



REPÚBLICA DE COLOMBIA

Proceso Ordinario Laboral No. 1100131050 16 2020 00068 01

Demandante: TEMILDA SAAVEDRA HERRERA

Demandado: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES

Magistrado Ponente: **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C.; treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 26 de octubre del 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, la sentencia se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y de la S.S., por cuanto la decisión fue adversa a los intereses de la encartada.

I.- ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora TEMILDA SAAVEDRA HERRERA interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, para que se le condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del deceso del señor JESÚS RUIZ, a partir del 29 de septiembre de 2017, más el reajuste de ley, los intereses moratorios, la indexación de las mesadas reconocidas, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones manifestó que su fecha de nacimiento fue el 10 de octubre de 1956 y que convivió con el señor JESÚS RUIZ desde 1972, procreando una hija de nombre NAIL RUIZ SAAVEDRA, quien nació el 25 de junio de 1974, siendo mayor de edad en la actualidad; además, adujo que contrajo matrimonio con el señor JESÚS RUIZ el 1º de julio de 1978 y el 7 de septiembre de 2004 la pareja liquidó la sociedad conyugal, manteniéndose separados de manera temporal hasta el 14 de junio de 2006.

Expuso que a pesar de que fue liquidada la sociedad conyugal y que estuvieron separados durante un periodo corto, antes y después de tal suceso convivieron de forma pacífica e ininterrumpida por espacio de 45 años, esto es, desde 1972 hasta la fecha del deceso del señor JESÚS RUIZ, lo que acaeció el 28 de septiembre de 2017. Señaló que el causante fue calificado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con una PCL del 52.27%, estructurada el 14 de abril de 2015; en consecuencia, mediante Resolución GNR 136662 del 10 de mayo de 2016, la entidad convocada a juicio le reconoció una pensión de invalidez a partir del 14 de abril de 2015 en cuantía inicial de \$644.350.

De igual manera, mencionó la promotora del litigio que durante el periodo de enfermedad e invalidez acompañó al causante, además él era quien respondía



económicamente por ella, ya que siempre se dedicó a las labores del hogar y al cuidado de su cónyuge, e igualmente era su beneficiaria en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De otra parte, indicó que el 6 de marzo de 2018 solicitó la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada por la entidad accionada a través de la Resolución SUB-107936 del 20 de abril de 2018, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, la que fue confirmada mediante Resolución DIR 10674 de 1º de junio de 2018. Finalmente, añadió que a razón del fallecimiento del causante depende de su hija, puesto que no percibe ningún tipo de ingreso, ni auxilio o pensión que le permita solventar sus necesidades básicas.

1.3 CONTESTACION DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, exponiendo que la demandante no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite.

Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad y la innominada o genérica.

II.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de octubre de 2021 condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge supérstite del señor JESÚS RUIZ a partir del 29 de septiembre de 2017, junto con sus respectivos ajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar, en la misma cuantía de la pensión que era devengada por el mencionado causante, la cual debe ser pagada de forma indexada. Asimismo, declaró no probadas las

excepciones propuestas por la enjuiciada y la condenó en costas y agencias en derecho.

Para arribar a tal conclusión, memoró los fundamentos y objetivos que soportan la pensión de sobrevivientes, conforme lo expuesto entre otras, en sentencia C-111 de 2006. Además, hizo alusión a lo normado en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que establecen los requisitos y beneficiarios de la citada pensión, normas que de acuerdo a lo sentado por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, son las que rigen la prestación deprecada.

Adicionalmente, hizo referencia a las diferentes pruebas documentales aportadas al plenario, entre otras, el registro civil de defunción del señor JESÚS RUIZ, que da cuenta que su deceso ocurrió el 28 de septiembre de 2017; el registro civil de matrimonio que indica que el 1º de julio de 1978 la demandante contrajo matrimonio con el citado causante, probanza que igualmente reseña la liquidación de la sociedad conyugal de la pareja el 7 de septiembre de 2004, situación respecto de la cual mencionó la promotora en los hechos del libelo introductorio, que existió una separación temporal pero que en el año 2006, reanudaron la convivencia hasta el fallecimiento de su cónyuge.

De la misma forma, señaló que no es objeto de controversia lo atinente al reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común a partir del 14 de abril de 2015, en suma correspondiente al s.m.l.m.v. para esa anualidad y la reclamación elevada por la actora ante la pasiva a efectos de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes.

Al referirse a los argumentos de la entidad demandada para negar la pensión a la actora, expuso que la investigación administrativa concluyó que no acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud que presentó, pues no fue posible certificar su convivencia con el pensionado fallecido, al no aportar documentos

de contacto con familiares, por ende, la labor de campo no fue exitosa, además no permitió continuar con el proceso.

Así indicó el fallador de primer grado que después de analizar los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre los que se encuentran los testimonios rendidos por las señoras NUBIA PARRA y MARÍA MARGARITA RODRÍGUEZ y la declaración vertida por la misma actora, pudo determinar conforme con los presupuestos establecidos por la Ley 100 de 1993 y jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que en el presente asunto la demandante logró demostrar su calidad de cónyuge supérstite, destacando que de acuerdo a la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, se ha señalado que siempre que se mantenga la calidad de cónyuge, así se encuentre liquidada la sociedad conyugal, no pierde el derecho pensional, siempre y cuando demuestre la convivencia de 5 años continuos, los que no necesariamente deben ser continuos a la muerte del causante, aspecto que encontró demostrado en el *sub lite*.

Pues evidenció que el vínculo matrimonial se mantuvo desde 1978 hasta la muerte del señor JESÚS RUIZ del 28 de septiembre del año 2017, lo que fue corroborado por la prueba testimonial, la que fue clara, conteste y espontánea, y de la cual se pudo establecer que la actora hizo vida marital con el causante en forma continua, quedando así demostrados los 5 años de convivencia que exige la ley en cualquier tiempo; en cuanto a la excepción de prescripción encontró que la misma no operó, por lo que la declaró no probada, en consecuencia, condenó a la pasiva al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ordenando la indexación de la misma y absolviendo del pago de intereses moratorios, por resultar incompatibles.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión de primera instancia la parte demandada presentó recurso de apelación, aduciendo que en el presente asunto no se cumplen los

requisitos de ley para acceder al reconocimiento del derecho, esto es, la prevalencia que tiene el requisito de la constitución y vivencia de la sociedad conyugal sobre el requisito de la convivencia, pues tal y como consta en el plenario, en el año 2004 se disolvió voluntariamente la sociedad conyugal, situación que de acuerdo con el precedente jurisprudencial, tiene importantes repercusiones de conformidad con la sentencia C-515-2019 que citó en el escrito de contestación de la demanda, el concepto del comité y los alegatos de conclusión, por tanto, no le asiste el derecho reclamado.

IV.- CONSIDERACIONES:

4.1 TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

4.2 PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la demandante TEMILDA SAAVEDRA HERRERA, cumple los requisitos previstos en la ley para acceder a la pensión de sobrevivientes pretendida, como consecuencia del fallecimiento del causante JESUS RUIZ.

4.3 DE LA CALIDAD DE PENSIONADO DEL CAUSANTE:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión que al señor JESÚS RUIZ, la entidad demandada le concedió pensión de invalidez mediante Resolución GNR 136662 de 10 de mayo de 2016, a partir del 14 de abril de 2015, en cuantía inicial de \$644.350; como tampoco lo atinente a la reclamación que elevó la promotora de la litis ante la encartada, a efectos de reclamar la sustitución pensional en

comento, la que fue negada a través de la Resolución SUB 107936 de 20 de abril de 2018, decisión que fue confirmada por medio de Resolución DIR 10674 de 1º de junio de 2018 (Fls. 19 a 21 vto., 24 a 26 y 35 a 37 vto.).

4.4 DE LOS REQUISITOS PARA SER BENEFICIARIO DE LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL:

Teniendo en cuenta que el deceso del causante data del 28 de septiembre de 2017, según se confirma con el Registro Civil de Defunción de folio 22, y por lo tanto conforme lo tiene sentado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituyen en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que

refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.

En igual sentido, se tiene que en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró en sentencia SL-1730 del 2020, que el mentado requisito de convivencia por espacio de cinco (5) años, resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que el órgano de cierre de esta especialidad, sentó la postura atinente a que la cónyuge separada de hecho o no, pero con vínculo matrimonial vigente, aun hallándose disuelta la sociedad conyugal y sin que existiera compañera permanente con derecho, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes si acredita una convivencia mínima de 5 años con el causante en cualquier tiempo, en vigencia del vínculo matrimonial, así lo expuso en sentencia SL3251-2021, Radicación No. 85580 de 7 de julio de 2021:

“Así lo ha reiterado en múltiples oportunidades esta Sala, entre otras, en las sentencias CSJ SL1869-2020, CSJ SL2232-2019, CSJ SL5141-2019 y CSJ SL1399-2018, última en la que señaló:

En efecto, a partir de la sentencia SL, 24 en. 2012, rad. 41637, esta Sala planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar

legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el (la) causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. En específico, en esa oportunidad señaló:

“(…)

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.”

De cara a lo indicado se tiene que, conforme a la línea jurisprudencial vigente, en lo referente al cónyuge con vínculo marital vigente, con sociedad conyugal liquidada con el pensionado, el requisito de convivencia de cinco (5) años puede acreditarse en cualquier tiempo.

4.5 DEL CASO EN CONCRETO:

Decantado lo anterior, procede la Corporación a descender al caso que hoy nos convoca, y para tal efecto debe volver la mirada la Sala sobre los medios probatorios arrimados al proceso, acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., logrando constatar en los mismos que la actora para la fecha del deceso ostentaba más de 30 años; dentro de la prueba documental obra Registro Civil de Matrimonio celebrado entre el causante y la demandante señora TEMILDA SAAVEDRA HERRERA el 1º de julio de 1978 (Fl. 15 a 15 vto.); certificado de afiliación expedido por CAFESALUD S.A., el 20 de septiembre de 2018, en el cual se registra a la promotora como beneficiaria del pensionado fallecido en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fl. 16) y cinco (5) fotografías familiares.

Asimismo, en el transcurrir del trámite procesal se practicó interrogatorio de parte a la demandante TEMILDA SAAVEDRA HERRERA, quien manifestó que convivió con el señor JESUS RUIZ, desde 1972 en unión libre por espacio de

cuatro (4) años y el 1º de julio de 1978 contrajeron matrimonio, unión de la cual nació una hija, señalando que la convivencia se extendió de manera ininterrumpida hasta el óbito de su cónyuge en el año 2017. De otra parte, refirió que cuando liquidaron la sociedad, vendieron una casa, y después decidieron con el dinero de esa venta y con su hija, adquirir otra vivienda en donde vive en la actualidad, indicando que no recuerda cuando efectuaron el trámite de liquidación.

Mencionó que la liquidación de la sociedad conyugal se dio por un inconveniente entre la pareja, por tanto, el causante se quedó en la casa matrimonial y la actora se fue con su hija, no obstante, su cónyuge la visitaba cada ocho días, destacando que esa separación no duró mucho tiempo, porque el pensionado permanecía más con ellas, situación que cree acaeció hacia el año 2000, es decir, antes de la mencionada liquidación de la sociedad conyugal.

Que posteriormente volvieron a convivir por un lapso de 20 años hasta que el causante falleció el 28 de septiembre de 2017, señalando que prácticamente no se separaron.

Señaló que en esa casa tenían un negocio de víveres y de eso vivían los dos, que ese era su sustento por él causante no podía trabajar, ya que padecía de úlcera varicosa lo que lo dejó discapacitado, además tenía EPOC y cirrosis y que en los últimos cinco (5) últimos años de vida del señor JESUS RUIZ, vivió con él junto con su hija y su nieta.

De otra parte, manifestó que realizó trámites ante COLPENSIONES para reclamar la pensión de sobrevivientes, pero que la persona que la asesoró no le dijo que tenía que anexar el registro de matrimonio y que debía llevar al visitador donde los vecinos para corroborar la convivencia de la pareja, además, narró que ella recibió al visitador de la entidad demandada, el cual la interrogó junto con su hermano por más de una hora y que finalmente aportó la demandada los

documentos requeridos para corroborar su calidad de beneficiaria de la pensión. En cuanto a los hechos que rodearon el deceso del señor JESÚS RUIZ, indicó que se enfermó y su hija lo llevó a la Clínica Santa Bibiana y allí permaneció hasta el fallecimiento.

Entre tanto, la testigo NUBIA PARRA RODRIGUEZ, mencionó que conoce a la demandante, a su cónyuge e hija porque llegaron a vivir al barrio donde reside, hace 12 o 13 años. Expuso que la pareja vivió en esa casa alrededor de 8 o 9 años, y que en total le constan la convivencia aproximada de 13 años, la que perduró hasta el fallecimiento. Que le consta lo atinente a la convivencia porque la pareja tenía una tienda en la que vendían víveres.

