, registrando en el sistema como retirada del servicio de salud, no obstante, se mantuvo la atención y la incapacitaron por otros dos días; que la demandante estuvo en mora en el

pago de seguridad social y en mora en el sueldo del mes de junio de 2016, advirtiéndose con tales actitudes un acoso laboral, por lo que presentó renuncia motivada el 18 de julio de 2016 y al mismo tiempo radicó oficio ante el Ministerio del Trabajo poniendo en conocimiento la situación de acoso laboral, que se llevó a cabo audiencia de conciliación ante el Ministerio del Trabajo a la que acudieron las partes, pero que fue postergada hasta el día 28 de noviembre de 2016, por solicitud de la encartada y llegada la fecha, no se llegó a una conciliación; que el salario devengado por la ex trabajadora al momento de su retiro, era por la suma de $1.591.200.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió de todas y cada una de las súplicas de la demanda, por cuanto si bien se presentó carta de terminación del contrato de trabajo por causas imputables al empleador, también lo es, que no se acreditaron los presupuestos de la misma y que tan solo existía un indicio acerca de la misma, pero que no era certero para determinar las conductas expuestas en el escrito mediante el cual se terminó la relación laboral.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, a fin de que sea revocada la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Fundamentó su inconformidad en que únicamente se tuvo en cuenta la carta de terminación emitida por la demandante, más no el resto de pruebas aportadas al plenario, ni las pruebas de oficio en las que consta que la misma estuvo desvinculada del servicio de salud para el 14 de julio de 2016, sin embargo, como no se indicó dicha situación en el escrito no se tiene en cuenta la misma, por lo que atendiendo al artículo 49 del C.P.T. y de la S.S., el fallador cuenta con facultades ultra y extra petita para proteger el derecho de la trabajadora, a tal punto, que en la

misma sentencia se refiere que la demandante fue remitida a la empresa temporal, para que suscribiera el nuevo contrato por obra o labor, la que no se pudo dar por su estado de gravidez y que fue informado a la sociedad demandada, momento a partir del cual inició las actividades de acoso laboral, por lo que para ella primaba la vida de su hijo, sobre el cargo desempeñado, por lo que presentó la carta de renuncia respectiva.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, así como los extremos temporales del mismo, ni el salario devengado por la ex trabajadora, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si en efecto se acreditan las causas expuestas en la carta de terminación del contrato de trabajo presentada por la demandante, para acreditar el despido indirecto.

Al respecto, para proceder con el estudio respectivo, se debe partir de la carta de renuncia presentada por la demandante, como quiera que en dicho documento se exponen los motivos por los cuales decidió finalizar el vínculo laboral, la que reposa a folios 119 y 120 del plenario, en la que la demandante manifestó:

> *"Gentilmente informe que dado a las circunstancias que se vienen presentando desde el día 21 de junio de los presentes, ¿Dónde por indicaciones de la Dirección Ejecutiva me ordenaron acudir a la empresa temporal PEX, para suscribir un contrato por obra - labor para continuar desempeñando mis funciones como Analista I de la oficina de la ACAC.*

Una vez realizado los exámenes el día 27 de junio de 2016, en horas de la mañana en la IPS destinada para tal fin la empresa temporal, me dirigí a las instalaciones de la Asociación donde la Doctora Alba Barrera me informa que por instrucciones de la Doctora María Piedad Villeveces, debo ausentarme hasta tanto no tenga firmado el contrato con la temporal PEC, el 28 de junio de 2016 la señora Vilma Caicedo Rivera Directora de Recursos Humanos de PEC en horas de la tarde me manifiesta que no suscribiré contrato con la temporal, sin indicarme las razones de tal decisión, solo que me comunicara con la Dra. Alba Barrera, para lo cual procedí a llamarla, quien me informó que efectivamente, la temporal se había comunicado con la Doctora María Piedad Villaveces y que después de la llamada, solicitó tener reunión conmigo para el día 6 de julio de 2016.

Llegado el día 6 de julio de 2016, en las horas de la tarde, la Dra. María Piedad, atiende la cita donde conversamos acerca de mi estado de embarazo, ya que la temporal previamente le había informado mis síntomas y las implicaciones que a nivel personal, profesional y laboral traería mi estado, así mismo, me propone una serie de situaciones y modalidades de contratación para desempeñar mis labores en la empresa, a lo cual le informó que a mí solo me interesa continuar con mis condiciones laborales mediante contrato de trabajo, dada la situación me sugirió que lo pensara mejor con mi familia y esposo y que le informara el 8 de julio de 2016 que decisión había tomado, pero después de reiteradas llamadas a su número celular y no tener comunicación alguna, decidí formular solicitud escrita en el que me ratificaba de mi decisión de continuar mi vínculo laboral con la empresa a través de la modalidad de un contrato de trabajo.

De lo anterior sobre el medio día, del 11 de julio de 2016, recibí la llamada de la Señora Luz Marina Romero Asistente de Dirección quien me manifiesta que la Dra. María Piedad está preguntando por qué yo no había ido a trabajar después de haber radicado el oficio el viernes 8 de julio de 2016, para lo cual le indiqué que estaba a la espera que me notificaran la decisión tomada por la ACAC, entonces me dijo que me acercara a la empresa en las horas de la tarde, pero le notifiqué que lo haría una vez saliera de una cita médica que tenía con un médico particular ya que a la fecha no había podido sacar cita de

control prenatal con mi EPS, para lo cual conversé también con la Dra. Alba Barrera sobre esta situación y me indicó que entonces me presentara a laborar al otro día (12 de julio del 2016), donde me presente a las 7:45 a.m., para este día no sostuve ninguna clase de comunicación, ni me notificaron de la firma del nuevo contrato.

El día 13 de julio de 2016, en horas laborales siendo las 10:00 a.m., la Dra. María Piedad, me llama a reunión en su oficina donde me expone que debo compensar con mis vacaciones o una licencia no remunerada los nueve días hábiles que estuve por fuera de la empresa, a lo cual le manifesté que no estaba de acuerdo con realizar la solicitud de vacaciones o licencias retroactivas porque no era mi culpa la situación que se presentó y que yo siempre estuve dispuesta a ir a trabajar y que eso era el resultado de la no claridad de la modalidad de contratación que iban a tener para conmigo después de enterarse por la temporal que estaba en embarazo, que ese tipo de dilataciones no las tenía que asumir yo como trabajadora.

Como resultado de esta conversación, la Dra. Villaveces se alteró mucho y me empezó a notificar una serie de cambios en mis condiciones laborales, tales como que si yo ya había sido aceptada en la especialización ella no me iba a conceder permisos, que me iba a trasladar de área a la Subdirección de relaciones Interinstitucionales e Internacionales para tomar temas comerciales, cuando yo ostento un título de abogada.

Así mismo a mí se me alteró mi estado de salud, donde decidí esperar a la tarde para asistir a una cita médica que por fin me había programado la EPS, donde la doctora me recomendó guardar reposo y tener tranquilidad, otorgándome 2 días de incapacidad y no obstante a ello el día de ayer 14 de julio de 2016, seguí con los mismos síntomas, donde me dirigí a urgencias de la Clínica Colombia donde el médico ginecólogo me diagnosticó una amenaza de aborto y me otorgaron otros días de incapacidad, indicándome las mismas recomendaciones de la médica de la EPS (Adjunto las incapacidades originales).

De esta manera en el que se evidencia un trato muy diferencial y discriminatorio después de que la Directora Ejecutiva conoció de mi estado de gravidez y de las inconsistencias que se han venido presentando en mis condiciones laborales y lo manifestado por la Dra. María Piedad Villaveces en cuanto a la radicado del oficio de fecha 8 de julio de 2016, en el cual manifestaba mi interés de querer seguir prestando mis servicios a la Asociación mediante un contrato de trabajo; no me queda otra opción que presentar mi carta de renuncia como Analista I de la ACAC, a partir del día 18 de julio de 2016. (...)".

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que en los casos de despido indirecto, es el trabajador quien debe acreditar las causas que dieron origen a su determinación, tal y como lo ha expuesto en reiterada jurisprudencia la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en sentencia con radicado No. 42919 del 10 de octubre de 2018, MP. Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se indicó:

"En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.

En punto del debate, debe rememorarse lo sostenido por esta Sala en la sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en la CSJ SL3288-2018, en donde puntualizó:

Primeramente cabe recordar, que dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde

acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.

Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa. (..)".

Aunado a lo anterior, el parágrafo del artículo 62 del C.S.T establece que *"La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."*, por lo que de alegarse fundamentos diferentes a los contenidos en la carta de finalización del vínculo, los mismos no podría ser estudiados por expresa prohibición legal.

En ese orden de ideas, la parte actora debe acreditar alguno de los supuestos que tuvo en cuenta para la finalización del vínculo laboral, advirtiendo desde ya, que de conformidad con el material probatorio obrante en el proceso, no se puede llegar a conclusión diferente a la estimada por el aquo, como quiera, que dentro del plenario no obra prueba alguna que determine la existencia de las causales expuestas en la carta de terminación del vínculo laboral.