Sobre las circunstancias de la muerte del señor JESÚS RUIZ, refirió que estaba enfermo de úlceras en las piernas y que fue hospitalizado antes de fallecer, momento para el cual convivía con la accionante, su hija y sus nietas.

Finalmente, la testigo MARIA MARGARITA RODRIGUEZ, expuso que era vecina de la actora y que la conoce hace trece años porque ella llegó a vivir al sector con el causante y su hija, ubicando una tienda que era atendida por la pareja, que los vio conviviendo y que no sabe que se hubiesen separado, pues los veía casi a diario. De la misma forma, mencionó que el esposo de la actora falleció hace unos 4 años.

De lo expuesto, se puede corroborar con meridiana claridad que para la fecha del deceso la demandante ostentaba la calidad de cónyuge supérstite del causante, pues contrajeron nupcias por el rito católico desde el 1º de julio de 1978 (Fl. 15 a 15 vto.), sin que para la fecha del fallecimiento del señor JESUS RUIZ, hubiese desaparecido el vínculo matrimonial, supuestos fácticos de los cuales se infiere palmariamente que el requisito de la convivencia de cinco (5) años con el pensionado fallecido, puede verificarse en cualquier época y no como lo exigían los actos administrativos que negaron el reconocimiento pensional de sobrevivientes a la demandante, emitidos por la pasiva, tal como se colige de las

Resoluciones SUB 107936 de 20 de abril de 2018 y DIR 10674 de 1º de junio de 2018 (Fls. 24 a 26 y 36 a 37 vto.).

Continuando con el análisis del presupuesto de la convivencia de la accionante con el causante, advierte que las versiones de los testigos son contundentes en señalar con precisión el lapso de tiempo por el cual se mantuvo de forma continua la convivencia, pues ambas deponentes fueron contestes en manifestar que conocían a la pareja desde que compraron la casa en el barrio Bachué, lugar a donde llegaron a vivir hace unos trece (13) años, convivencia que se mantuvo hasta el óbito del causante, lo que ocurrió hace cuatro (4) años, es decir, que los cónyuges convivieron en ese lugar lo menos unos nueve (9) años, aspectos que son consonantes con lo narrado por la actora en su declaración. Así, se puede concluir que por lo menos la convivencia se dio desde la fecha del matrimonio, esto es, desde el 1º de julio de 1978 hasta el 28 de septiembre de 2017; es decir, que se mantuvo por espacio de 39 años, superando el lapso de convivencia de los 5 años en cualquier momento, tal como lo expuso el juzgador de primera instancia, sin que la separación momentánea que tuvo la pareja cuando liquidaron la sociedad conyugal en el año 2004 (Fl. 15), tuviese tal relevancia para desechar esa conclusión.

Aunado a lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que la demandante y el causante convivieron hasta la fecha de su deceso, pues así lo ratificaron los testigos, quienes manifestaron que siempre los veían juntos en la tienda que tenía la pareja, luego nunca desapareció la comunidad de vida al mantenerse los lazos de apoyo, solidaridad, acompañamiento y ayuda mutua; por ende, el hecho de que la pareja haya liquidado la sociedad conyugal, de modo alguno cercena el derecho pensional de la promotora conforme la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad y que se ha traído a colación precedentemente.

De tal manera, que al encontrarse acreditada la convivencia de la actora con el causante, lo que para la Sala se reitera sucedió por lo menos desde que contrajeron nupcias hasta el deceso el pensionado el año 2017, ello, permite

convalidar el requisito de convivencia de 5 años en cualquier tiempo, de modo que la actora tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en un 100% de la prestación que percibía para el momento del fallecimiento, la cual debe ser reajustada anualmente, junto con las mesadas adicionales. Autorizándose a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En consecuencia, se confirmará la decisión y además, se adicionará la sentencia en lo atinente a autorizar descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Por otra parte, la Sala no efectuará pronunciamiento alguno con relación a la absolución por concepto de intereses moratorios, como quiera que el presente proceso se está estudiando por la alzada de la accionada y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la COLPENSIONES, sin que sobre ese aspecto la parte demandante hubiese encontrado ningún reparo.

4.7 DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Dicha excepción no goza de prosperidad toda vez que el fallecimiento del causante, señor JESUS RUIZ sucedió el 28 de septiembre de 2017, elevando reclamación administrativa la demandante el 6 de marzo de 2018 como da cuenta la reclamación que obra a folios 24 a 26, por lo que al haberse presentado la demanda el 12 de febrero de 2020 (Fl. 53), claro resulta para la Sala que no operó el término trienal prescriptivo en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

En estos términos, la decisión del *a quo*, resulta acertada y debe ser confirmada.

SIN COSTAS en esta instancia por cuanto no se causaron.



DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

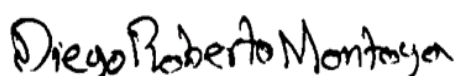
SEGUNDO: ADICONAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de autorizar a la entidad demandada a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

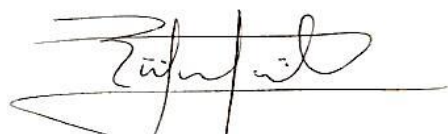
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2019 00234 01**
Demandante: SANDRA ROCIO RUBIANO CARRANZA
Demandado: COLPENSIONES, POVENIR S.A. Y PROTECCIONES.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada PAULA HUERTAS BORDA, identificada con cédula de ciudadanía 1.020.833.703 y T.P. 369.744 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

De la misma forma, se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con cédula de ciudadanía 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora SANDRA ROCIO RUBIANO CARRANZA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. para que previo trámite judicial correspondiente se declare que la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1º de agosto de 1994 es nula por vicios del consentimiento, ya que no se le informó sobre los beneficios y diferencias existentes entre ambos regímenes.

Por consiguiente, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como actualizar la historia laboral de la demandante.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que se afilío al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 27 de septiembre de 1985, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que suscribió traslado de régimen el 1º de agosto de 1994 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que el asesor de dicha entidad le haya suministrado una información suficiente y clara para decidir libremente.

Que al momento de suscribir el formulario de afiliación de traslado, no se le suministro una proyección del monto o valor de la mesada pensional que recibiría en dicho régimen, como tampoco la información sobre los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional ni las diferentes modalidades existentes.

Precisa que el 09 de octubre de 2018, elevó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la nulidad de la afiliación efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, petición que fue negada por dicha entidad en respuesta calendada el 12 de octubre de 2018.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante realizó el traslado de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sostiene que COLPENSIONES ha obrado de buena fe dando estricto cumplimiento al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no ha debido ser llamado a juicio.

Formuló las excepciones de mérito tales como la prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica.

Asimismo, PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, resaltando que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por ende tiene naturaleza de un verdadero contrato que generan derechos y obligaciones para ambas partes; sostiene además que el asesor de la época brindó en debida forma la información al explicar las características, diferencias entre regímenes, formas de adquirir la pensión y consecuencias con el fin que la afiliada tome voluntariamente la decisión.

Propuso las excepciones de mérito tales como la inexistencia de la obligación y la falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

Mediante auto de 7 de abril de 2021, se dispuso integrar como litisconsorte necesario a la AFP PORVENIR S.A.

En razón a lo anteriormente expuesto, la AFP PORVENIR S.A. contesta la demanda argumentando que actúa como un tercero de buena fe, que recibió a la demandante fruto de un traslado horizontal por cumplir los requisitos para ello según lo dispone la Ley 100 de 1993 en el artículo 112, de igual manera advierte que la demandante no se encuentra vinculada con la AFP PORVENIR



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

S.A. desde el 30 de abril de 2006 y, por consiguiente se opone a cualquier tipo de consecuencia jurídica o económica.

Propone las excepciones de fondo tales como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 1994, ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo las cotizaciones, los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones y, a su vez ordena COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condena en costas y agencias en derecho a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a COLPENSIONES y absuelve a la demandada AFP PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas por la demandante.

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con lo normado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y en el artículo 12 del decreto 720 de 1994, así como en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP son quienes deben suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, referencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además que opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Al no aportarse el documento del formulario de afiliación que supuestamente se suscribió el 13 de julio de 1994, el Despacho considera que no existe prueba conforme lo establece el artículo 165 y 166 del C.G.P. del acto jurídico de la afiliación primigenio que manifiesta la voluntad de traslado de la demandante, conforme lo establece los literales b) y e) del artículo 136 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, máxime que según el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, los trabajadores que se trasladen por primera vez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán presentar a la debida AFP comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, lo cual no se acredita en el plenario, accediendo así a las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación en el que depreca que se revoque de manera parcial la devolución o reconocimiento con destino a COLPENSIONES los de gastos de administración, y de seguro previsional, toda vez que fueron autorizados por la Ley 100 de 1993, e incluso parte de ellos destinados a terceros de buena fe como las aseguradoras, máxime que obra como prueba el certificado de rendimiento de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes tuvieron ganancias por más del 150%, lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por PROTECCIÓN S.A.

Infiere que estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, adicionalmente ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración, por lo que se tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para trasladársela a COLPENSIONES.

IV. CONSIDERACIONES:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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

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



entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL 3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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



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

En el presente proceso no se allega formulario de afiliación alguno, sin embargo, si lo hubiere, la Sala comparte la visión del juez de primera instancia, pues si bien en los formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte de los funcionarios de la época, que el motivo de su vinculación con las AFP fue porque aludieron el argumento de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a acabar y que tendría unos mejores rendimientos, por lo cual no se aportó prueba alguna que acreditara el cumplimiento del deber de información.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:



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

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

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., respecto de todos los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no efectué la devolución de los gastos de administración que deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, lo cual también se predica de los seguros previsionales, montos que en todo caso deben ser asumidos por la AFP de su propio pecunio en el evento de no conservarlos.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción», motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su totalidad la sentencia referente a la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 1100131050 21 2020 00029 01

Demandante: MILTÓN DANIEL VIZCAINO NISPERUZA
 JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN
 JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA

Demandado: SERVICOPAVA CTA.
 AVIANCA S.A.
 SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI
 S.A.S.

Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

Los señores MILTÓN DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA y la señora JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN, promovieron demanda ordinaria laboral en contra de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA - SERVICOPAVA CTA. EN LIQUIDACIÓN; AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA - AVIANCA S.A. y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., con la finalidad que se declare en síntesis solidariamente responsables a las convocadas a juicio de las

obligaciones laborales que se reclaman en el escrito inaugural, conforme lo preceptuado en el artículo 35 del C.S.T.

Asimismo, solicitan se declare que su vinculación con las demandadas SERVICOPAVA CTA. EN LIQUIDACIÓN y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., se trata de un acto de intermediación laboral; y que no fueron afiliados ni se les ni pagaron cesantías, intereses a cesantías, prima de servicios, vacaciones y auxilio de transporte durante la vigencia de la relación contractual con SERVICOPAVA y que además son beneficiarios del Plan Voluntario de Beneficios de AVIANCA en el periodo en que prestaron sus servicios a las accionadas y que la desvinculación de la Cooperativa el 31 de octubre de 2017, es ineficaz por vicios del consentimiento, por lo que mantuvieron su antigüedad al pasar a laborar con SAI S.A.S. De igual manera, pretenden se declare que les fue descontado ilegalmente el concepto de cuota de admisión y que SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., no les ha pagado el auxilio de alimentación.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretenden se condene al pago de las acreencias que reseñan en el escrito de demanda y que son reconocidos por AVIANCA a sus colaboradores acorde con el Plan Voluntario de Beneficios que se causaron durante toda la relación laboral, al pago del reconocimiento por antigüedad, al incentivo de productividad, el pago como factor salarial de las sumas que le fueron reconocidas a los demandantes por concepto de compensación extraordinaria, el pago de las prestaciones sociales y las vacaciones causadas durante todo el tiempo que prestaron sus servicios a través de la demandada SERVICOPAVA, junto con la respectiva reliquidación a partir del 1º de noviembre de 2017, en virtud de la disminución del salario.

También reclaman el pago de las sanciones por la no consignación de las cesantías y la falta de pago de los intereses a las cesantías, por todo el tiempo estuvieron vinculados con la demandada SERVICOPAVA, y además el pago de las mencionadas sanciones por el reconocimiento incompleto de dichos conceptos desde el 1º de noviembre de 2017 hasta la fecha de presentación de la demanda y se ordene la reliquidación de los salarios causados desde el 1º de

noviembre de 2017 y hasta la fecha en que se emita condena, en virtud de la disminución salarial de la que fueron objeto, junto con la reliquidación de los aportes a pensión.

Finalmente, pretenden se les reconozcan los tiquetes que por parte de AVIANCA causados durante toda la relación laboral, se les paguen las sumas ilegalmente descontadas por concepto de cuota de admisión a SERVICOPAVA, y el auxilio de alimentación por \$100.000 pactado en el contrato de trabajo a partir del 1º de noviembre de 2017, la indexación y los intereses moratorios sobre las sumas dejadas de pagar, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones indicó el demandante MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, que por determinación de AVIANCA fue vinculado a la convocada a juicio SERVICOPAVA CTA. EN LIQUIDACIÓN, a partir del 1º de junio de 2016; por su parte la actora JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN, sostuvo que se vinculó con la citada Cooperativa desde el 2 de mayo de 2016 y el demandante JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA adujo que fue vinculado a partir del 27 de febrero de 2014; igualmente, manifestaron los demandantes que fueron contratados para continuar desempeñando para AVIANCA el cargo de Agente de Operaciones Terrestres, siendo algunas de sus funciones el descargue y cargue de equipajes y carga en general a las aeronaves, el lavado de aeronaves en su parte externa y el movimiento de aeronaves por medio de los vehículos de tránsito interno en las zonas de aeropuerto, entre otros y que los dos primeros devengaron una compensación ordinaria de \$689.455 y una compensación extraordinaria de \$125.728 y el último recibió por compensación ordinaria de \$616.000 y una compensación extraordinaria de \$106.520.

Seguidamente precisaron que la terminación de su vinculación con la Cooperativa enjuiciada, se dio a través de carta de renuncia en un formato preestablecido el que fue suministrado por la demandada AVIANCA, la que les

indicó a todos los trabajadores de la Cooperativa que era obligatoria suscribirla como requisito para ser contratados con la demandada SAI S.A., sociedad con la cual iniciaron vinculación laboral, pese a que siguieron ocupando el mismo cargo y funciones que venía desempeñando, pero desmejorando sus condiciones laborales, ya que su salario a partir del 1º de noviembre de 2017 fue de \$750.000, y la antigüedad que traían con la Cooperativa no fue reconocida, bajo el argumento de que se trataba de una vinculación independiente a la anterior, por lo que no les fue reconocida en la liquidación final por parte de SERVICOPAVA rubro alguno por indemnización por antigüedad. Del mismo modo, sostuvieron que la demandada SAI S.A., se comprometió en el contrato de trabajo a pagarles un auxilio de alimentación por \$100.000 mensuales, el cual no ha sufragado.

En cuanto a la intermediación señalaron que la demandada AVIANCA, para el desarrollo de sus procesos utilizaba la contratación y vinculación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales y que para 2002 AVIANCA creó a SERVICOPAVA para contratarlos a través de esa encartada, a través de la cual desarrollaría actividades internas, como las de asistencia en tierra, venta de tiquetes, atención en módulos y talento humano, entre otras, cooperativa que no contaba con elementos propios para el desarrollo de sus funciones, por lo que los trabajadores asociados debían utilizar las herramientas y demás elementos de labor identificados con los logos de AVIANCA, para lo cual se suscribió un contrato de comodato entre esas dos demandadas, sin embargo, el direccionamiento y control sobre los equipos y herramientas siempre fue ejercido directamente por AVIANCA, y además eran utilizados simultáneamente por trabajadores directos e indirectos de esa compañía.

Indicaron que las capacitaciones que recibían para el desarrollo de sus funciones laborales eran dictadas y certificadas por AVIANCA, y que dentro del mapa de procesos de esa empresa se encuentra el proceso interno de operaciones terrestres, dentro del cual está el cargo auxiliar de asistencia en tierra y demás cargos desarrollados por la Cooperativa demandada. Que los manuales de funciones técnicas y demás instructivos a los cuales se

encontraban sometidos los demandantes, eran de propiedad de AVIANCA, y que el carné que usaban los identificaba como trabajadores de AVIANCA-SERVICOPAVA, sucediendo lo mismo con los elementos de protección y uniformes que usaban, los que eran similares a los que usaban los trabajadores directos de AVIANCA.

Que las instrucciones para desarrollar su labor eran impartidas por jefes directos de AVIANCA y que sus turnos eran marcados en los relojes biométricos propios de los trabajadores de AVIANCA, tenían acceso a las zonas de labor de los trabajadores de esa enjuiciada y esta adquirió a su favor una póliza de vida con ALLIANZ, la que hace parte del beneficio establecido en el denominado Plan Voluntario de Beneficio de AVIANCA que otorga a sus trabajadores. De otra parte, señalaron que hacían uso de tiquetes beneficio que otorga AVIANCA a sus trabajadores y se les realizadas pruebas de bienestar laboral y medición de productividad por parte de AVIANCA, que hacían uso del casino y de las rutas de transporte contratadas por AVIANCA.

Manifestaron que AVIANCA fue sancionada por parte del Ministerio de Trabajo por sus acciones de tercerización, por lo que se acogió a un acuerdo de formalización laboral en 2012 y 2017 con los trabajadores de asistencia en tierra a los cuales pertenecen los demandantes, comprometiéndose el 31 de octubre de 2017a contratar a los trabajadores de SERVICOPAVA por intermedio de una empresa adquirida por AVIANCA. Adujeron que el 31 de octubre de 2017, fueron citados a una reunión en las instalaciones de AVIANCA, en donde se les indicó que pasarían desde esa fecha a suscribir un contrato con la demandada SAI S.A.S., por lo que debían presentar obligatoriamente renunciar a sus cargos con la cooperativa, para lo cual les entregó un formato, sin oportunidad de adoptar una medida diferente a la firma del formato de la renuncia que les fue impuesta.

Que esa reunión del 31 de octubre de 2017 no se les dio oportunidad de discutir los términos de contratación, con la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S., la cual es una empresa que adquirió AVIANCA S.A. con el propósito de formalizar a los trabajadores que

se encontraban vinculados con SERVICOPAVA. Aducen que esa demandada continúa con la tercerización laboral, pues sus trabajadores continúan desarrollando las mismas actividades para AVIANCA, con las mismas herramientas, mismos jefes, siguen usando el carné que los identifica como trabajadores de dicha accionada, siguen accediendo al beneficio de alimentación en el casino, y las rutas de transporte de AVIANCA; no obstante, precarizados laboralmente pues a partir del 1º de noviembre de 2017, data desde la cual se les restringieron los tiquetes beneficio, les fue desmejorado su salario y no se les ha pagado el auxilio de alimentación pactado contractualmente.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

La demandada SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra, entre ellas la relacionada con la solidariamente deprecada por el extremo activo, toda vez que los demandantes no pueden desconocer los acuerdos cooperativos de trabajo asociado suscritos con esa Cooperativa, por lo que nunca existió una relación laboral entre estos, sino acuerdos cooperativos de trabajo asociado, los que terminaron mediante renunciaciones voluntarias.

Se opuso a las pretensiones de condena, que se reclaman y que son reconocidas por AVIANCA a sus colaboradores, toda vez que esa Cooperativa nunca ha reconocido ninguna organización sindical por su naturaleza; que los beneficios reclamados nunca han sido entregados a ningún trabajador asociado y que no debe suma alguna a los actores por cesantías e interés a las cesantías, toda vez que como asociados percibían un auxilio anual, y el rendimiento del auxilio anual el cual es equivalente en la cooperativa a los citados conceptos.

Formuló como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica.

Por su parte la convocada a juicio SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S., dio contestación a la demanda, con oposición de las pretensiones impetradas en su contra, argumentado que con anterioridad al 1º de noviembre de 2017, los demandantes no estuvieron vinculados laboralmente con esa sociedad, razón por la cual no existe legitimación en la causa por pasiva, ni causa legal para proferir condena alguna en su contra.

Asimismo, señaló que no se presentan los supuestos legales para la configuración de la solidaridad prevista en el artículo 35 del C.S.T., como quiera que, AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA son empresas diferentes a esa encartada y que en virtud del acuerdo de formalización de 31 de octubre de 2017, AVIANCA junto con esa accionada y la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio de Trabajo, acordaron que el proceso de Operaciones Terrestres y Atención a Pasajeros de Terceros se haría a través esa enjuiciada, la cual pertenece a AVIANCA HOLDINGS S.A., matriz que forma parte de AVIANCA S.A.

Expuso que los servicios prestados por los accionantes a esa demandada son autónomos e independientes a las demás codemandadas y que no existe intermediación ni solidaridad, ya que entre esa sociedad y los demandantes se celebraron contratos de trabajo a término fijo a partir del 1º de noviembre de 2017, en virtud de los cuales ha cancelado de manera completa y oportuna todas las acreencias laborales a las cuales tienen derecho.

En cuanto al auxilio de alimentación que reclaman, señaló que les ha reconocido mediante el servicio de casino una comida diaria, de ahí que dicho auxilio es imputable a ese servicio, por tanto, no hay lugar al doble reconocimiento. De otra parte, informó que suscribió contratos de trabajo con los demandantes desde el 1º de noviembre de 2017, en el caso del demandante MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, estuvo vigente hasta el 23 de febrero de 2020, fecha en la que el trabajador renunció de forma voluntaria; respecto a la demandante JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRÁN, finalizó el 30 de octubre de 2020 por vencimiento del plazo pactado y en lo atinente al demandante JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, adujo que la relación laboral se encuentra vigente, destacando que con todos ha cumplido de manera completa y

oportuna la totalidad de las obligaciones laborales a su cargo y a favor de los promotores de la *litis*.

Propuso como excepciones las de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en los demandantes, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe de la demandada, prescripción y la genérica.

A su turno, la demandada AVIANCA S.A. al dar contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, argumentando que la solidaridad que reclaman los demandantes carece de fundamento fáctico y legal, dado que no se cumplen los presupuestos reseñados en el C.S.T., como quiera que SERVICOPAVA y SAI S.A.S. no pueden llegar a ser consideradas simples intermediarias, pues la oferta comercial suscrita entre AVIANCA y SERVICOPAVA fue ejecutada por el oferente con plena autonomía técnica, administrativa y financiera, y las actividades desarrolladas por los demandantes distan del giro ordinario de esa demandada, de ahí que no exista vinculación laboral y tampoco se configuren los presupuestos para la configuración de la solidaridad alegada.

Además, no se reúnen los requisitos de que trata el artículo 23 del C.S.T., por ende, no es la llamada a reconocer las acreencias que se reclaman en la demanda, a lo que se suma que desconoce las circunstancias que rodearon la desvinculación de los actores con SERVICOPAVA y su posterior contratación con SAI S.A.S., ya que entre los demandantes y esa sociedad jamás ha existido relación contractual alguna.

Formuló como medios exceptivos de fondo los de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, declaró que, la vinculación de los demandantes con AVIANCA S.A. a través de SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN, se dio como un hecho de intermediación por lo que el verdadero empleador fue AVIANCA S.A., declarando que entre esa sociedad y los demandantes existió un contrato de trabajo, siendo para el caso de MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA del 1º de junio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017; con JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017 y con JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA del 27 de febrero de 2014 hasta el 31 de octubre del año 2017; declarando solidariamente responsable a SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN de las condenas impuestas hasta el 31 de octubre de 2017.

En consecuencia, condenó a la demandada AVIANCA S.A. y solidariamente a SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN, a pagar a favor de los demandantes MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN y JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA por concepto de bonificación especial ahora auxilio educativo \$368.858; por prima de vacaciones \$516.401; por ayuda especial para salud \$726.499 y por sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo la suma de \$6.270.594, para cada uno.

Siguiendo el mismo sendero, condenó a la demandada AVIANCA S.A. y solidariamente a SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, a pagar a favor de los demandantes la devolución de los dineros descontados por cuotas de admisión y/o aportes sociales, salvo que se demuestre que dicha devolución ya se efectuó. Asimismo, condenó a dichas accionadas a pagar de forma indexada las sumas reconocidas.

De la misma forma, declaró que entre SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S. y los demandantes se ejecutaron los siguientes contratos de trabajo:

1. Con MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA entre el 1º de noviembre de 2017 hasta su renuncia el 23 de febrero de 2020, como agente de operaciones terrestres.

2. Con JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN entre el 1º de noviembre de 2017 hasta el 30 de octubre de 2020 por vencimiento de término, como agente de operaciones terrestres.
3. Con JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA, desde el 1º de noviembre de 2017, a la fecha actualmente vigente, en el cargo de agente de operaciones terrestres.

Condenó solidariamente a AVIANCA S.A. de las condenas impuestas a SAI S.A.S. por ser la beneficiara de las labores desarrolladas por los demandantes a partir del 1º de noviembre de 2017 y hasta cuando estuvieron o estén vigente dichas vinculaciones laborales y siempre y cuando sea AVIANCA la única beneficiara de la labor que estas realicen.