Lo anterior, por cuanto la actora manifiesta en dicho escrito que se finalizó su vínculo laboral con la encartada, momento en el cual se le solicitó suscribir contrato de trabajo mediante empresa temporal y que no fue contratada por la misma con ocasión de su estado de gravidez, situación que no se avizora de dicha forma en el plenario, ya que por el contrario se observa a folio 24 del plenario que el vínculo laboral que se venía prorrogando finalizaba el 24 de junio de 2016, suscribiendo un nuevo contrato de trabajo el 25 de junio de 2016 , con vigencia por un año, el que finalizaba el 24 de junio de 2017, para que la actora desempeñara el cargo de analista I, con un salario mensual por la suma de $1.591.200, así como lo concerniente con las conversaciones que mantuvo con sus jefes inmediatos y quienes le dieron opciones diferentes al contrato de trabajo, al igual que el acoso laboral que venía padeciendo, ya que los únicos indicios de tal situación, son la conciliación judicial ante la el Ministerio de Trabajo Inspección de Trabajo y Seguridad Social (RCC5), en la que se mencionó tales postulados por la demandante y se rindieron los descargos de la demandada, así como copia del oficio de fecha 23 de agosto de 2016, en la que se solicitó al actora reconsiderara su decisión de renuncia del cargo y se le hizo el llamamiento para reintegrarse al mismo, proponiendo como solución a su pedimento que regresaría siempre y cuando la Dra. María Piedad Villaveces no fuera la Directora Ejecutiva, la de que tendría un jefe directo con el que realizaría

sus funciones y que podría acudir a los comités de convivencia y COPASO, cuando lo requiriera, quedando el dicho de la demandante sin prueba que así lo demuestre.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el traslado del área de funciones y que argumenta, no se otorgarían permisos en horas laborales para adelantar los estudios de especialización y que no podría llevar a cabo las funciones relativas al trabajo, ser madre y adelantar sus estudios, debe indicarse que tan solo se demostró el primero de los mencionados, que no es otro que el traslado o reubicación en el área de la Subdirección de relaciones Interinstitucionales e Internacionales, sin embargo, no demostró la desmejora en sus condiciones laborales, pues en ningún momento se le indicó el cambio de sede en la prestación de sus servicios, ni la reducción del salario o el cargo por ella desempeñado, ya que se mantuvo el de ANALISTA I, ni la aceptación del permiso de forma anterior para adelantar la especialización que refiere la demandante, posibilidad de la que puede hacer uso el empleador en ejercicio de la facultad del ius variandi, sin que con el mismo se transgredan los derechos otorgados al trabajador, situación que como se reitera, no fue demostrada por la interesada.

De igual forma, en lo atinente con el servicio de salud durante su estado de gestación, es necesario precisar que la situación de que fue retirada del Sistema de Seguridad Social en Salud por la demandada, la puso en conocimiento mediante el escrito de demanda, pues situación contraria refiere en la carta mediante la cual decidió terminar el vínculo laboral, en la que menciona que incluso asistió a cita médica con la especialidad de ginecología en vigencia del contrato de trabajo y que si bien se aportó certificación emitida por la *EPS SANITAS* en la que consta el retiro de la demandante el 25 de junio de 2016, con ocasión de la novedad de retiro

de la empresa en la autoliquidación, expedida a los 14 días de julio de 2016, también lo es, que en certificación proferida por la misma entidad de fecha 8 de julio de 2017 visible a folio126 del plenario, se observa que para el mes de junio de 2016 se realizó el pago completo de la cotización, en los mismos términos en que se había efectuado en los meses anteriores y ya a partir del mes de julio de dicha anualidad, se efectuó aumento del salario y por ende, de la cotización que se debería realizar, por lo que al no demostrarse las causales que motivaron la terminación del vínculo laboral, no es procedente proceder con la declaratoria del despido indirecto y su consecuente indemnización por despido.

Así mismo, debe indicarse que no se comprende la situación de solicitar el reconocimiento y pago de la indemnización contenida en el artículo 65 del C.S.T., ya que si bien se enuncia un retardo en el pago del salario del mes de junio de 2016, también lo es, que no refiere que la encartada le hubiese quedado adeudando suma alguna al fenecimiento del vínculo laboral, razones por la cuales se **CONFIRMARÁ** en su integridad la decisión de primer grado.

Finalmente, debe indicarse frente a los alegatos presentado por el extremo activo, que si bien el fallador en segunda instancia cuenta con la facultad de declarar pruebas de oficio para esclarecer los hechos que dieron origen al litigio, también lo es, que en aplicación de la misma no se puede entrar a suplir la función probatoria que se encuentra radicada en cabeza de cada una de las partes de acreditar el supuesto ya sea de sus pretensiones o excepciones, por cuanto de darse tal situación, se estaría mutando la calidad del Juez, ya que entraría a ser parte dentro del proceso. Aunado a lo anterior, por cuanto se debe garantizar para los extremos del litigio los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, los que se verían afectados con el decreto de pruebas que no

fueron solicitadas en el libelo demandatorio, pues sería una forma de sorprender a la contraparte, quien sí realizó el ejercicio probatorio respectivo, por lo que no es dable proceder con el decreto de las testimoniales solicitadas ante esta segunda instancia.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias, dado la absolución efectuada por el fallador de primer grado.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SIN COSTAS** en las instancias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según consta en Acta N° ____

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310501820160054501. Proceso Ordinario de Jorge Eliecer de Sales Hernández contra Weatherford Colombia Limited y Otro. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de marzo de 2018, en la que condenó a Weatherford South American Gmbh a realizar traslado de cálculo actuarial que elabore Colpensiones del periodo 26 de enero de 1981 a 28 de octubre de 1987 y costas. Absolvió a la demandada Weatherford Colombia Limited.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente dejando constancia de los antecedentes en el acta:

ANTECEDENTES:

Jorge Eliecer de Sales Hernández presentó demanda laboral contra Weatherford Colombia Limited y Weatherford South American Gmbh a fin de obtener reconocimiento y pago de cuota parte y bono pensional, rendimientos financieros o indexación y su envío a Colpensiones.

Para sustentar sus aspiraciones señaló que laboró para la General Piper Service Inc hoy Weatherford South American Gmbh del 26 de enero de 1981 al 28 de octubre de 1987, desempeñando actividades propias de exploración, perforación y explotación de petróleo, quedando el pasivo pensional de la empleadora a cargo de Weatherford Colombia, por tanto, responsable solidaria y Weatherford South American Gmbh deudora principal. Que ha cotizado para pensión al extinto ISS hoy Colpensiones por cuenta de otras empleadoras petroleras completando más de 20 años, por lo que tiene derecho a pensión a cargo de Colpensiones, la cual le reclamó el 9 de octubre de 2013 sin haber obtenido respuesta.

La demandada Weatherford Colombia Limited dio contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentada en que no tuvo vínculo laboral con el actor, que únicamente asumió obligaciones pensionales de un grupo trabajadores de General Pipe Service Inc en los que no se encuentra el demandante, añadiendo además que no tiene derecho a lo pretendido en la medida que para la data de prestación de servicios, la empleadora no se encontraba obligada a afiliarlo al extinto ISS. Propuso las excepciones de mérito de cobro de lo debido por inexistencia de obligación, buena fe y prescripción.

La demandada Weatherford South American Gmbh dio contestación manifestando que aunque no desconoce el vínculo laboral del demandante, se opone a las pretensiones sustentada en que para el periodo de prestación de servicios no se encontraba obligada a afiliarlo al extinto ISS. Propuso como las excepciones de mérito de cobro de lo debido por inexistencia de obligación y ausencia de causa, buena fe y prescripción.

El aquo concluyó que de acuerdo con nuevo criterio de la Sala Laboral de la Corte, Weatherford South American Gmbh debía asumir el pago de lo pretendido por asumir el pasivo pensional de la antigua empleadora.

Inconforme con la decisión el apoderado de la convocada Weatherford South American Gmbh interpuso recurso de apelación, insistiendo que su representada no se encontraba obligada a afiliar al demandante durante el lapso que prestó servicios conforme lo previsto legalmente para ese momento, obrando de buena fe bajo el principio de confianza legítima. Que el aporte debe ser bipartito, es decir, por cuenta del empleado y empleador, ya que la afiliación no se produjo porque legalmente era imposible hacerlo y no porque haya omitido hacerlo. Que el salario que se debe tener en cuenta es el promedio y no el base que tomó el juzgado, ya que el primer concepto es el que refiere realmente lo devengado.

CONSIDERACIONES:

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que el análisis de la alzada se contraerá a lo planteado por el recurrente.

El Máximo juez del trabajo dio un giro radical a la línea jurisprudencial que venía manejando, respecto de los empleadores que no afiliaron a sus trabajadores durante el periodo en que el extinto ISS no contaba con la cobertura en todo el territorio nacional o no autorizaba hacerlo en ciertas actividades como el caso que nos ocupa, estableciendo como regla en la Sentencia 41745 proferida el 16 de julio de 2014, que estos son responsables del tiempo laborado y no cotizado, por cuanto en palabras del Máximo tribunal de cierre de la especialidad del trabajo "*la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas*".

La sala de decisión que se preside, no encuentra argumentos diferentes que permitan válidamente apartarse de ese pronunciamiento que la alta Corporación mantiene en la actualidad, para volver a retomar el criterio que antes venía manejando, considerando que ésta nueva posición resulta acorde no sólo con los postulados Superiores de interpretación y protección a favor de los trabajadores como parte débil de la relación de trabajo, sino además, los principios rectores que rigen el sistema de seguridad social en materia pensional, la cual también goza de especial protección Superior.

La Ley 100 de 1993 en el parágrafo de su artículo 33, previó para el computo de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, el tiempo servido a empleadores que antes de su vigencia tenían a cargo el

reconocimiento y pago de pensión, bajo la condición de que el vínculo laboral se encontrara vigente o iniciado con posterioridad a su vigencia, dejando de lado aquellas vinculaciones finalizadas con antelación, lo cual constituye un claro quebrantamiento al precepto Superior de igualdad y del principio de progresividad de las normas en materia pensional, pues no existe un razonamiento justificante para ese tratamiento, pues amén de que no existiera obligación de los empleadores del sector petrolero de afiliar al ISS para pensión a sus trabajadores antes de la expedición de la expedición de la Resolución 4250 de 1993, lo cierto es, que por esa misma razón continuaban asumiendo su pago hasta tanto no se subrogaran, lo que conlleva a concluir como lo expuso el tribunal de cierre de la especialidad del trabajo que, "*el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes*".

Antes del cambió de criterio del Máximo juez del trabajo, la corte constitucional en Sentencia T-784 del 30 de septiembre de 2010, al analizar un caso de igual connotación al que nos ocupa, en sentido contrario a lo expuesto por el mismo órgano en sentencia C-506 del 16 de mayo de 2001 que declaró exequible el literal "c" del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con base en el análisis normativo vigente para esa época, manifestó "*No obstante, de esta interpretación surge un problema y es que todos aquellos trabajadores que laboraron antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993 que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y fueron desvinculados por algún motivo de esta clase de empresas, no podrían acumular el tiempo laborado al subsistema de pensiones y por tanto verían frustrada su pensión de vejez, prestación que es concreción del derecho fundamental a la seguridad social.*

Esta visión pugna con el ordenamiento constitucional, pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares condiciones tendría que realizar. En el caso concreto, el actor estaría obligado para poder acceder a la pensión de jubilación cotizar nuevamente los 7 años y 11 meses, pues el tiempo laborado desde el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, no contaría a estos efectos, lo cual constituye una clara vulneración del artículo 13 de la Constitución Nacional", criterio que igualmente fue recogido en la Sentencia T-549 de 2012.

Así las cosas, corresponde a la convocada Weatherford South American Gmbh asumir íntegramente el pago del periodo de servicios prestado por el actor, pues contrario a lo planteado por el impugnante, el empleado no debe soportar esa carga, ya que mientras la empleadora no subrogara el pago de la prestación pensional, continuaba obligada a hacerlo, pues esa participación del empleado sólo podía predicarse de haber acontecido ese evento, al cual concurrían como en un comienzo se previó, no sólo el empleador y empleado sino igualmente el Estado.

Tampoco es de recibo el cuestionamiento al monto del salario estimado por el juzgado, en cuanto el concepto de salario base comporta la inclusión de todos aquellos pagos efectuados al trabajador constitutivos de salario, como por ejemplo trabajo suplementario, comisiones, bonificaciones, y que necesariamente deben tenerse en cuenta para efectos del reconocimiento de los demás derechos que derivan de la existencia del contrato de trabajo, como prestaciones sociales en las que para lo que interesa al presente asunto se encontraba la pensional de jubilación, de ahí que la normatividad que la regía preveía su reconocimiento sobre el promedio de los salarios devengados en el último año por el empleado, que con la entrada en vigencia del sistema de seguridad social, corresponde al concepto de salario base de liquidación.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la convocada Weatherford South American Gmbh. Tásense.

Esta sentencia se notifica en ESTRADOS.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según consta en Acta N° ____

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310502220170035201. Proceso Ordinario de Freddy Humberto Bojacá Chacón contra IBM de Colombia & Cía. SCA. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de junio de 2018, en la que declaró probada la excepción de

prescripción, absolvió a la demandada e impuso costas a cargo de la activa.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente dejando constancia de los antecedentes en el acta:

ANTECEDENTES:

Freddy Humberto Bojacá Chacón presentó demanda laboral contra IBM de Colombia & Cía. SCA a fin de obtener, previas declaraciones sobre modalidad y condiciones de contrato de trabajo, pago de viáticos debidamente indexados e intereses legales.

Para sustentar sus aspiraciones señaló que laboró para la convocada inicialmente mediante escrito de trabajo a término fijo el cual mutó a indefinido el 1 de julio de 2010, con vigencia del 15 de abril de 2008 hasta el 23 de abril de 2016. Para desempeñar sus actividades la empleadora le suministró tarjeta corporativa para satisfacer gastos de representación, alojamiento, manutención y transporte. Tuvo que realizar viajes a México el primero del 12 al 24 de junio de 2012 y el segundo del 12 al 25 de noviembre de 2012, los cuales debían legalizarse en la plataforma de la empleadora, siendo esos viajes cancelados directamente por el empleado, de lo cual dejó constancia en la comunicación de despido, sin que haya obtenido su pago pese a que lo ha solicitado en varias oportunidades.

La demandada dio contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentada en que el actor no adelantó oportunamente el trámite previsto para el reembolso de gastos, del cual tenía pleno conocimiento,

pretendiendo después de más de cuatro años su reconocimiento sin contar con los respectivos soportes. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, prescripción, inexistencia de causa para demandar, compensación y pago.

El aquo concluyó que sobre lo reclamado operó el fenómeno extintivo de la prescripción, ya que desde la fecha de exigibilidad del pago pretendido transcurrió más de 3 años sin haber interrumpido ese término.

Inconforme con la decisión el apoderado del actor interpuso recurso de apelación, señalando que en la liquidación del contrato de trabajo no se reconoció los emolumentos reclamados, por lo tanto la obligación persiste, ya que el hecho de que no se haya presentado el soporte de pago dentro del término de políticas determinado por la empresa, no constituye razón para negarlo.

CONSIDERACIONES:

En los términos de la impugnación, no hay lugar al quebrantamiento de la decisión de primera instancia, por cuanto los argumentos esgrimidos por el recurrente no logran desquiciarla, por el contrario, reafirman la tesis del a quo de haber operado el fenómeno prescriptivo de la acción.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 488 y 489 y 151 del ordenamiento positivo y procesal del trabajo, respectivamente, los derechos laborales prescriben en tres años contados a partir de su exigibilidad, a menos que dentro de ese lapso se interrumpa con el simple reclamo elevado por el trabajador y recibido por el empleador, ya que a partir de ese momento empieza a correr un nuevo término igual al inicial, periodo éste dentro del cual deberá ejercitarse la correspondiente acción

judicial, considerando que la figura de la interrupción opera por una sola y única vez.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, debe declararse probada la excepción de prescripción, por cuanto entre la fecha de exigibilidad de los derechos reclamados y la de presentación de la acción judicial, transcurrieron más de tres años.

Se pretende con la presente acción el reconocimiento y pago de viáticos generados en vigencia del vínculo de los periodos 12 a 24 de junio de 2012 y 12 a 25 de noviembre del mismo año, los cuales eran exigibles agotado el trámite de legalización previsto en la compañía que no podía exceder de 15 días hábiles.

La prueba evacuada, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente, permite establecer que el trabajador pese a que era plenamente conocedor de ese procedimiento, se sustrajo de hacerlo, y sólo hasta el 8 de julio de 2016 efectuó su reclamación vía correo electrónico, por tanto, esa pretendida reclamación que se hizo posterior a finalización del contrato de trabajo, no tuvo la virtualidad de interrumpir el término prescriptivo, ya que para esa data había transcurrido más de 3 años desde que los pretendidos derechos se hicieron exigibles, lo que significa que para la fecha de presentación de la demanda, que lo fue el 9 de junio de 2017 según consta en acta de reparto obrante folio 125 del expediente, ya se encontraba prescrita.

Lo expuesto es suficiente para concluir la confirmación de la providencia impugnada, no sin antes indicarle al impugnante que no le asiste razón en su consideración de que la insatisfacción de la obligación constituya un argumento válido para enervarla, que dicho sea de paso no fue por culpa de la empleadora, considerando que de acuerdo con lo previsto en el

artículo 1625 del Código Civil, la prescripción constituye un modo de extinguir las obligaciones.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, RESUELVE **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según consta en Acta N° ____

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310500520170022401. Proceso Ordinario de Gloria Liévano Gómez contra Exxonmobil de Colombia S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 de junio de 2018, en la que condenó a la convocada transferir a Colpensiones los aportes a pensiones del periodo 13 de agosto de 1980 a 4 de octubre de 1989 de acuerdo con el cálculo actuarial que realice esa entidad, absolviéndola de las demás pretensiones.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente dejando constancia de los antecedentes en el acta:

ANTECEDENTES:

Gloria Liévano Gómez presentó demanda laboral contra Exxonmobil de Colombia S. A. a fin de obtener pago de título pensional, intereses e indemnización de daños causados.