Acorde con lo anterior, condenó a la demandada SAI S.A.S., y solidariamente a AVIANCA S.A. a pagar a favor de los promotores el auxilio económico de alimentación debidamente indexado, así:

1. A favor MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA la suma de \$ 2.813.333.
2. A favor JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN la suma de \$3.646.666.
3. A favor de JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA, entre el 1º de noviembre de 2017 y el mes de marzo de 2021, por valor de \$4.556.666, más los auxilios que se sigan causando a partir del 1º de agosto de 2021 y hasta se mantenga vinculada laboralmente con SAI.

Finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y declaró probadas parcialmente las excepciones de pago parcial y prescripción.

Para arribar a dicha conclusión y después de memorar de forma sintética los hechos y las pretensiones de la demanda y las pruebas recaudadas en el trámite procesal, precisó que lo perseguido por el extremo activo en la presente acción es la declaratoria de un contrato realidad con la enjuiciada

AVIANCA S.A., debido a las vinculaciones que sostuvieron con las demás encartadas, se dieron a través de tercerización e intermediación laboral, de ahí que haya lugar al pago solidario de las acreencias reclamadas.

Sobre el tópico, trajo a colación los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., que definen el contrato de trabajo y la presunción establecida en el último de los citados preceptos normativos, de la misma forma mencionó como sustento de su decisión los artículos 34 y 35 *ejusdem*, se regulan lo atinente a los contratistas independientes y a los simples intermediarios y destacó que la Ley 79 de 1988 y la Ley 1233 de 2008, permite que en las Cooperativas de Trabajo Asociado los trabajadores sean los mismos socios y de forma excepcional puedan contratar personas no asociadas, evento en el cual se sujetan al C.S.T., sin que pueda utilizar tales formas asociativas para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que genera un verdadero contrato de trabajo.

En consecuencia, al configurarse los elementos de un contrato laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad, conforme las pruebas allegadas al plenario, concluyó que la Cooperativa era una simple intermediaria según las voces del numeral 3º del artículo 35 del C.S.T., y así e mantuvo hasta el 31 de octubre de 2017, por tanto, tal vinculación a través de la Cooperativa corresponde a un verdadero contrato de trabajo de los actores con AVIANCA S.A., sociedad que por demás fue sancionada por incurrir en prácticas de tercerización, pues los demandantes ejecutaron siempre su trabajo utilizando las instalaciones de AVIANCA, sus equipos, maquinaria, herramientas y hasta los uniformes y carné de identificación propios de la aludida sociedad y de uso de sus empleados, además desarrollaron su labor de manera exclusiva para esa sociedad y para el desarrollo de una actividad que es conexa con el objeto social de la aerolínea.

Sobre la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y su correspondiente indemnización, indicó el fallador de instancia que no se probó el dolo, la fuerza o el error en que fueron inducidos los promotores, ya que aceptaron que firmaron voluntariamente la carta de renuncia que fue presentada ante SERVICOPAVA y que luego suscribieron el contrato de trabajo

con SAI S.A.S., sin que se observe que dicha elección no fue voluntaria, por lo que absolvió del tal pedimento.

Así, después de determinar el cargo y el salario de cada uno de los demandantes a efectos de proceder con el estudio de las demás reclamaciones de orden económico, previa declaratoria de forma parcial de la excepción de prescripción, respecto de las acreencias reclamadas con anterioridad al 24 de enero de 2017, excepto las cesantías y las vacaciones, determinó que eran beneficiarios del Plan Voluntario de Beneficios que ofrece AVIANCA S.A. a sus colaboradores de operación en tierra, impartiendo las condenas reseñadas en la parte resolutive de la sentencia y absolviendo de los demás pedimentos al no encontrar acreditados los supuestos de hecho para su causación.

En cuanto al pago de las prestaciones sociales y vacaciones legales por el periodo en que estuvieron vinculados a través de la Cooperativa demandada, adujo el juez de primera instancia que la Corte Suprema de Justicia ha tenido como de carácter laboral los pagos recibidos por los trabajadores tercerizados con las compensaciones ordinarias y extraordinarias, según sentencia SL1430-2018, por lo que de acuerdo a las probanzas que se hayan en plenario encontró compensado ese pago, por lo que absolvió de esas pretensiones, lo que de contera conllevó a la absolución frente a la sanción por no pago de los intereses a las cesantías y condenó al pago de la sanción por no consignación a las cesantías.

Respecto a las pretensiones relacionadas con la intermediación de la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. ante AVIANCA S.A., dijo que contrario a lo sucedido con SERVICOPAVA, la vinculación laboral de los demandantes con SAI S.A.S. se encuentra regida por un verdadero contrato de trabajo y no se dieron hechos de tercerización, por tanto, determinó que SAI S.A.S. es un contratista independiente, según el artículo 34 del C.S.T. Sin embargo, el hecho que la aerolínea no sea el empleador, ello no la exime de una posible responsabilidad solidaria, conforme al mismo ordenamiento sustantivo, de ahí que las condenó a pagar de forma solidaria el auxilio de alimentación a los promotores, ya que el hecho

que el empleador les suministrara la alimentación a través de un proveedor, ello *perse* no la exime de acordar que ese concepto ya no sería de carácter económico y pasaría a ser en especie, finalmente absolvió de las demás pretensiones en contra de tales sociedades y las condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante presentó recurso de apelación parcial pues considera que existió un único vínculo laboral por el periodo en que los promotores de la *litis* prestaron sus servicios con las demandadas SAI S.A.S. y SERVICOPAVA a favor de AVIANCA, ya que de las pruebas allegadas al proceso se demostró que el desarrollo de las actividades laborales desplegadas por los demandantes al servicio de SERVICOPAVA se mantienen en las mismas condiciones con la demandada SAI S.A.S. y las actividades de dicha sociedad es conexa con la AVIANCA, ya que el proceso de asistencia en tierra es un proceso de la contratante.

Resaltando que la vinculación de los actores con S.A.I. S.A.S. no fue voluntaria pues fueron forzados a vincularse por medio de una formalización, sin posibilidad de discutir las condiciones de esta, lo que de paso conlleva a que conserven su antigüedad y sean beneficiarios del Plan de Beneficios Voluntario.

En cuanto al pago de la sanción por no consignación de las cesantías que determinó el *a-quo*, solicita que se modifique, pues debe liquidarse a razón de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de la cesantía, contando a partir de la fecha en que se presenta la no consignación hasta la fecha en la que se realiza el pago, ello, por cuanto el Juzgado la tomo desde el año 2016. De la misma forma, solicitó se revoque la negativa al reconocimiento de las cesantías, pues no se puede tener en cuenta lo pagado bajo otro concepto por la Cooperativa demandada, quien sostuvo que de proceder su pago constituiría un doble pago y un enriquecimiento sin justa causa, dado que el artículo 254 del C.S.T., prohíbe los pagos parciales de cesantías y no se cumple con las reglas del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

concepto que además no estaría afectado por el fenómeno prescriptivo, precisando finalmente que las causadas con SAI S.A.S., si han sido consignados al Fondo de Cesantías.

Por su parte, AVIANCA en su alzada esgrimió que entre esa compañía y SERVICOPAVA se estableció una oferta mercantil para la venta de servicios en apoyo de procesos técnicos y administrativos, los que fueron prestados a través de los asociados de la cooperativa conforme a legislación vigente, la que contaba con plena autonomía de carácter técnica, administrativa y financiera, sin perjuicio de las labores de coordinación e interventoría que pudiera efectuar esa demandada según la oferta mercantil de 2009, en la que además se acordó el servicio de casino para la alimentación, las capacitaciones, el suministro de tiquetes y transporte. Luego, SERVICOPAVA nunca actuó como un simple intermediario, por el contrario actuó de manera independiente y autónoma, siendo un verdadero empleador respecto de los actores, relación que se reguló por las normas del Cooperativismo y en tal virtud cubrió el pago las obligaciones a su cargo, por lo que no es viable declarar a existencia de un contrato de trabajo con esa demandada, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 23 del C.S.T. y se desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 *ejusdem*, lo que conlleva a la absolución de esa accionada.

En cuanto a la solidaridad entre AVIANCA y SAI, destacó que no se dan los requisitos del artículo 34 del C.S.T., ya que no basta con comparar el objeto social de una u otra compañía, pues jurisprudencia ha sostenido que además se deben comparar las actividades comerciales que ejecutan las sociedades, e incluso comparar la labor que ejecutan los demandantes, poniendo de presente que la actividad comercial de esa sociedad se circunscribe al servicio aéreo de personas y mercancías; por su parte SAI S.A.S., presta servicios en tierra como atención en rampa y atención en pasajeros.

Entre tanto, SAI S.A.S. en su impugnación solicitó se revoque la condena referente al auxilio de alimentación, ya que esa sociedad reconoció a los demandantes ese beneficio en especie por lo que no es dable un doble reconocimiento por ese concepto.

Sobre la declaratoria de solidaridad con AVIANCA dijo adherirse a los argumentos expuestos por esa demandada en su alzada sobre el particular, pues los demandantes prestaron los servicios directamente para SAI S.A.S. sin intervención de AVIANCA, de ahí que no exista la solidaridad regulada en el artículo 34 del CST, pues la única que se beneficia de esa relación comercial es SAI S.A.S. y a su vez de la relación contractual con los demandados, SAI S.A.S. es la única beneficiaria.

Finalmente, SERVICOPAVA interpuso recurso de apelación, precisando que los demandantes no estuvieron vinculados esa Cooperativa a través de un contrato de trabajo, sino que se lo fue por medio de Acuerdos Cooperativos de Trabajo Asociado, firmados y aceptados por las partes previa solicitud y aceptación a la cooperativa, los que terminaron el 31 de octubre de 2017 por renuncia voluntaria las que fueron aceptadas por esa demandada, vinculación que era desarrollada por los demandantes de forma autónoma e independiente. Además, señaló que el fallador de instancia no tuvo en cuenta que ya devolvió de los aportes sociales a los demandantes en la liquidación de compensaciones.

Frente a la sanción por no consignación de las cesantías, señaló que esa Cooperativa no se rige por las leyes laborales, motivo por el cual no está obligada a consignarlas a un fondo, y además le pagó a cada uno de los demandantes sus compensaciones anuales junto con sus rendimientos. Sobre la condena solidaria por las primas, la ayuda a salud y el auxilio de educación, no son beneficios que ofrezca, por ende, no hay lugar a imponer tal condena, máxime cuando los demandantes nunca objetaron su tipo de vinculación, por lo que solicitó revocar el fallo de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES:

1. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si entre los demandantes y la demandada AVIANCA S.A., se constituyó una única y verdadera relación laboral, o si, por el contrario, lo que existió inicialmente fue un contrato de asociación entre los actores y la demandada SERVICOPAVA CTA. –EN LIQUIDACIÓN y posteriormente se dio un contrato de trabajo con la convocada a juicio SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.

De prosperar el contrato de trabajo, y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por los promotores, la Sala deberá abordar como segundo problema jurídico si se encuentra ajustada a derecho la decisión del fallador de instancia en lo que refiere a la absolución respecto del pago de las cesantías, así como el monto en el que se determinó la condena por sanción por no consignación de las cesantías por el periodo en que estuvieron vinculados con la cooperativa demandada; y si son beneficiarios del Plan Voluntario de Beneficios que ofrece AVIANCA a sus empleados por el lapso en que están o estuvieron vinculados con la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.

Como tercer problema jurídico, y acorde con las impugnaciones del extremo pasivo deberá analizarse la procedencia de las condenas por devolución de aportes sociales, la sanción por no consignación de las cesantías, el pago de la prima de vacaciones, la ayuda a salud, el auxilio de educación, el auxilio de alimentación y la solidaridad de la demandada AVIANCA S.A.

3. DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante

remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

De la misma, y acorde con el tema objeto de debate que concita la atención de la Sala, imperioso resulta traer a colación lo regulado en el artículo 34 del C.S.T., que señala sobre los contratistas independientes:

“ARTICULO 34. CONTRATISTAS INDEPENDIENTES.

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

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus

trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.”

En lo atinente al simple intermediario la norma indica:

ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

*Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de **cooperativas de trabajo asociado**, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.” (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, es de destacar que las Cooperativas de Trabajo Asociado son organizaciones sin ánimo de lucro, pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados, según lo regulado principalmente, en el artículo 2.2.8.1.3 del Decreto 1072 de 2015, ello en consonancia con lo referido en el artículo 70 de la Ley 79 de 1988.

Ahora bien, el artículo 2.2.8.1.12 *ejusdem*, consagra que las relaciones entre la Cooperativa de Trabajo Asociado y sus asociados, por ser de naturaleza cooperativa y solidaria, estarán reguladas por la legislación cooperativa, los estatutos, el Acuerdo Cooperativo y el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones, y en consecuencia, no se rigen por las disposiciones laborales, máxime que las Cooperativas de Trabajo Asociado han sido creadas con el fin de que los socios cooperados se reúnan libre y autónomamente, y son los mismos asociados quienes organizan las actividades de trabajo, con autonomía administrativa y asumiendo los riesgos en su realización.

Lo anterior, por cuanto así mismo determina el referido Decreto, que la contratación que se realice con Cooperativas o Precooperativas de Trabajo Asociado, no puede tener como objeto el disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales, bien porque estas actúen como simples intermediarias en aquella relación contractual ejercida en favor de aquellos terceros o funjan como supuestas empresas de servicios temporales, suministrando personal para ejecutar labores del giro ordinario de aquellas empresas contratantes.

Bajo ese derrotero, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha dejado sentado que en caso de constatarse que la empresa contratante de la C.T.A, realmente fungió como verdadero empleador y que la C.T.A fue una mera intermediaria, ambas deberán responder de forma solidaria sobre el particular en sentencia SL-539, con Radicado 79771 del 12 de febrero del 2020, indicó:

“En primer lugar, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, es también una fuente normativa de la cual emerge la prohibición de ocultar relaciones laborales a través de figuras jurídicas empleadas con el único fin de defraudar los derechos laborales de los trabajadores, llámense cooperativas, sociedades comerciales, empresas unipersonales o contratos mercantiles. Cuando surge un pleito, es precisamente este principio medular del derecho del trabajo, el que ofrece respuesta sobre quién es el verdadero empleador o de dónde proviene la subordinación y dirección del trabajo, sobre todo cuando de relaciones triangulares o multipartitas se trata.

*“En segundo lugar, el juez plural obvió que aún para la época de contratación del demandante e incluso desde su creación, las cooperativas tenían la obligación de operar de manera independiente y autogestionaria en la prestación de servicios a terceros (artículos 4 y 5° de la Ley 79 de 1988). Esto quiere decir que deben contar con autonomía directiva, técnica, financiera, ser poseedoras de los medios de producción y autogestionar los servicios que presten a los usuarios, pues, de lo contrario, serán un simple intermediario o una persona interpuesta que, al carecer de una estructura empresarial, **deberán responder solidariamente con la empresa principal**” (Negrillas fuera de texto).*

Acorde con lo expuesto, y al descender al *sub-examine* se memora que el fallador de primera instancia declaró que la vinculación de los demandantes con AVIANCA S.A. a través de SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN, se dio como un hecho de intermediación o tercerización, siendo el verdadero empleador AVIANCA S.A.; en consecuencia, declaró que entre dicha sociedad y los demandantes existió un contrato de trabajo, en los periodos en que estuvieron vinculados con la cooperativa demandada. En otro giro, y a *contrario sensu* de lo pretendido por la activa, declaró que entre los promotores de la *litis* y la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S., se ejecutaron sendos contratos de trabajo en el lapso en que laboraron con esa accionada, de ahí que no resultara próspera la

pretensión relacionada con declarar la existencia de un único contrato de trabajo con AVIANCA S.A., por todo el tiempo que estuvieron prestando sus servicios a través de las demás enjuiciadas.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente indicar que no fue objeto de reproche que entre AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN se suscribió oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos y que los servicios fueron prestados a través de los asociados de la cooperativa, pues así fue aceptado por las citadas demandadas desde la contestación al libelo introductorio por parte de esas enjuiciadas, lo que además se colige con la oferta mercantil para venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos de 5 de febrero de 2009 (Fls. 847 a 859 y 1203).

Adicionalmente, se aportaron los Acuerdos Cooperativos de Trabajo Asociado suscritos entre los aquí demandantes y SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN, en virtud del cual serían asociados, adhiriéndose con su trabajo y aportes, siendo para el caso de MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA a partir del 1º de junio de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017; de JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN desde el 2 de mayo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2017 y de JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA del 27 de febrero de 2014 hasta el 31 de octubre del año 2017 (Fls. 1206 a 1207, 1251 a 1252, 1300 a 1301); aspectos que igualmente se pueden corroborar con las certificaciones expedidas a nombre de éstos por la cooperativa demandada en los que se indica que desempeñaron el cargo de Agente de Operaciones Terrestres (fls. 1236, 1283 y 1336).

En lo que respecta a la relación laboral de los accionantes con la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S., se encuentra que iniciaron labores el 1º de noviembre de 2017, desempeñando el cargo de agentes de operaciones terrestres, vínculos que finalizaron en el caso de DANIEL VIZCAINO NISPERUZA el 23 de febrero de 2020 y de JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN el 30 de octubre de 2020, en cuanto a JORGE CARLOS PEREZ TORDESILLA se encuentra vigente, ellos según las certificaciones

expedidas por la aludida encartada y los contratos laborales suscritos entre las partes (Fls. 1762 a 1767, 1858 a 1863 y 1969 a 1976).

De la misma forma, en el transcurrir del trámite procesal se recepcionó el interrogatorio del demandante JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, quien informó que suscribió convenio de asociación con SERVICOPAVA, relación contractual que se mantuvo por el periodo precedentemente referido, lapso durante el cual esa Cooperativa le canceló las compensaciones mensuales y las equivalentes a cesantías, vacaciones y prima de servicios. Además, señaló que efectuó el curso de economía solidaria y que la cooperativa lo afilió y sufragó sus aportes a salud, pensiones y ARL, y que a la finalización de la relación le fueron cancelados los descuentos por aportes sociales en la liquidación de compensaciones.

Sin embargo, sostuvo que el carné con el que se identificaba tenía el nombre de AVIANCA y al igual que los uniformes que usaba, que recibía instrucciones y órdenes por parte de los jefes inmediatos de AVIANCA, como MAURICIO GÓMEZ y REINEL, los que a su vez recibían órdenes sus superiores de AVIANCA. De otra parte, indicó que suscribió contrato de trabajo con SAI S.A.S., a partir del 1º de noviembre de 2017, cumpliendo el horario y las órdenes impuestos por esa enjuiciada y la cual ha sufragado sus salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

La demandante JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN, en la declaración de parte que rindió, expuso que firmó convenio de asociación con la demandada SERVICOPAVA para desempeñar el cargo de auxiliar de operaciones terrestres en el periodo ya referido, durante el cual le fueron canceladas las compensaciones mensuales y los equivalentes a cesantías, vacaciones y prima de servicios y que esa accionada sufragó sus aportes a salud, pensiones y ARL, igualmente, indicó que efectuó el curso de economía solidaria y que la cooperativa la afilió y sufragó sus aportes a salud, pensiones y ARL, misma que a la finalización de la relación le canceló los descuentos por aportes sociales en la liquidación de compensaciones.

No obstante, aseguró que el carné con el cual se identificaba y los uniformes que usaba tenían el nombre de AVIANCA y que en diciembre recibió una vajilla por parte de esa sociedad con su logo, oportunidad en la cual participaron personas de esa empresa ayudando a entregar los regalos. Asimismo, indicó que firmó contrato de trabajo el 1º de noviembre de 2017 con la demandada SAI S.A.S., cumpliendo el horario y las instrucciones que impartidos por esa demandada.

En el interrogatorio de parte que rindió JUAN ALFONSO MATEUS PÁEZ, Representante Legal de la demandada SERVICOPAVA CTA EN LIQUIDACIÓN, confirmó lo atinente a la vinculación, sus extremos y el cargo desarrollado por los demandantes con esa accionada, relación contractual que finalizó por renuncia voluntaria que prestaran los tres accionantes el 31 de octubre de 2017.

Al referirse al señor MILTON DANIEL VIZCAINO dijo que para desarrollar sus labores se le asignaban prendas de dotación con los logos y características propias de los trabajadores de AVIANCA S.A., situación que estaba consignada en la oferta mercantil pactada entre esas demandada; respecto al carné con el que se identificaba adujo que tenía logo distintivo y los colores corporativos de AVIANCA S.A.; sin embargo, en su reverso tenía los distintivos de esa cooperativa y que por cuestiones de seguridad de la Aeronáutica Civil, AVIANCA solicitaba otro carné especial ante OPAIN para transitar y transportarse en las instalaciones del puente aéreo y del aeropuerto el cual pagaba a AVIANCA.

Sobre los elementos de labor de los trabajadores dijo que en su mayoría eran de la Cooperativa, pero que tenían un contrato de comodato con AVIANCA para utilizar otros elementos, como los carros de transportes de las maletas, además informó que esa cooperativa no tenía autorización para el ingreso de sus trabajadores en las zonas de aeropuerto, pues es un permiso que otorga OPAIN y la Aeronáutica Civil.

Sobre la demandante JESSICA PAOLA ROMERO, dijo que las instrucciones eran impartidas por la gerencia de la Cooperativa; sin embargo, la Cooperativa tenía delegado a MAURICIO SUÁREZ para coordinar todas las actividades relacionadas al contrato de AVIANCA, además adujo que SERVICOPAVA no tenía autorización para el desarrollo de las labores de asistencia en tierra frente a la aeronáutica, pero que ello aparecía en la cámara de comercio que aprobaba los estatutos y allí está la actividad de asistencia en tierra y varios servicios aeroportuarios.

Frente, al demandante JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, expuso que le reconoció las acreencias causadas durante la vigencia del contrato; además señaló que la cooperativa fue investigada por el Ministerio de Trabajo en 2012 por el proceso de asistencia en tierra con la empresa AVIANCA S.A., pero nunca hubo una sanción en firme y que tampoco participó en procesos de formalización, además narró que esa accionada no consigna a los asociados cesantías a un fondo, ya que por ley no está obligada. Frente al hecho de las renunciaciones voluntarias, indicó que fueron aceptadas.

En el interrogatorio de parte que rindió LINA MARCELA GARZÓN ROA, representante legal de la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS – SAI S.A.S., manifestó que los accionantes se vincularon a través de contrato de trabajo con esa convocada a juicio, a partir del 1º de noviembre de 2017, para desempeñar el cargo de agente de operaciones terrestres, como parte de un acuerdo de formalización que realizó esa sociedad con el Ministerio del Trabajo y AVIANCA, el cual consistió en una invitación que efectuó a un grupo de trabajadores para que fueran parte de la empresa y escucharan las condiciones que ofrecían y de manera voluntaria suscribieran el contrato de trabajo, en razón a que asumió las labores de asistencia en tierra de AVIANCA en la mencionada fecha .

Destacó que fue presentada ante el Ministerio del Trabajo como una empresa de propiedad de AVIANCA HOLDING, y que no utiliza para el desarrollo de sus actividades de asistencia en tierra las herramientas y elementos de propiedad de AVIANCA S.A., que usa los logos de esa sociedad pero es más por un tema

de marca, pues los equipos dicen que son operados por SAI. En cuanto al casino que usan sus trabajadores y los de AVIANCA, dijo que además es usado por otras empresas y que el servicio de transporte es contratado con una empresa por parte de esa demandada para uso exclusivo de sus trabajadores. Sobre el beneficio de tiquetes adujo que se da en razón de una política general de tiquetes que tiene la aerolínea con sus proveedores, porque hacer parte del grupo AVIANCA HOLDING, destacando que sus trabajadores se benefician de sus políticas internas y no de las de AVIANCA S.A.

Igualmente, expuso que el auxilio de alimentación a la demandante fue reconocido en el casino y no en dinero, el que resulta ser superior al valor que corresponde en dinero y que no recuerda si existe un documento donde se modificó ese beneficio de dinero en especie.

En la declaración de parte que se recibió a JOSE LUIS AVELLA CHAPARRO, representante Legal de la demandada AVIANCA S.A., indicó que los demandantes mientras estuvieron vinculados por medio de SERVICOPAVA contaban con usuario en los sistemas internos de AVIANCA para acceder al beneficio de tiquetes que ofrece a sus trabajadores directos, lo que es una práctica común en el sector y que los elementos de propiedad de esa demandada que utilizaba para el desarrollo de los trabajos de asistencia en tierra fueron entregados en comodato a SERVICOPAVA y en la actualidad no son usados por SAI S.A.S., pues ya no son de su propiedad.

Señaló que después de una reorganización entre 2003 o 2004 y en vista de que otras aerolíneas tienen el proceso de *ground handling*, que refiere al lavado del avión, manejo de las maletas, esa empresa decide tercerizar con SERVICOPAVA esa actividad que antes realizaba de forma directa. De la misma forma, adujo que autorizó a SAI S.A.S. para utilizar la marca AVIANCA en las herramientas robustas, misma demandada que es la que tiene inscritos los manuales de asistencia en tierra ante las entidades aeronáuticas.