Para sustentar sus aspiraciones señaló que laboró para la demandada del 13 de agosto de 1980 al 4 de octubre de 1989, sin que hubiese sido afiliada a pensiones. Por intermedio de apoderado solicitó a la convocada el reconocimiento de las semanas trabajadas o en defecto bono pensional, lo cual fue negado argumentado que no se encontraba obligada a afiliarla.

La demandada dio contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentada en síntesis en que la empleadora para el periodo en que se presentó la vigencia del contrato de trabajo, estaba obligada a afiliarla al extinto ISS. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de obligación, cobro de lo debido, pago, prescripción, buena fe y la genérica.

El aquo concluyó que de acuerdo con la normatividad anterior, si bien los empleadores no estaban obligados a afiliar a sus trabajadores al ISS, debían realizar las apropiaciones de capital para cuando esa entidad los subrogara, apoyada en pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral que definió esa situación.

Inconforme con la decisión la apoderada de la convocada interpuso recurso de apelación, sustentada en que para la época en que la demandante laboró para su representada, ésta no se encontraba obligada a

afiliarla ya que la cobertura del ISS fue gradual, y tampoco existía disposición que la obligara a realizar aprovisionamientos. Que no se debe ordenar el cálculo actuarial sino el simple el pago de los aportes, por cuanto no se trata de omisión de la empleadora sino porque no estaba obligada a efectuar afiliación.

CONSIDERACIONES:

En los términos de la impugnación, lo primero que se debe dejar en claro por factor de competencia, en aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que el análisis de la alzada se contraerá a lo planteado por el recurrente.

El Máximo juez del trabajo dio un giro radical a la línea jurisprudencial que venía manejando, respecto de los empleadores que no afiliaron a sus trabajadores durante el periodo en que el extinto ISS no contaba con la cobertura en todo el territorio nacional o no autorizaba hacerlo en ciertas actividades como el caso que nos ocupa, estableciendo como regla en la Sentencia 41745 proferida el 16 de julio de 2014, que estos son responsables del tiempo laborado y no cotizado, por cuanto en palabras del Máximo tribunal de cierre de la especialidad del trabajo "*la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas*".

Esta Sala de Decisión no encuentra argumentos diferentes que permitan válidamente apartarse de ese pronunciamiento que la alta Corporación mantiene en la actualidad, para volver a retomar el criterio que antes venía manejando, considerando que ésta nueva posición resulta acorde no sólo con los postulados Superiores de interpretación y protección a favor de los trabajadores como parte débil de la relación de trabajo, sino además, los principios rectores que rigen el sistema de seguridad social en materia pensional, la cual también goza de especial protección Superior.

La Ley 100 de 1993 en el parágrafo de su artículo 33, previó para el computo de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez, el tiempo servido a empleadores que antes de su vigencia tenían a cargo el reconocimiento y pago de pensión, bajo la condición de que el vínculo laboral se encontrara vigente o iniciado con posterioridad a su vigencia, dejando de lado aquellas vinculaciones finalizadas con antelación, lo cual constituye un claro quebrantamiento al precepto Superior de igualdad y del principio de progresividad de las normas en materia pensional, pues no existe un razonamiento justificante para ese tratamiento, pues amén de que no existiera obligación de los empleadores del sector petrolero de afiliar al ISS para pensión a sus trabajadores antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993, lo cierto es, que por esa misma razón continuaban asumiendo su pago hasta tanto no se subrogaran, lo que conlleva a concluir como lo expuso el tribunal de cierre de la especialidad del trabajo que, "*el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes*".

Antes del cambio de criterio del Máximo Juez del Trabajo, la Corte Constitucional en Sentencia T-784 del 30 de septiembre de 2010, al

analizar un caso de igual connotación al que nos ocupa, en sentido contrario a lo expuesto por el mismo órgano en sentencia C-506 del 16 de mayo de 2001 que declaró exequible el literal "c" del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con base en el análisis normativo vigente para esa época, manifestó "*No obstante, de esta interpretación surge un problema y es que todos aquellos trabajadores que laboraron antes de la expedición de la Resolución 4250 de 1993 que no alcanzaron a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez y fueron desvinculados por algún motivo de esta clase de empresas, no podrían acumular el tiempo laborado al subsistema de pensiones y por tanto verían frustrada su pensión de vejez, prestación que es concreción del derecho fundamental a la seguridad social.*

Esta visión pugna con el ordenamiento constitucional, pues el tiempo que se debería cotizar al Sistema de Seguridad en Pensiones por parte de estos trabajadores sería mayor al que una persona en similares condiciones tendría que realizar. En el caso concreto, el actor estaría obligado para poder acceder a la pensión de jubilación cotizar nuevamente los 7 años y 11 meses, pues el tiempo laborado desde el 16 de julio de 1984 hasta el 15 de junio de 1992, no contaría a estos efectos, lo cual constituye una clara vulneración del artículo 13 de la Constitución Nacional", criterio que igualmente fue recogido en la Sentencia T-549 de 2012.

Así las cosas, corresponde a la convocada Exxonmobil de Colombia S. A. asumir el pago del periodo laborado por la actora con el correspondiente cálculo actuarial, pues contrario a lo planteado por la impugnante, como se ha consignado, si bien la empleadora para esa época no se encontraba obligada a afiliar a la empleada, mientras aquella no subrogara en el ISS el pago de la prestación pensional, continuaba asumiéndolo, y esos términos la encargada directa del manejo de los recursos para el reconocimiento y pago de la prestación pensional,

además, con el cálculo actuarial, no se impone una sanción, sino contrarrestar el transcurso del tiempo, en aras de no afectar el monto del derecho pensional que pueda corresponder al trabajador, lo cual resulta acorde con el postulado Superior de interpretación que lo protege como parte débil de la relación de trabajo, sin desestabilizar el sistema de seguridad social en pensiones, que es el que a la postre y eventualmente, lo asumiría.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, RESUELVE: **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la convocada. Se fijan como agencias en derecho en la alzada, la suma de UN MILLÓN DE PESOS ($1'000.000.oo) MCTE. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-016-2018-00353-01. Proceso Ordinario de María Elena Botero Mejía contra Colpensiones y Otros (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, para que esta última entidad, active la afiliación en el RPM y efectuó el cómputo de semanas cotizadas en debida forma y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 20 de febrero de 1963, empezando a cotizar al sistema general de pensiones a través de la Secretaria de Educación Departamental del Quindío a

partir del 1° de abril de 1980 y hasta el 21 de diciembre de 1987; que de forma posterior, efectuó aportes por intermedio del Municipio de Armenia por el período comprendido entre el 21 de diciembre de 1987 y el 10 de mayo de 1988, al servicio de la Contraloría General de la República entre el 7 de febrero de 1989 y el 2 de septiembre de 1991, al servicio de la DIAN en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el período comprendido entre el 7 de diciembre de 1992 y el 30 de septiembre de 1994, cotizando un total de 651 semanas; que la Protección contactó a la demandante en el mes de octubre de 2000 para que se afiliara a dicho régimen pensional, no obstante, no le explicó la implicaciones del traslado, la naturaleza de la capitalización del mismo, las desventajas y riesgos de afiliarse al RAIS, las ventajas de mantenerse en el RPM, ni efectuó escenarios comparativos de la mesada pensional, así como tampoco, la incidencia de la redención anticipada del bono pensional; que la demandante ha realizado cotizaciones de forma ininterrumpida a dicho fondo privado; que la mesada pensional en el RPM correspondería a una tasa de reemplazo del 74%, mientras que en el régimen privado sería con un promedio salarial del 25% y una mesada pensional por la suma de $2.504.911; que la demandante solicitó ante la AFP Protección S.A. y Colpensiones la nulidad de la afiliación, no obstante, no se emitió respuesta alguna.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante ante la AFP Protección S.A., ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, junto con los frutos, bonos e intereses generados y cualquier suma que se haya recibido por concepto de la afiliación en su cuenta de ahorro individual, disponiendo que Colpensiones reciba los montos trasladados, de conformidad con el pago de los aportes mensuales efectuados, actualizando la historia laboral y condenando en costas a las demandadas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen

---

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*;

particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó

que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe indicarse que se absolverá a Colpensiones de la costas impuestas en primer grado, por cuanto debe advertirse que si bien el C.G.P. establece la condena en costas para la parte vencida en juicio, también lo es, que la entidad pública no intervino al momento de efectuarse el traslado y por ello, no puede imponerse dicho concepto en cabeza de la misma, por lo que se revocará parcialmente la decisión de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia objeto de alzada, en el sentido **ABSOLVER** a la demandada COLPENSIONES de la condena en costas de primer grado. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la encartada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-033-2017-00406-01. Proceso Ordinario José Antonio Nieto Escobar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de diciembre de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a los puntos que no fueron objeto de recurso de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la COLFONDOS S.A y posterior traslado a PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo

1746 del Código Civil; así mismo, solicita se declare que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la última cotización y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 6 de Enero de 1951, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 66 años; que se afilió al ISS por el período comprendido entre el 18 de junio de 1970 y el 30 de septiembre de 1998, aportando 473.86 semanas; que se afilió a la AFP Colfondos el 3 de agosto de 2000, trasladándose nuevamente a la AFP Protección en el mes de julio de 2002, donde cotizó un total de 1379,43 semanas computadas en el RPM y en el RAIS, dentro de lo que se incluye los tiempos laborados mediante el servicio militar y Policía Nacional; que los asesores de la AFP no le indicó acerca de los beneficios o perjuicios de efectuar el traslado de régimen pensional y bajo el sustento que el ISS se iba a liquidar y por ello se quedarían sin derecho a una pensión, aunado, con que podía pensionarse a cualquier edad; que el actor es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que el actor realizo cotizaciones con un IBC por la suma de $4.640.000, por lo que la AFP Protección realizó proyección del derecho pensional, generando una mesada por el monto de $1.988.506; que el demandante elevó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones los días 1° de marzo de 2016 y 31 de mayo de 2017, sin obtener respuesta alguna.

Frente a dichas pretensiones, el *aquo* declaró la nulidad del traslado efectuado por el accionante de forma directa ante la COLFONDOS S.A. y de forma horizontal a la AFP PROTECCION PENSIONES Y CESANTIAS S.A, ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le

suministraron la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, disponiendo que Colpensiones reciba los montos trasladados, de conformidad con el pago de los aportes mensuales efectuados. Así mismo, dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en la Ley 71 de 1988, a partir del día siguiente de su última cotización, por trece mensualidades, estableciendo la como mesada para el año 2018 la suma de $3.799.198 y para el año 2019 el monto de $3.926.430, condenando en costas a Colfondos S.A.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelva de los pedimentos de la demanda. Tuvo como fundamento de inconformidad, que no se logró comprobar el vicio en el consentimiento que padeció el demandante al momento de su afiliación, concerniente con el de error, fuerza o dolo; además, que efectuó múltiples cotizaciones durante más de diez años en el RAIS por 840.15 semanas, ratificando su intención de mantenerse en el mismo y el demandante podría solicitar por cualquier medio tecnológico, la asesoría respecto de su derecho pensional, argumentos por los cuales se deben desestimar las pretensiones de la demanda. Que el demandante tuvo más de 10 años para asesorarse y realizar este tipo de cambios. Que en cuento a la descapitalización del sistema pensional, es importante tener en cuenta la sentencia C-242/2009.

Así mismo, señaló que el actor tuvo más de 19 años para poder adquirir el conocimiento de los beneficios y perjuicios del RAIS, enfatizando, que con el traslado que efectuó, el actor no estaría dentro de las excepciones contenidas en la SU 062 de 2010, ya que no cuenta con las 750 semanas al

1° de abril de 1994, por lo que perdió el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello se deben desestimar las súplicas de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que** la AFP demandada estaba en el deber de **probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público,** no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada COLFONDOS S. A debió consignar en el formulario de afiliación las

posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación al Régimen de ahorro individual con solidaridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que son las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de pensiones y Cesantía Protección S.A. quienes tienen el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, teniendo en cuenta que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de pensiones y Cesantía Protección S.A., deben asumir la diferencia de valores que pudiesen resultar en el pago de las cotizaciones, como ya lo manifestó el aquo.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya

ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, se debe proceder con el estudio del derecho pensional reclamado por el demandante, en ese sentido, cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010,

sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la copia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 37 del plenario, se puede establecer que el demandante, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 43 años de edad, por lo que puede decirse que el señor JOSÉ ANTONIO NIETO ESCOBAR, por la edad es beneficiario del régimen de transición.

En ese orden de ideas, como el actora es beneficiaria del aludido régimen transicional, la Sala debe señalar que el régimen pensional, en lo relativo a la contingencia de vejez, que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para quienes durante su vida laboral estuvieron afiliados, y cotizaron para el efecto, al Instituto de Seguros Sociales y a diferentes Cajas de Previsión Social, es el contenido en la Ley 71 de 1988.

El artículo 7° de la Ley en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren efectuado aportes por espacio de veinte (20) años en cualquier tiempo, a una o varias Cajas de Previsión Social de cualquier orden y en el Instituto de Seguros Sociales.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de edad para consolidar el derecho a la pensión, el 6 de enero de

2011, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, segunda fecha límite de la transición; razón por la cual se hace necesario corroborar si el actor cuenta con las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 y respecto de la cual se debe indicar que de conformidad con la conclusión para recuperar el régimen de transición contaba con más de 750 semanas a la data mencionada, por lo que el actor conserva el régimen de transición hasta el año 2014, entendiéndose, como la última data de tal calendado, siendo esta, el 31 de diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, se procede con el estudio del derecho pensional con los 20 años de servicio en cualquier tiempo, evidenciándose que en efecto cumple tal presupuesto, como quiera que de acuerdo con la historia laboral reportada por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., se evidencia que el actor cotizó un total de 742, en Colpensiones un total de 473.86 semanas y en otros fondos de pensiones 124.29 semanas, las que una vez computadas arrojan un total de 1.340,15 semanas cotizadas en su vida laboral, por lo que cuya liquidación puede efectuarse tanto con los últimos 10 años de servicios, como con toda la vida laboral de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándose una tasa de reemplazo del 75%, la que se liquidará de forma posterior, previo el estudio de la excepción de prescripción propuesta por las encartadas.

Con respecto al disfrute de la pensión, debe indicarse que si bien el actor acreditó los 60 años de edad el 6 de enero de 2011, también lo es, que no hay certeza acerca de la fecha en la que hizo su última cotización el actor, por cuanto de la historia laboral a la que ya se hizo referencia, se advierte que el actor continuaba cotizando al momento en que la demandada Protección S.A. presentó la contestación de su demanda, por lo que de conformidad con lo anterior, se deberá proceder con el reconocimiento de

la prestación a partir del día siguiente a la última cotización, ya se para el año 2018 o 2019.

No hay lugar a declarar prescrita mesada alguna, en la medida en que este caso, no operó el término común de los 3 años previstos en el artículo 151 del CPL, pues si se parte del hecho de que la prestación se hizo exigible para los años 2018 o 2019 y la demanda ya se encontraba en curso ante el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá[2], es claro que la totalidad de las mesadas pueden ser reclamadas.

Ahora bien, una vez verificada la liquidación efectuada por el fallador de primera instancia y teniendo en cuenta el Ingreso Base de Cotización reportados tanto en las diferentes Cajas de Previsión Social, el ISS hoy Colpensiones y ante las AFP demandadas, se advierte que en efecto el cálculo efectuado se encuentra conforme y por ello se confirmará la decisión de primer grado frente al ítem estudiado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de

---

[2] Cfr. Fl. 55.

Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- COSTAS** de primera instancia a cargo de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-006-2016-00233-01. Proceso ordinario de Edgar Andrés Cabral Orjuela contra Industrias Inca SAS (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 20 de marzo de 2018.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de termino fijo inferior a un año por el periodo comprendido entre el 22 de octubre de y el 21 de noviembre de 2015, el cual se prorrogó por tres veces consecutivas hasta el 21 de febrero de 2016 y que se prorrogó de forma

automática por el término de un año hasta el 21 de febrero de 2017 y que la empleadora dio por terminado el referido contrato el 19 de febrero de 2016 de forma unilateral e injustificada; se condene a la demandada al pago de los salarios correspondientes al tiempo que le hacía falta para el cumplimiento del contrato de trabajo a título de indemnización, así como la indemnización correspondiente a 185 días de salario derivados de la finalización del vínculo en estado de indefensión.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el 22 de octubre de 2015 se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo por un mes, el cual se prorrogó en tres oportunidades hasta el 21 de febrero de 2016; en virtud del cual desempeñó el cargo de Analista de Planeación y percibió como contraprestación por sus servicios la suma de $1'622.000,oo.

Afirma que la demandada tomó la determinación de finalizar el contrato aduciendo para el efecto su no prorroga, el 19 de febrero de 2016, día en que en las mismas instalaciones de la demandada presentó una "*servicalgia tipo punzada de moderada intensidad*" y que dio lugar a la expedición de una incapacidad.

Una vez notificada la demandada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones de condena de la demanda, aceptó la existencia de la relación laboral, sin embargo, adujo en su defensa que los contratos de trabajo iguales o inferiores a 30 días no requieren preaviso y que por tal motivo el vínculo laboral finalizó por la expiración del plazo fijo pactado, y que al momento de la finalización del contrato el demandante no se encontraba incapacitado y tampoco se encontraba calificado como inválido o discapacitado. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción,

inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, entre otras.