Adujo que AVIANCA cuenta con manuales de descripción de cargo y funciones correspondiente al cargo de auxiliar de asistencia en tierra, en razón a que

hasta 2003 ejecutó este proceso directamente; sin embargo, por un error humano no ha sido actualizado con posterioridad. Informó que durante el tiempo que los demandantes permanecieron vinculados a través de SERVICOPAVA tenían una póliza personal a su favor, en atención al nivel de riesgo que manejan por laborar en el aeropuerto y que tramitaba los carnés ante OPAIN, como contratante de los espacios en el aeropuerto, que SERVICOPAVA no tenía permiso para el desarrollo de asistencia en tierra tenía pues el RAC exige esa autorización al operador de los aviones y que dentro del objeto social de AVIANCA se encuentra inscrito el desarrollo de las actividades de asistencia en tierra u operaciones en aeropuerto.

Corroboró que los trabajadores de SERVICOPAVA utilizaban el mismo casino que usaban los trabajadores directos de AVIANCA, pues se acordó en la oferta mercantil, que esa sociedad pagaría los servicios de casino para el personal que indicara la cooperativa y que realizaba capacitaciones técnicas a los trabajadores de SERVICOPAVA para el desarrollo de sus actividades al servicio de Avianca, para el manejo de sustancias peligrosas.

El Testigo JORGE ORLANDO PIRABAN NIÑO, indicó que labora para la demandada SAI S.A.S., desde junio de 2015 como Coordinador de Nómina, y que sabe que los actores ingresaron a laborar para esa sociedad y que esa demandada les canceló la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social integral a las que tenían derecho durante la vigencia de la relación laboral, junto con la liquidación final. Frente al beneficio de alimentación sostuvo que tienen derecho al casino.

Entre tanto, el testigo JAIVER YUNCEY ROMERO CANO, manifestó que labora como Supervisor de Operaciones de la demandada SAI S.A.S., desde el 1º de noviembre de 2017 y que anteriormente laboró desde diciembre de 2009 para SERVICOPAVA, desempeñando los cargos de agente de operaciones en el área de carga, auxiliar de servicios y después pasó al área de operaciones terrestres, informó que conoce al demandante JORGE CARLOS PÉREZ, porque son compañeros de trabajo hace seis años y que este estuvo vinculado con SERVICOPAVA antes del 1º de noviembre de 2017, y en la actualidad trabaja

con SAI S.A.S., de la misma forma sostuvo que no conoce a los otros dos demandantes.

Al referirse a la vinculación del accionante JORGE CARLOS PÉREZ con SERVICOPAVA indicó que sus funciones consistían en estar al tanto de la llegada de los aviones de AVIANCA que le asignaban los supervisores y segregar a las conexiones más cortas y hacer seguimientos a procesamiento de equipaje. Por otra parte, adujo que las prendas de dotación que usaba, tales como chalecos, gorras, camisas y overoles, el carné, el tiquete que emitía el casino para la alimentación estaban marcadas con logotipos de AVIANCA, lo mismo que las herramientas de trabajo, y que el casino era igualmente utilizado por los trabajadores de AVIANCA.

Precisó que mientras estuvieron vinculados con la cooperativa demandada tenían acceso al servicio de transporte de los trabajadores de AVIANCA y al beneficio de tiquetes que ofrecía esa sociedad y que utilizaban la plataforma avancemos de AVIANCA para las capacitaciones, respecto a los manuales que usaban en desarrollo de su vinculación con SERVICOPAVA dijo que eran los manuales de AVIANCA, lo cuales tenían logos de esa sociedad, y que para entrar al aeropuerto cuando estaban con la cooperativa debían presentar el carné rojo con la membresía de AVIANCA y debían marcar los relojes que marcaban los trabajadores de esa sociedad, destacando que la entrega de dotaciones se hacía en una bodega en Fontibón en donde igualmente se concurría el personal de AVIANCA, que las personas que les daban capacitaciones eran de Avianca, entre esos, MAURICIO GÓMEZ, CARLOS CAMACHO, PEDRO IGNACIO SILVA y LIBARDO ARDILA.

Manifestó que en la actualidad es jefe del demandante JORGE CARLOS PEREZ, y que le da instrucciones, que no sabe quién es el proveedor de la dotación que recibe con SAI y que las marcaciones que hacen con SAI S.A.S., son aparte de las que hace el personal de AVIANCA

De la misma, se recibió el testimonio de ANDRÉS RIAÑO ÁLZATE, quien dijo que se desempeña desde 2017 como Gerente de Operaciones de la demandada

SAI, manifestó conocer a la demandante JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN, de otra parte, y que esa sociedad planifica los turnos de todos los empleados operativos de la empresa, los que se publican en un portal en donde pueden ser consultados, además sostuvo que la asistencia de los trabajadores a sus turnos se registra mediante lectura de un código QR que tienen en su carné y también a través de un lector de reconocimiento facial, lo que permite controlar temas de nómina y ausentismos, en los que no tiene injerencia la demandada AVIANCA S.A., refirió que la programación que realiza depende de si es AVIANCA, DELTA o IBERIA, ya que esa programación de turnos no es exclusiva de AVIANCA pues no pueden desatender a los demás clientes.

El testigo GUILLERMO ESNEIDER RAMOS TORRES, indicó que labora para la demandada SAI desde el 1º de noviembre de 2019, que no tiene presente a los trabajadores, pero que sabe a JESSICA se le terminó el contrato de trabajo el año anterior, es decir, 2020 con preaviso, que esa enjuiciada realiza llamados de atención a sus trabajadores, entrega tres dotaciones al año a sus trabajadores y señala los horarios que deben cumplir, reiteró lo atinente a la programación de turnos, al pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores conforme lo establece la ley.

El testigo JAVIER ALARCÓN CASAS, dijo que labora para AVIANCA como coordinador de estándares y cumplimiento de operación terrestre desde 2021, anterior de eso era jefe de estándares para aeropuertos y operación terrestre en esa demandada, dijo no conocer a los demandantes y que los logos de AVIANCA en los carnés o en los chalecos que usa el personal de la cooperativa de operaciones terrestres, es porque el concesionario y la autoridad aeronáutica no puede brindar un carné a una compañía que no sea de tenedora de espacio y en este caso el tenedor de espacio es AVIANCA, por esa razón efectúa la solicitud del documento.

Acorde con lo precedentemente expuesto, palmario es que los demandantes prestaron sus servicios en beneficio de AVIANCA S.A., en virtud de un contrato de oferta mercantil entre dicha entidad y SERVICOPAVA C.T.A., sin que haya sido objeto de reproche los extremos temporales determinados en primera

instancia respecto de cada uno de estos, de ahí, que al haberse acreditado la prestación personal del servicio, opera en contra de la accionada la presunción de existencia del contrato de trabajo, según los parámetros del artículo 24 del C.S.T, la cual para la Sala no fue desvirtuada.

Pues contrario a lo aducido por la censura, del acervo probatorio recaudado se puede establecer que los servicios que prestaron los demandantes a través de SERVICOPAVA CTA. –EN LIQUIDACIÓN y a favor de AVIANCA S.A., no lo fueron en forma independiente, con autonomía financiera y administrativa de la Cooperativa demandada, pues el hecho que hayan suscrito acuerdos cooperativos de trabajo asociado, efectuado aportes sociales y fueran afiliados a seguridad social por parte de la aludida cooperativa, conforme se encuentra acreditado en el plenario, e igualmente fue referido por los demandantes en las declaraciones que rindieron, de modo alguno desvirtúa *per se* la existencia del contrato de trabajo, en tanto el elemento diferenciador es la subordinación.

Aunado a ello y con fundamento en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, en materia laboral el operador judicial debe fundamentar su decisión en los hechos que se acrediten en el proceso, esto es, en apego a la realidad, lo que conlleva a que más allá de los documentos que pudieren firmar los contratantes o la denominación que se le pueda dar a los mismos; son las características con las cuales se desarrolla el servicio las que permiten predicar o no la existencia de un contrato de trabajo, bastando para ello que se verifique la concurrencia de los elementos esenciales del mismo.

En este orden, y conforme lo reseñado en sus declaraciones por los demandantes JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN y JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, para la Sala la declaración del testigo JAIVER YUNCEY ROMERO CANO, guarda consonancia con la versiones, pues se desempeñó en similares condiciones que los promotores, adujo que debieron acatar los instructivos de AVIANCA S.A.; de igual manera, que las órdenes eran impartidas por su personal, que brindaba capacitación a los actores, ofrecía beneficios de tiquetes aéreos, transporte, alimentación en su casino, usaban las herramientas de esa sociedad y marcaban los mismos relojes que los trabajadores de AVIANCA, igualmente les suministraba las dotaciones y se

identificaban con carnés de la misma, lo que se puede colegir a folios 86, 109, 118 a 122 del expediente, aspectos que por demás fueron corroborados por los representantes legales de esas dos demandadas como viene de verse.

En ese estado de cosas, y respecto al lapso de tiempo en el que estuvieron vinculados los promotores de la litis con la cooperativa enjuiciada, encuentra la Sala mayor veracidad en la declaración rendida por el mencionado testigo, la que como se dijo confirma las aseveraciones relacionadas con la real existencia del vínculo laboral alegado con AVIANCA y la intermediación por parte de la cooperativa demandada, situaciones que no lograron ser derruidas con las declaraciones de los representantes legales de esas dos encartadas, referentes a que tales hechos se dieron en razón de lo acordado por estas en la oferta mercantil que suscribieron para llevar a cabo actividades relacionadas con la operación comercial de dicha demanda, sin que sea de recibo estimar que aspectos de tanta relevancia para el desarrollo de su objeto social, como el alistamiento de la aeronave o el manejo del equipaje, funciones que ejecutaban los actores (fls. 1209, 1254 y 1302), se hayan entregado a un tercero totalmente independiente y autónomo, según lo acreditado en este puntual proceso, a lo que se suma la aceptación por parte del representante legal de AVIANCA de la adquisición de pólizas a favor de los actores, en razón al riesgo al que estaban expuestos con ocasión de las actividades que ejecutaban a su favor, labores que eran realizadas por esa compañía antes de 2003.

Así las cosas, y aun cuando los demandantes fueron vinculados a SERVICOPAVA C.T.A. mediante un convenio de asociación, como lo sostuvo esa demandada en su alzada y se les brindó la capacitación en cooperativismo, en la realidad, las labores desempeñadas se rigieron por un contrato de trabajo directamente con la empresa AVIANCA S.A., pues fue para esta última que prestaron el servicio, bajo su continúa subordinación. Lo que en suma implica que, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, se probó la existencia de un contrato de trabajo, en tanto se configuraron los elementos establecidos en el artículo 23 del C.S.T, contrario a lo expuesto por esas demandadas en sus recursos y como de forma acertada lo adujo el *a-quo*.

Pues que más allá del cumplimiento de los rigorismos legales que da cuenta la documental aportada, lo cierto es que no se constató la autonomía y autogestión alegada por la C.T.A, durante la ejecución de la Oferta Mercantil con AVIANCA S.A., sino más bien el suministro de personal, dando cuenta de una evidente intermediación laboral, actividad de por más vedada para las Cooperativas acorde nuestra legislación nacional (Artículo 17 Decreto 4588 del 2006); lo que de contera conlleva a la imposición de las obligaciones de una relación de trabajo, en cuyo caso, cualquier acreencia derivada de ella queda a cargo, tanto del tercero contratante en calidad de empleador como de la Cooperativa, por actuar como simple intermediaria conforme lo preceptuado en el artículo 35 numeral 3 del C.S.T., tal como lo dispuso el fallador de instancia, en lo atiente a la solidaridad de AVIANCA y SERVICOPAVA sobre las condenas que se impusieron.

Finalmente, se debe referir que el presente proceso difiere del analizado por la Sala de Decisión radicado con el número 110013105-009-2018-00060-01 y 11001 31 05 010 2018 00406 01, en tanto en el presente evento no se desvirtuó la subordinación que desplegaba AVIANCA S.A., por el contrario fue corroborado por la prueba testimonial.

4. DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL CON SERVICOPAVA.

Establecida la existencia de la relación laboral entre los demandantes y la convocada a juicio AVIANCA S.A.S., y la intermediación de la enjuiciada SERVICOPAVA CTA. -EN LIQUIDACIÓN, en este punto, pasa la Sala a analizar lo referente a la finalización de dicho vínculo laboral, en atención a que los promotores indicaron en el escrito de demanda que fueron inducidos en error al momento de presentar la carta de renuncia de manera voluntaria ante SERVICOPAVA, lo que a vez les permitiría suscribir el contrato de trabajo con SAI S.A.S.

Argumentando que fueron inducidos en error, pues las referidas demandadas actuaron con dolo y con fuerza al obligarlos a firmar la renuncia bajo la

promesa de ser nuevamente contratados con SAI S.A.S., lo que desencadenó en la pérdida de su antigüedad.