La *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que de un lado que los contratos de trabajo a término fijo de un mes no requieren preaviso conforme lo establece el Decreto 1072 de 2015 y de otro, que no se reunían los presupuestos para el reconocimiento de la indemnización que prevé la Ley 361 de 1997 en tanto el demandante no acreditó tener una pérdida de capacidad laboral severa o profunda.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la apoderada de la parte actora se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se acceda al reconocimiento de las indemnizaciones deprecadas, para lo cual aduce en esencia que la carta de no prórroga del contrato se notificó por fuera del término que establece el artículo 46 del CS.T. y cuando el trabajador se encontraba en un estado de indefensión, al encontrarse incapacitado.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si resulta procedente el

reconocimiento de las indemnizaciones que establecen el artículo 64 del C.S.T. y la Ley 361 de 1997.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no fue objeto de discusión entre las partes, el vínculo de carácter laboral que las unió con ocasión al contrato de trabajo a término fijo que suscribieron el 22 de octubre de 2015 por un mes, que el mismo se prorrogó hasta el 21 de febrero de 2016 y que la demandada lo dio por terminado el 19 de febrero de 2016 aduciendo la expiración del plazo fijo pactado; circunstancias que por demás se establecen con la documental visible a folios 18 a 22 y 109 del expediente, contentiva del contrato de trabajo que suscribieron las partes, certificación expedida por la propia entidad demandada y la misiva mediante la cual se puso fin a la relación de trabajo.

De acuerdo con los anteriores supuestos, por razones de carácter metodológico la Sala se adentrará en primer término en el análisis relativo a la procedencia de la indemnización por despido que establece el artículo 64 del C.S.T., pretensión que edifica la parte actora sobre el supuesto de la prorroga del contrato de trabajo por el término de un año dado que la determinación de finalizarlo por la expiración del plazo fijo pactado no se comunicó dentro del plazo que al efecto establece el artículo 46 de la misma obra, lo que de contera torna injustificada la terminación del contrato por parte de la empleadora.

Al respecto, basta a la Sala señalar que a pesar de que el artículo 46 del C.S.T., luego de la modificación que introdujo el artículo 3° de la Ley 50 de 1990 estableció en su numeral 1° que el contrato de trabajo a término fijo se entiende renovado, si ninguna de las parte avisa a la otra la intención de prorrogarlo, con una antelación no inferior a 30 días; corresponde tener en cuenta que tal precepto fue reglamentado por el

Decreto 1127 de 1991, el que en su artículo 1° estableció que en los contratos de trabajo cuya duración sea igual o inferior a 30 días no se requiere ninguna clase de preaviso, disposición que se encuentra vigente y fue compilada en el Decreto 1072 de 2015[1], de otra forma se entendería proscrita la posibilidad de celebrar contratos de trabajo inferiores a 30 días e implicaría que en aquellos cuya duración fuera igual a 30 días, el empleador se viera avocado a presentar junto con la suscripción del contrato la carta de terminación por la expiración del plazo fijo pactado.

En consecuencia, como en el asunto el contrato de trabajo que celebraron las partes lo fue por el término de un mes, a la sociedad demandada no le era exigible, como lo pretende la recurrente, que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46 del C.S.T. informara al trabajador la intención de no renovar el contrato de trabajo acordado con 30 días de anticipación, razón por la que se confirmará la determinación que frente a este aspecto acogió la servidora judicial de primer grado.

Ahora, como se advirtió, solicita la parte actora el reconocimiento y pago de la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pretensión que fue negada por la Juez de Primer Grado, al considerar que el demandante no acreditó tener un grado de discapacidad severa o profunda.

Al respecto interesa a la Sala recordar que acorde con la Ley 361 de 1997 en materia de integración para personas con limitación física, contempló el beneficio de la estabilidad laboral reforzada en el artículo 26, para evitar que sus contratos de trabajo fueran terminados por razones de su

---

[1] *Artículo 2.2.1.1.2. Contratos iguales o inferiores a 30 días. Los contratos de trabajo cuya duración sea igual o inferior a 30 días no requieren preaviso alguno para su terminación. No obstante, las partes, de común acuerdo, podrán pactar su prórroga en los términos previstos en el ordinal 2o del artículo 3o de la Ley 50 de 1990.*

limitación, a no ser que la autoridad administrativa competente para ello -Ministerio del Trabajo- autorice el fenecimiento del vínculo. En aquella disposición fue prevista como sanción al empleador cuando no hiciera uso de la autorización de la oficina del trabajo, una indemnización equivalente a 180 días de salario sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar; sin embargo, en virtud del estudio de constitucionalidad previsto por la sentencia C-531 de 2000, se declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo de la norma que contemplaba únicamente la indemnización por ese monto, para entrar a interpretarse que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.

En este punto considera la Sala oportuno señalar, que contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, de acuerdo con la hermenéutica dada por la Corte Constitucional en sentencia C-824 de 2011, los beneficiarios de la Ley 361 de 1997 no son únicamente las personas con limitaciones severas y profundas, sino *"... las personas con limitaciones en general, sin entrar a determinar ni el tipo de limitación que se padezca, ni el grado o nivel de dicha limitación, esto es, sin especificar ni la clase, ni la gravedad de las limitaciones."*

Pese a lo anterior, corresponde precisar, que dicha protección se encuentra dirigida a las personas que presentan una afectación en su salud que les impide o dificulta el desempeño de sus labores, como lo haría otra persona en condiciones regulares, de esta forma lo señaló la propia Corte Constitucional en la sentencia SU 049 de 2017, al indicar *"...la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son*

titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares..."

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, corresponde advertir que si bien de acuerdo con la certificación expedida por el Grupo Emi S.A.[2] se generó una incapacidad a favor del demandante, la misma fue apenas de un día, y de acuerdo con la historia clínica, el manejo que se dio fue analgésico intramuscular.

En tal sentido a juicio de la Sala la afección de salud que tuvo el demandante el 19 de junio de 2016, día en que se comunicó la determinación de finalizar el contrato de trabajo por la expiración del plazo fijo pactado, no tiene la gravedad suficiente para hacer efectiva la protección que se implementó con ocasión a la expedición de la Ley 361 de 1997 y la sentencia C-531 de 2000, pues como se advirtió, aun cuando no es necesario que la misma sea clasificada dentro de las afecciones severas y profundas, no cualquier clase de dolencia da lugar a la referida protección, sino solo aquellas dolencias que en realidad tienen una repercusión en el desempeño de la vida laboral del trabajador.

Los argumentos expuestos considera la Sala resulta suficientes para confirmar la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado, pero por las razones indicadas.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

---

[2] Cfr fl 32

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de marzo de 2018. **COSTAS.** En esta instancia a cargo del demandante para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $100.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según consta en Acta N° ____

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310500320170021101. Proceso Ordinario de Fanny Bustacara Juyo contra Mercedes Ortiz Mosquera y Otro. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, surtido el traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 y previa discusión y aprobación del proyecto presentado, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA,

Resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de marzo de 2018 mediante la cual absolvió a los demandados.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente dejando constancia de los antecedentes en el acta:

ANTECEDENTES:

Fanny Bustacara Juyo presentó demanda laboral contra Mercedes Ortiz Mosquera y Elías Cubillos Santofimio a fin de obtener previa declaración de contrato de trabajo, reintegro junto con pago de salarios y demás derechos laborales dejados de percibir, aportes a seguridad social en pensión desde la vinculación, indemnización por accidente de trabajo e indemnización de 180 días.

Para sustentar sus aspiraciones señaló que laboró para los demandados desde de abril de 2013 hasta el 8 de mayo de 2014, realizando figuras de madera en sus instalaciones, con un ingreso semanal de $200.000.00. El 8 de mayo de 2014 sufrió accidente de trabajo que le ocasionó la pérdida del quinto dedo y afectación de limitación del cuarto dedo, el cual fue atendido por el régimen subsidiado que le generó incapacidades, por lo cual los empleadores le entregaron $100.000.00 semanales hasta octubre de 2014. Citó a los empleadores al Ministerio del Trabajo, diligencia en la que aceptaron la prestación del servicio y el pago de los $100.000.00. Fue calificada con pérdida de capacidad laboral del 33.10% requiriendo tratamiento médico, y a la terminación del contrato no le reconocieron las acreencias del tiempo laborado ni indemnización por el accidente de trabajo.

Los demandados por intermedio de un mismo apoderado dieron contestación oponiéndose a las pretensiones, sustentados en que la demandante no les prestó servicios. Propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de obligación, falta de legitimación en la causa pasiva, prescripción, buena fe y la genérica.

El aquo concluyó que de acuerdo con la prueba evacuada no se acreditó la prestación personal del servicio para los demandados, lo cual incumbía a la parte demandante.

Inconforme con la decisión la apoderada de la activa interpuso recurso de apelación, sustentada en que la demandante utilizaba las herramientas de propiedad de los demandados, y fueron ellos quienes la contrataron y no su hija fallecida en el año 2013, ya que continuó laborando para ellos hasta el año 2014. La actividad se realizaba de acuerdo con los pedidos, sin que ello implique que no recibieran órdenes o asistir cuando quisiera. De acuerdo con la carga de la prueba, eran los demandados los que tenían que demostrar que no hubo prestación personal del servicio, la cual se encuentra acreditada ya que el objeto desarrollado por la demandante tiene relación con la actividad que realiza el establecimiento de comercio. El demandado manifestó que la demandante iba a laborar esporádicamente, y las órdenes las impartía la demandada Mercedes. Que de lo manifestado en el Ministerio del Trabajo queda una duda acerca de la relación de trabajo, la cual debe absolverse a favor de la demandante, en aplicación del principio de favorabilidad e indubio pro operario, los cuales sirven para determinar como inició de la relación, por lo menos en el año 2013. No se valoró las declaraciones extrajuicio en las que se indica que la demandante recibía órdenes de los demandados. Los demandados aceptaron la ocurrencia del accidente de trabajo, lo que igualmente permite concluir la existencia de la relación de trabajo, el cual generó una pérdida de capacidad laboral y se encuentra acorde con la normatividad vigente, que le irroga estabilidad laboral reforzada.

CONSIDERACIONES:

En los términos de la impugnación, corresponde determinar o establecer la existencia del contrato de trabajo, y las condiciones o términos que lo

rigieron, ya que sobre este tópico se erigen todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, 3 elementos se requieren para concluir la existencia del contrato de trabajo, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de éste, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Por esa razón, corresponde a quien reclama la existencia de contrato de trabajo, demostrar la prestación personal del servicio, mientras a quien se le endilga la condición de empleador, que los servicios no fueron subordinados, ya que acreditado el primero, automáticamente surge a su favor la presunción legal, que se encontraban regidos por contrato de trabajo, conforme lo estatuye el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, siendo por lo tanto carga probatoria a quien se reclama la calidad de empleador, desvirtuarla.

Quiere decir entonces, contrario a lo planteado por la impugnante, que para arribar a la existencia del contrato de trabajo, tiene que encontrarse acreditada la prestación personal del servicio y es carga procesal de la activa hacerlo, y por parte de los accionados, que la actividad fue realizada con absoluta autonomía e independencia, en cuanto corresponde a éstos demostrar que no hicieron uso del poder subordinante que corresponde a quien funge la condición de empleador.

En relación con lo que le correspondía probar a la activa, los medios de prueba conducen a concluir la prestación del servicio para la convocada

Mercedes Ortiz Mosquera, la cual fluye desde el escrito de contestación de demanda, la prueba documental, la testimonial recepcionada y los interrogatorios de parte absueltos por los convocados. Por lo que desde ya debe advertirse que el demandado Elías Cubillos Santofimio, no está llamado a responder por lo reclamado.

Situación diferente se presenta con lo que le correspondía demostrar a la pasiva Mercedes Ortiz Mosquera, ya que al expediente no obra ningún medio de convicción del cual se pueda establecer que en la actividad realizada por la actora no hizo uso de su poder subordinante, para concluir que la gestión la realizó en forma autónoma; pues simple y llanamente se limitó a manifestar que fue contratada por una hija, pese a que acepta y así se establece de la prueba evacuada, que la demandante continuó realizando actividad después del fallecimiento de aquella, en una jornada que dependía de los trabajos requeridos por sus clientes, y por esa gestión entregaba una suma semanal, lo que significa que no desvirtuó la presunción de existencia de contrato de trabajo prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

La prueba obrante al proceso, valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal legal vigente en consonancia con los principios de libre apreciación y sana crítica, permite concluir sin asomo de duda, que entre las partes existió un contrato de trabajo. Se debe precisar, que el principio **in dubio pro operario**, contrario a lo planteado por la impugnante, es aplicable única y exclusivamente cuando existe duda sobre la aplicación de una norma jurídica frente a otra que regula una situación semejante o cuando la aplicable admite varias interpretaciones, debiéndose escoger la más favorable en su integridad, más no sobre la apreciación de los medios de convicción, que es exactamente el mismo principio de favorabilidad consagrado en el artículo 21 del estatuto positivo del trabajo y el artículo 53 Superior.

En cuanto a los extremos temporales del vínculo, el final no tiene discusión, se presentó el 8 de mayo de 2014, mientras que el inicial corresponderá al mes de abril de 2013 que reclama expresamente la demandante incluso desde la diligencia celebrada ante el Ministerio del Trabajo, y como no indica día, se tomará el 30, que corresponde al último de mes dado que por lo menos tuvo que haber laborado un día para indicar que fue en esa mensualidad; ello en razón a que pese a que se indica que con antelación inició la vinculación no se puede establecer con certeza que hubiese sido consecuencia de la prestación de un servicio personal para la convocada Mercedes Ortiz, ya que es la misma demandante en su jurada la que informa que para esa época lo que se presentó fue una colaboración para empacar figuras de madera, actividad diferente a la que informa desarrollaba durante el periodo que reclama, y no existe prueba que respalde una vinculación anterior a la que reclama, cua.ndo era carga probatoria de la activa hacerlo.

Para todos los efectos se tiene que entre las partes existió un contrato de trabajo, con vigencia entre el 30 de abril de 2013 y el 8 de mayo de 2014, con un ingreso mensual de $400.000.00, considerando que la demandante siendo su carga probatoria no demostró la cifra que afirma devengaba, y la demandada Mercedes Ortiz desde la diligencia ante la autoridad administrativa del trabajo sostuvo que era $100.000.00 que correspondía a lo que hacía en una semana, y la restante prueba evacuada al unísono refiere que la jornada no era continua durante la semana.

REINTEGRO:

De acuerdo con el sustento fáctico se asume que se soporta en la condición de salud de la demandante con base en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, por lo que para tales efectos se debe indicar que la protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> tiene sustento legal en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997

y la Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000 que declaró exequible su inciso segundo bajo el entendido que el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación carece de efecto jurídico si no media justa causa autorizada por autoridad administrativa del trabajo, lo que significa que la protección tiene por objeto evitar la terminación del contrato o despido del trabajador en condición de discapacidad, situación y evento que no se configuran en el caso que nos ocupa, considerando que la demandante confesó en su interrogatorio de parte que fue ella la "***que no volví a trabajar***", es decir, no fue despedida ni su vínculo terminado por quien fungió como empleadora.

Por esa razón, tampoco concurren las condiciones o requisitos que en forma unísona ha considerado el Máximo juez del trabajo como Constitucional, éste último de una forma más amplia, para que se configure la protección, considerando que si bien se presentó accidente de trabajo en vigencia del contrato, la discapacidad o situación particular de salud de la empleada fue objeto de pronunciamiento en dictamen del 4 de junio de 2015, es decir, posterior a la finalización del vínculo; en igual sentido, tampoco se puede afirmar que el empleador tuviese conocimiento de una condición de discapacidad; y, por lo mismo no se puede derivar que la discapacidad de la empleada haya sido la causa del finiquito del contrato, precisamente porque fue ésta la que decidió no volver a trabajar.

INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO:

No tiene vocación de prosperidad, considerando que el dictamen que se invoca para tales efectos, amén de que define pérdida de capacidad laboral del 33.10%, califica su origen común.

INDEMNIZACIÓN POR DESPDIO EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD:

Las consideraciones que sustentaron la improsperidad del reintegro, sirven de sustento para negar la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

APORTES A PENSIÓN:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son afiliados obligatorios al sistema general de pensiones, las personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y es obligación del empleador como lo prevé el artículo 22 de la última norma responder por el pago total del aporte cuando no efectúa el correspondiente descuento al empleado, lo que significa que la demandada Mercedes Ortiz Mosquera debe efectuar a Colpensiones o al Fondo que se encuentre afiliada la accionante, los aportes a pensión correspondientes al periodo 30 de abril de 2013 al 8 de mayo de 2014, sobre el salarió mínimo legal de esas anualidades, de acuerdo con los parámetros que para el efecto se encuentren establecidos en la normatividad interna del ente de seguridad social en concordancia con lo previsto en la ley.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, RESUELVE: **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada Mercedes Ortiz Mosquera a efectuar a favor de la demandante en Colpensiones o al Fondo que se encuentre afiliada, los aportes a pensión correspondientes al periodo 30 de abril de 2013 al 8 de mayo de 2014, sobre el salarió mínimo legal de esas anualidades, de

acuerdo con los parámetros que para el efecto se encuentren establecidos en la normatividad interna del ente de seguridad social en concordancia con lo previsto en la ley. Se **ABSUELVE** a la demandada Mercedes Ortiz Mosquera de las demás pretensiones de la demanda, y al demandado Elías Cubillos Santofimio de todas las pretensiones de la demanda. Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la demandada Mercedes Ortiz Mosquera, las cuales serán tasadas por el juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-008-2018-00659-01. Proceso Ordinario de Sylvia de las Mercedes Andrade Uribe contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Protección S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de enero de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a la AFP Protección S.A., así como, que se declare siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación y que por ello, es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993,

a devolver las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de dicha administradora y se ordene a la demandada Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir dicho capital, ordenándose a su vez, el reconocimiento de la pensión de vejez, aplicando el régimen de transición y las costas del proceso.