Bajo ese escenario, y acorde con lo señalado por la Representante Legal de la demandada SAI S.A.S. y lo que se avizora del Acuerdo de Formalización suscrito entre AVIANCA S.A., SAI S.A.S. y el MINISTERIO DE TRABAJO (Fls. 1495 a 1754), es que en octubre de 2017 la demandada AVIANCA S.A. estaba inmersa en diferentes investigaciones que le podrían acarrear sanciones por parte de dicho Ministerio a razón de la tercerización que sostenía con SERVICOPAVA, lo que conllevó a proponer una fórmula de arreglo, por parte de su controlante AVIANCA HOLDING, la que consistía en vincular al personal que se encontraba prestando sus servicios a través de la Cooperativa demandada y que quisiera de forma voluntaria vincularse por medio de contrato de trabajo a otra de las sociedades que controla el *Holding*, que para el caso sería SAI S.A.S.

Luego, no advierte esta Corporación al igual que lo expuso el fallador de instancia, que se hayan dado los supuestos de error, fuerza y dolo que afirma la activa para la suscripción y presentación de la renuncia ante SERVICOPAVA, *a contrario sensu* lo que se concluye es que la renuncia voluntaria que presentaron los actores (Fls. 1218, 1263 y 1312), la que fue aceptada por esa demandada (Fls. 1219, 1264 y 1313), surge como producto de la convocatoria realizada por la demandada SAI S.A.S., al personal de la Cooperativa demandada, la cual fue acogida de forma libre y voluntaria por los promotores, según informó la representante legal de SAI S.A.S., situación que se corrobora con el citado Acuerdo de Formalización, para lo cual lógicamente debían presentar su renuncia a la Cooperativa, a efecto de poder vincularse mediante contrato de trabajo con SAI S.A.S.

De ahí, que si tal renuncia hubiese sido impuesta por las demandadas, los accionantes contaban con la posibilidad de hacer saber su inconformidad en el documento o no lo hubiesen firmado, para así *a posteriori* acceder a las indemnizaciones del caso, por tanto, al no encontrarnos ante un despido indirecto o unilateral por parte del extremo pasivo, lo que se puede concluir es que, el vínculo que feneció el 31 de octubre de 2017, fue de forma voluntaria

para dar paso a una relación laboral con la demandada SAI S.A.S., tal como lo dedujo el juzgado de primera instancia.

5. DE LA VINCULACIÓN CON LA DEMANDADA SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.

Ahora bien, respecto al periodo en que los promotores estuvieron vinculados con la demandada SAI S.A.S., debe decirse sobre el particular, que no se advierte que con esa demandada existiera intermediación laboral, por el contrario, esa sociedad fungió o funge como verdadero empleador de los actores, situación que se evidencia de las declaraciones vertidas por los demandantes JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN y JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA el cual sigue vinculado con dicha sociedad, pues ambos fueron contestes en señalar que cumplían el horario y las órdenes impuestos por esa enjuiciada, la cual sufragó o sufraga sus acreencias laborales, situaciones que fueron confirmada por el testigo JAIVER YUNCEY ROMERO CANO, el cual dijo laborar como Supervisor de Operaciones para esa accionada y conocer al demandante JORGE CARLOS PÉREZ, al cual le impartía instrucciones, además contrario de lo sucedido con la cooperativa accionada, este expuso que no sabía quién era el proveedor de la dotación que recibía con SAI y que las marcaciones que hacen con esa enjuiciada, son aparte de las que hace el personal de AVIANCA, denotándose que nada se dijo del uso de uniformes o carnés con logos de Avianca.

Manifestaciones que son coincidentes con lo expuesto por los testigos ANDRÉS RIAÑO ÁLZATE y GUILLERMO ESNEIDER RAMOS TORRES, lo que si bien fueron tachados de sospecha, no se evidencian manifestaciones parcializadas, por el contrario, se denota claridad en sus asertos, sin incurrir en contradicciones, constándoles además lo narrado al prestar sus servicios a la demandada SAI S.A.S.

Declaraciones que guardan consonancia con lo manifestado por la representante legal de SAI S.A.S., la que si bien adujo que esa sociedad asumió las labores de asistencia en tierra de AVIANCA en 2017, también lo es que de manera categórica indicó que esa encartada no utiliza para el desarrollo de

dichas actividades las herramientas y elementos de propiedad de AVIANCA S.A., y el hecho de usar los logos de esa sociedad es consecuencia de temas de marca, pues los equipos son operados por SAI, aspectos que fueron corroborados por el representante legal de AVIANCA en su interrogatorio.

En cuanto al uso del mismo casino por parte de los trabajadores de ambas empresas, precisó la representante legal de SAI S.A.S., que igualmente es usado por otras empresas y que contrata el servicio de transporte el cual es de uso exclusivo de sus trabajadores. Respecto al beneficio de tiquetes adujo que se da porque hace parte del grupo AVIANCA HOLDING, destacando que sus trabajadores se benefician de sus políticas internas y no de las de AVIANCA S.A.

Argumentos que para esta Corporación, al igual que lo concluyó el juzgador de primera grado, dan cuenta de que el actuar de la demandada SAI, está revestido de la suficiente entidad, de modo tal que le permiten actuar como un legítimo empresario en la ejecución del contrato que sostiene con AVIANCA para prestar los servicios en tierra de esa aerolínea, el que por demás no es exclusivo de dicha sociedad, pues la representante legal de SAI S.A.S., dijo que también prestan sus servicios a otras aerolíneas como DELTA e IBERIA.

Además, se dijo que cuenta con una estructura productiva propia para la prestación del servicio, siendo otro aspecto relevante, el que sus trabajadores no están subordinados por parte de AVIANCA, lo que permite concluir que se trata de un verdadero contratista independiente conforme lo regulado en el artículo 34 del C.S.T., de ese modo, no se considera que a razón de la formalización a la que voluntariamente accedieron los actores exista intermediación por parte de la demandada SAI S.A.S., ya que a diferencia de lo que ocurría con SERVICOPAVA, las condiciones en que prestaron o prestan a sus servicios con SAI S.A.S., está revestida de total autonomía e independencia, la prestación del servicio del cual se beneficia AVIANCA, lo que conlleva que los demandantes no son beneficiarios del Plan Voluntario de Beneficios o cualquier otra prebenda que ofrezca AVIANCA a sus colaboradores.

Conclusiones que sumadas a las expuestas por la Sala sobre la existencia de la relación laboral entre los demandantes con AVIANCA y la intermediación de SERVICOPAVA, y la renuncia voluntaria por parte de los promotores a esa cooperativa, conllevan a confirmar la decisión de primera instancia en el sentido que de no existió un único contrato laboral, pues lo que se evidenció es que los accionantes sostuvieron dos relaciones laborales independientes, contrario a lo aducido por la activa en su alzada.

6. DE LA SOLIDARIDAD DE AVIANCA S.A.S. ANTE EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE SAI S.A.S.

Como quiera que fue objeto de reproche en su alzada por parte de AVIANCA y SAI S.A.S., lo relacionado con la solidaridad de la primera, pues según AVIANCA y SAI, no confluyen los requisitos del artículo 34 del C.S.T., y además no basta con comparar el objeto social de las compañías, sino que además se deben contrastar las actividades comerciales que ejecutan las sociedades, e incluso la labor de los demandantes.

Sobre el asunto, se observa que conforme lo regulado en la norma en cita y en atención a que AVIANCA es beneficiario del servicio que presta SAI S.A.S., considera la Sala que debe ser grabada de forma solidaria con las condenas impuestas a SAI S.A.S., pues las actividades de esa demandada no son extrañas a las desarrolladas por AVIANCA. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en sentencia SL3111-2021 con Radicación No. 87076 de 7 de julio de 2021, indicó sobre el alcance del anterior precepto:

“En ese sentido, en sentencia CSJ SL3014-2019, se recabó por la Corte en la necesidad de observar la naturaleza y características de la actividad del trabajador, las cuales según la citada disposición no deben ser extrañas a las actividades normales del beneficiario de la obra o labor, y así se indicó:

«[...] resulta pertinente traer a colación, lo sostenido por la Sala en la sentencia CSJ SL14692-2017, en donde reiteró lo dicho en la SL, 2 jun. 2009, rad. 33082:

“Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del

beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador.

Así se explicó en la sentencia SL, del 2 de jun. 2009, rad. 33082:

[...]

*“Con todo, encuentra la Corte, como lo ha explicado en anteriores oportunidades, que de cara al establecimiento de la mencionada solidaridad laboral, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, **lo que debe observarse no es exclusivamente el objeto social del contratista sino, en concreto, que la obra que haya ejecutado o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyan labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de éste. Y desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador**, de tal suerte que es obvio concluir que si, bajo la subordinación del contratista independiente, adelantó un trabajo que no es extraño a las actividades normales del beneficiario de la obra, se dará la solidaridad establecida en el artículo 34 citado”. (Negrillas fuera del texto original)».*

Así, al analizar el certificado de existencia y representación legal de AVIANCA S.A.S. (Fls. 2127 a 2146), se observa que esa sociedad tiene por objeto social *“La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (...) En desarrollo de su objeto, la Sociedad podrá realizar los siguientes actos y contratos: a) Ocuparse en negocios de construcción y administración de aeropuertos así como de otras instalaciones necesaria para la navegación aérea; b) La revisión, mantenimiento y reparación de, aeronaves y vehículos terrestres accesorios;(...)”*.

Entre tanto, el certificado de existencia y representación legal de SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. (Fls. 1473 a 1486), señala que su objeto social es *“La sociedad tendrá por objeto principal realizar cualquier actividad lícita, incluyendo, sin limitación: 1- Dar apoyo a los servicios de transporte aéreo, terrestre, fluvial o marítimo, de pasajeros o de carga. 2- Prestar servicios de aseo, fumigación, limpieza y desinfección de todo tipo de espacios, equipos, aeronaves, vehículos, entre otros. (...)”*.

Precisado lo anterior, se puede concluir que las actividades que desarrolla el contratista independiente, es decir, SAI S.A.S., no resultan extrañas a las de la sociedad beneficiaria del servicio AVIANCA, pues son coincidentes, en tanto la primera explotación de manera comercial los servicios de transporte aéreo en todas sus ramas y la segunda presta apoyo a esos servicios de transporte aéreo en lo relativo a la realización de las tareas de preparación, atención y salida de los vuelos durante las diferentes fases de la atención de aeronaves en tierra.

A su vez, los demandantes en el desarrollo del cargo de Agentes de Operaciones Terrestres tenían entre otras funciones la de preparar la logística y realizar todas las labores que conlleven al alistamiento y atención de las aeronaves y/o equipos, conforme se observa de la descripción del perfil de ese cargo (fls. 1755 a 1761) y las certificaciones expedidas por SAI S.A.S. a nombre de los demandantes en las que señalan las funciones que éstos desarrollaron (Fls. 1762, 1858 y 1969), sin que haya demostrado nada diferente respecto al cargo de Supervisor de Operaciones Junior al que fue promovido el demandante JORGE CARLOS PEREZ TORDECILLA, el cual labora en la actualidad para SAI S.A.S. (Fls. 1970 a 1971); por tanto, se cumplen las exigencias reseñadas por el órgano de cierre de esta especialidad que permiten dar cabida a la solidaridad establecida en el artículo 34 del CST, pues confluyen el objeto social del contratista con las labores de la empresa beneficiaria y la labor del trabajador, lo que impele a confirmar la decisión del *a-quo* en tal sentido.

7. DEL PAGO SOBRE LA CONDENA SOLIDARIA POR LAS PRIMAS, LA AYUDA A SALUD Y EL AUXILIO DE EDUCACIÓN:

En este punto, y previo a continuar con el análisis de los demás aspectos objeto de la alzada, considera la Sala pertinente precisar que, si bien las pretensiones del escrito inaugural estaban enfiladas a la declaratoria de una única relación laboral, razón por la cual se debería tomar para examinar las condenas impartidas el último vínculo de carácter laboral que ató a las partes, conforme se ha expuesto, entre otras, en sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183; también lo es que, el fallador de primer grado declaró la existencia de dos

contratos de trabajo, lo que habilita al juez colegiado estudiar lo referente a las condenas impartidas con los salarios determinado en cada vínculo laboral.

Aclarado lo anterior, y dado que la demandada SERVICOPAVA en su recurso presenta inconformidad frente a las condenas emitidas en primera instancia en su contra, relacionadas la condena de forma solidaria de las primas, la ayuda a salud y el auxilio de educación, ya que no son beneficios que ofrezca por lo que no tienen cabida, en atención a que los accionantes nunca objetaron su tipo de vinculación.