En lo que interesa al asunto, como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 1° de febrero de 1978, aportando un total de 221.71 semanas durante su permanencia en dicho régimen; que se trasladó a la AFP Protección S.A. el 27 de mayo de 1996, motivando la decisión de su traslado en que el régimen de ahorro individual con solidaridad era más beneficioso que aquél en que se encontraba afiliada, además de que no se le informó sobre la posibilidad de retornar al Instituto de seguros sociales y recuperar su régimen de transición en el denominado año de gracia que estableció la ley 797 de 2003, además, de indicarle que podría pensionarse a cualquier edad, sin mencionar lo atinente a la redención del bono pensional; que la actora cuenta con un total de 1.302.43 semanas cotizadas, que el 22 de agosto de 2018 elevó solicitud de nulidad de la afiliación ante Protección S.A. y diligenció formulario de afiliación ante Colpensiones, entidad que le indicó que era imposible su traslado y afiliación, por cuanto se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por edad.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda oportunamente en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y prescripción. Por su parte la demandada Protección S.A. propuso entre otras las excepciones de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP Colmena AIG, hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por lo que la condenó a transferir todas las sumas de dinero que existían en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos y cuotas de administración, sin que le sea dado descontar alguna suma por concepto de riesgos de invalidez y sobrevivencia, y ordenó a Colpensiones así mismo a recibirlas y reactivar la afiliación. Para arribar a la anterior conclusión, consideró en esencia que la demanda Protección S.A. incumplió con la obligación de brindar la información clara, oportuna y eficiente a la demandante al momento en que se efectuó el traslado de régimen, tal como se lo imponía en ese momento la propia Ley 100 de 1993 y el Estatuto Financiero. Así mismo, que la demandante al 1° de abril de 1994, tenía 38 años siendo beneficiaria del régimen de transición en principio pero que por no tener 750 semanas al 1° de julio de 2014, no se hizo extensivo el régimen de transición, y que con respecto al reconocimiento de su pensión de vejez, no era posible establecerse la misma, por cuanto no se pueden hacerse los cálculos aritméticos sobre la edad o el número de semanas, pues la demandante sigue cotizando a la fecha.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Protección S.A. interpuso recurso de apelación parcial, en el sentido que solicita se revoque la decisión de primer grado, única y exclusivamente en lo referente a la obligación que se le impartió a su representada de realizar la devolución de los gastos de administración, bajo el sustento que los rendimientos se generaron con la gestión de la administradora de pensiones, así como, que las cuotas de administración ya fueron descontadas y tienen una destinación específica.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que** la AFP demandada estaba en el deber de **probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público,** no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho

pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral dela accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado"*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe advertirse que no es posible acoger el dicho de la demandada AFP Protección S.A. en lo concerniente a la imposibilidad de

retornar el concepto de gastos de representación y cuotas de administración, por cuanto si bien los mismos se encuentran establecidos en la Ley 100 de 1993 y tienen una destinación específica para el reconocimiento de alguna de las prestaciones determinadas en el Régimen General de Pensiones, también lo es, que se reitera que es la demandada quien debe asumir los deterioros que se originen con la afiliación, por lo que dicho concepto debe ser asumido de forma directa por la demandada y es quien debe asumir los deterioros o pérdidas que se generen de la afiliación de la persona.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de esta instancia a cargo únicamente de la demandada Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y sin ellas en primera instancia, dada la absolución que por dicho concepto efectuó la falladora de primer grado.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de esta instancia a cargo de la encartada FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., fíjense como agencias en derecho la

suma de $600.000,oo, y sin ellas en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2018-00384-01. Proceso Ordinario Susana Sánchez Sánchez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., el día previamente señalado para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la demandada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de Octubre de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada COLPENSIONES.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP COLFONDOS S.A. en 1995, al igual los traslados que en forma horizontal realizó a las administradoras Porvenir y Protección, a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus pretensiones, que la demandante nació el 30 de marzo de 1961, comenzando su vida labora el 27 de octubre de 1983 afiliándose al ISS, hasta el mes de julio de 1995, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP COLFONDOS S.A. y posteriormente hizo traslados a otras administradoras como Porvenir, ING y Protección que es el último fondo al que se encuentra afiliada; que elevó solicitud de traslado a Colpensiones en el año 2008, petición que no fue resuelta; que en el mes de marzo del 2018, elevó solicitud de traslado a la AFP Protección S.A. con destino al régimen de prima media, no obstante, la administradora de pensiones privada manifestó que no era posible concederlo, teniendo en cuenta que contaba con 57 años de edad y la solicitud debió hacerla antes de faltarle menos de diez años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante de forma directa COLFONDOS S.A. y de forma horizontal a la PORVENIR S.A., ING y PROTECCION S.A., ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable. Lo anterior, por cuanto era obligación del fondo receptor como lo ha adoctrinado la jurisprudencia, brindarle información objetiva, comparada y trasparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida, frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y los riesgos que se asumieren al realizar el traslado.

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la decisión proferida y en su lugar se absuelvan de las peticiones elevadas.

Coinciden las accionadas en afirmar, que los traslados se efectuaron de acuerdo las condiciones legales y normativas del momento de cada uno de ellos. Las administradoras del régimen privado, manifiestan en cuanto a las costas y a los gastos de administración, que se exonere del reintegro de tales conceptos teniendo en cuenta que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que impone la toma de pólizas de invalidez y sobrevivencia, por lo que se advierte que estos dineros ya no están en las arcas de las demandadas y que al devolver estos conceptos, se impondría un castigo por cumplir la ley, así como, que no retribuye la gestión administrativa y los rendimientos generados con la misma.

Por su parte COLPENSIONES, manifiesta que no se comprobó que existieran vicios en el consentimiento de la demandante, así como, que la demandante no está en edad de solicitar el traslado, por cuanto se encuentra dentro de la prohibición consagrada en la Ley 100 de 1993, que no es otra, que contar con menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, además, que no se hizo uso del derecho de retracto de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso se debe en tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que** la AFP demandada estaba en el deber de **probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público,** no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema*

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la

---

Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*", por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como de los traslados horizontales efectuados a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a ING Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó

que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que COLPENSIONES cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias únicamente a cargo de las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho

pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las encartadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y A LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000,oo para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

Solo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-020-2019-00064-01. Proceso Ordinario Bernardo Valencia Agudelo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de septiembre de 2020; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad e ineficacia del traslado inicial del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING S.A. hoy Protección S.A.; se condene a Colpensiones a recibir todos y cada uno de

los valores que hacen parte de su cuenta de ahorro individual y a la AFP Old Mutual S.A. a efectuar la devolución de los mismos

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilio al sistema de seguridad social en pensiones administrado por el Instituto de Seguros Sociales el 1° de junio de 1982 hasta el momento en que se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A. hoy Protección S.A.

Indicó que quien suscribió el formulario fue el asesor del fondo de pensiones ING S.A. y que además faltó al deber de información profesional que tenía dicha sociedad como fiduciaria del sector público.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción de forma oportuna oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra. Colpensiones propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, entre otras.

A su turno la demandada Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías .S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, entre otras.

Y Protección S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A. hoy Protección S.A. y como consecuencia de ello el traslado efectuado a Skandia S.A. hoy Old Mutual S.A.; en razón a ello ordenó a Protección

S.A. realizar la devolución de la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de pago de aportes junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones, entidad ésta última a la que se declaró como aseguradora del demandante frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que de acuerdo con el criterio pacífico y reiterado de la Corte Suprema de Justicia la validez de traslado de régimen se encuentra al cumplimiento al deber de información por parte de los fondos de pensiones, quienes en consecuencia tienen la carga de la prueba de demostrar que brindaron una información completa, veraz y eficaz, pero como en el asunto tal aspecto no se acreditó correspondía declarar la nulidad o ineficacia de traslado.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que aduce solicita se tenga en cuenta que su representada viene sufriendo una descapitalización y que en razón a ello, de acuerdo con lo que al efecto establece del artículo 48 de la Constitución Nacional no resulta procedente ordenar la nulidad de traslado, y que en caso de que se confirme tal determinación, solicita se elabore un cálculo actuarial, pues tal como se reconoció en la sentencia SU 062 de 2010 para acceder al traslado de régimen el afiliado adicionalmente tenía que pagar un cálculo de rentabilidad.

Así mismo se opuso a la condena en costas en tanto accedió al traslado de acuerdo con la solicitud elevado por el propio demandante.

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta

Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1],

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la

---

la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que** la AFP demandada estaba en el deber de **probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público,** no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.