Al respecto, se encuentra que en primera instancia fue condenada a pagar por concepto de bonificación especial ahora auxilio educativo \$368.858; por prima de vacaciones \$516.401; y por ayuda especial para salud \$726.499, a favor de cada uno de los demandantes, condenas con las que fue grabada en atención a que tales conceptos hacen del Plan Voluntario de Beneficios que ofrece la demandada AVIANCA a sus colaboradores sindicalizados y no sindicalizados de operación en tierra que deseen suscribirlo en el plano de igualdad y sin discriminación alguna dice el mismo PVB (Fls. 2239 a 2263), ello en tanto fungió como verdadero empleador.

Acotado lo anterior, se tiene que si bien para la aplicación del referido Plan se requería su suscripción como lo señala el documento en cuestión, palmario es que los demandantes no tuvieron esa opción, en la razón a la tercerización de la que fueron objeto por parte de AVIANCA S.A. a través de SERVICOPAVA CTA, por lo que en aplicación a los principios que el mismo plan invoca, relacionados con la igualdad y no discriminación, era posible que accedieron al mismo, como lo dedujo el *a-quo*, proviniendo la solidaridad por la indebida tercerización consagrada en la ley, por lo cual se confirmará este puntual aspecto.

8. DE LA DEVOLUCION DE APORTES SOCIALES:

Señala a demandada SERVICOPAVA en su alzada que el fallador de instancia no tuvo en cuenta que ya devolvió los aportes sociales a los demandantes en la liquidación de compensaciones. Al respecto se memora que esa enjuiciada fue condenada de forma solidaria, a pagar a favor de estos la devolución de los

dineros descontados por cuotas de admisión y/o aportes sociales, salvo que demostrara que ya fueron reintegrados.

Así las cosas, se observa que en las liquidaciones definitivas de los de compensaciones de los promotores se relaciona como devengo el concepto de Aportes Servicopava (Fls. 87, 1215, 1260, 1309), empero, tal documento no se encuentra suscrito por los accionantes; sin embargo, los demandantes JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN y JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, en su declaración dijeron haber recibido los aportes sociales en la liquidación final de compensaciones, en cuanto al demandante MILTÓN DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, no se tiene certeza de la devolución de tal importe, por lo que se revocará el numeral quinto de la sentencia de primera instancia en ese punto de forma parcial, en el sentido de señalar que AVIANCA S.A. y de forma solidaria SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN, deberán pagar ese rubro a dicho demandante, solo en caso que no haya reembolsado el mismo.

9. DEL PAGO DE LAS CESANTÍAS:

Se aduce por activa que se deben condenar al pago de las cesantías, pues no se puede tener en cuenta lo pagado bajo otro concepto por la Cooperativa demandada, conforme lo indicó el fallador de instancia, pues el artículo 254 del C.S.T., prohíbe los pagos parciales de cesantías y no se cumple con lo dispuesto en el artículo 99 de la ley 50 de 1990. Entre tanto, la demandada SERVICOPAVA, en su alzada sostuvo que ya pagó a cada uno de los demandantes sus compensaciones anuales junto con sus rendimientos.

En consideración a la forma en que fue planteado el debate en segunda instancia sobre este particular, basta indicar que aun cuando los demandantes hayan percibido compensaciones ordinarias y extraordinarias, tal afirmación no puede servir de óbice para que no se fulmine condena en contra de su verdadero empleador AVIANCA S.A, por las acreencias laborales dejadas de cancelar. Con todo, atendiendo a que las convocadas a juicio SERVICOPAVA y AVIANCA S.A., plantearon la excepción de compensación, este punto de la alzada será analizado con fundamento en la misma, lo cual es posible conforme

se ha expuesto en sentencias SL902-2020 Radicación No. 60958 de 9 de marzo de 2020 y SL3436-2021 con Radicación No. 81830 de 16 de junio de 2021.

Sobre el particular, se debe señalar que, de las declaraciones que rindieron JESSICA PAOLA ROMERO BELTRÁN y JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, dijeron que percibieron el equivalente a cesantías, durante su vinculación con la cooperativa demandada, conforme lo demuestran la liquidación final de compensaciones (Fls. 1215, 1260, 1309) y los reportes históricos de pagos de las alegadas compensaciones registradas a favor de los demandantes, entre ellos también del demandante MILTÓN DANIEL VIZCAINO NISPERUZA (Fls. 1242 a 1243, 1289 a 1290, 1342 a 1345), por lo que se encuentra viable la compensación de dichas sumas de dinero a favor de las demandadas respecto del pago de las cesantías, como lo señaló el juez de instancia, por lo que se confirma la decisión de primera instancia frente a la absolución del pago de las cesantías.

10.SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS:

Alega la Cooperativa demandada en la alzada que no se debió fulminar condena en su contra por ese concepto puesto que no se rige por las leyes laborales, motivo por el cual no está obligada a consignar las cesantías a un fondo, y además le pagó a cada uno de los demandantes sus compensaciones anuales junto con sus rendimientos. Por otro lado, la parte actora, también presenta inconformidad sobre dicha condena, por solicita que se modifique su valor pues debe tenerse en cuenta que procede a razón de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de la cesantía, contando a partir de la fecha en que se efectúa la no consignación hasta la fecha en la que se realiza el pago, ello, por cuanto el Juzgado la tomo solo desde 2016.

Debe indicarse que con la finalidad de proteger los derechos de los trabajadores que se han visto afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de su empleador, la ley laboral ha previsto algunas

consecuencias económicas tendientes a resarcir el menoscabo que dicha conducta pudiese causar al trabajador.

En efecto, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, previó una sanción para quienes no consignaran las cesantías dentro del término previsto por el legislador, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la consignación, la cual además no opera de manera automática, ya que a su imposición debe preceder el análisis de los elementos subjetivos que guiaron la conducta omisiva del empleador, que, a pesar de que no sean correctos jurídicamente, puedan considerarse razonables.

Actuar que ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL018-2019 Radicación No. 65586, del 23 de enero de 2019, señaló:

“De otra parte, tampoco hay duda alguna de que la demandada no obró de buena fe, [...] sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de trabajo asociado del actor [...] pues ya se ha visto que se hizo un uso fraudulento de esa forma de contratación, para esconder una verdadera relación laboral [...]

“[...]

“La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

“Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o calificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

“Y aquí lo que la Corte encuentra es la intención de la demandada de desconocer la realidad de una relación laboral, lo que en modo alguno puede ser demostrativo de buena fe.

“Para el caso, es pertinente recordar lo que proclamó esta Sala de la Corte Suprema de Justicia al estudiar un asunto de similares contornos, en el sentido de que no podrá estimarse “que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso”, como se dijo en la varias veces citada sentencia de 6 de diciembre de 2006, radicación 25713”.

En ese orden de ideas, se evidencia que en efecto la accionada evadió la existencia del contrato de trabajo, acudiendo a la contratación con una C.T.A para vincular a personal requerido para el desarrollo de su objeto social, por lo cual no es dable estimar un actuar de buena fe a efectos de absolverla de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías.

De cara a lo expuesto y a efecto de verificar la inconformidad de la activa en su impugnación, debe tenerse en cuenta que tal como lo dispuso el *a-quo*, en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo de forma parcial, ya que la relación la laboral que se declaró con AVIANCA finiquitó el 31 de octubre de 2017, y la presente demanda fue interpuesta el 24 de enero de 2020 (Fl. 712), por lo que las acreencias causadas con anterioridad al 24 de enero de 2017 se encuentran prescritas, de acuerdo a lo dispuesto por los art. 488 y 489 del CST, en concordancia con el art. 151 del CPTSS.

Se debe acotar que la prescripción de la aludida sanción no corre de la misma forma que las cesantías, en atención a que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día, conforme se ha

expuesto por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5418-2019, Radicación No. 70892 del 3 de diciembre de 2019.

Precisado lo anterior, se observa que el *a-quo* condenó al pago de la aludida sanción por la no consignación de las cesantías del año 2016 a favor de los demandantes, la cual liquidó desde el 15 de febrero de 2017 al 31 de octubre de 2017, verificándose que en el caso de MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA y JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN, estos iniciaron el vínculo contractual con la Cooperativa demandada el 1º de junio y el 2 de mayo de 2016, respectivamente; por lo que no se observa desatinado el que solo se condene por la porción correspondiente al año 2016 a favor de esos dos demandantes.

En cuanto al demandante JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA, se recuerda que se había vinculado a la Cooperativa desde el 27 de febrero de 2014, por lo que le asiste razón al apoderado, respecto de que en este caso la sanción por la no consignación de las cesantías procedía en la porción no prescrita para las cesantías del año 2015, que corren desde el 15 de febrero de 2016 al 14 de febrero de 2017, empero, como se encuentran prescritas las acreencias reclamadas con anterioridad al 24 de enero de 2017, en este caso, solo procede la sanción por la no consignación de las cesantías del año 2015, del 24 de enero al 14 de febrero de 2017, pues en adelante corre la sanción por la no consignación de las cesantías del año 2016.

Aunado a lo anterior, se advierte que se incurrió en un yerro al liquidar la condena, pues según lo expuesto por el juez de primer grado en la parte motiva de su sentencia, tomo el último salario diario y emitió condena por el tiempo de duración de los contratos de trabajo, cuando debió haber tenido en cuenta el salario promedio de cada anualidad así como los efectos de la excepción de prescripción, por lo que realizadas las operaciones aritméticas correspondientes, se debe emitir condena por los siguientes conceptos, teniendo en cuenta lo señalado como devengando por concepto de compensación, recargo nocturno, trabajo suplementario y festivos sin compensar y festivos compensados de los 2015 y 2016, lo cual se promedió en atención a su variación mensual:

DEMANDANTE	AÑO	SALARIO	FOLIO	SALARIO DIARIO	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	TOTAL
MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA	2016	845.513	1242	28.184	15/02/2017	31/10/2017	7.215.042
JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN	2016	797.632	1289	26.588	15/02/2017	31/10/2017	6.806.462
JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA	2015	788.929	1343	26.298	24/01/2017	14/02/2017	552.250
	2016	740.630	1344	24.688	15/02/2017	31/10/2017	6.320.041

Por lo aquí consignado, esta Corporación modificará parcialmente el fallo de primera instancia, respecto de la condena por la sanción por no consignación de las cesantías.

11.AUXILIO DE ALIMENTACION

Señala la demandada SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. en su alzada, que la condena que se le impuso por el auxilio de alimentación no es procedente, ya que esa sociedad reconoció a los demandantes ese beneficio en especie por lo que no es dable un doble reconocimiento por ese concepto.

Cabe señalar, que efectivamente en el literal a) de la cláusula cuarta de los contratos trabajo suscritos entre los demandantes y la mencionada encartada se pactó el pago de un auxilio de alimentación no constitutivo de salario en suma mensual de \$100.000., el que según la demandada suplió con el uso del casino por parte de los accionantes (Fls. 1763 a 1767, 1859 a 1863 y 1972 a 1976), situación que por demás no se observa se haya acordado entre las partes en el documento en cuestión o en algún otro, se estableciera que dejaba de ser económico y pasaba a ser en especie, a lo que se suma que en el interrogatorio de parte que rindió la representante legal de esa demandada, dijo no recordar si se había suscrito un documento realizando tal cambio.

Por ende, la Sala comparte el argumento expuesto por el fallador de instancia, en este puntal aspecto, ya que no le era posible a la demandada SAI S.A.S., modificar de forma unilateral las condiciones del reconocimiento de dicho beneficio, sin contar con la anuencia de los trabajadores demandantes, por lo que se confirma la condena impuesta en tal sentido.

Como corolario de lo anterior, se recovarà parcialmente la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto sentencia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar la devolución de los aportes sociales y/o cuotas de admisión únicamente al demandante MILTÓN DANIEL VIZCAINO NISPERUZA, rubro que deberá pagarse, solo en caso de que no se haya reembolsado, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia emitida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a las accionadas el pago de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, por los siguientes montos:

DEMANDANTE	AÑO	TOTAL
MILTON DANIEL VIZCAINO NISPERUZA	2016	7.215.042
JESSIKA PAOLA ROMERO BELTRAN	2016	6.806.462
JORGE CARLOS PÉREZ TORDESILLA	2015	552.250
	2016	6.320.041

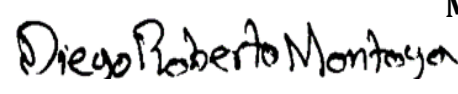
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 11001 31 050 25 2020 00 138 01
Demandante: OSCAR DUQUE MORALES
Demandado: COLPENSIONES
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor OSCAR DUQUE MORALES promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, a fin que se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con los reajustes de ley y las mesadas adicionales de cada anualidad a partir del 18 de febrero de 2017, calenda para la cual cumplió 62 años de edad, ello de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, en concordancia con lo preceptuado en el artículo 13, literales f) y g) de la Ley 797 de 2003, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 001 de 2005.

Asimismo, se condene la prestación con el respectivo retroactivo adeudado a partir del 18 de febrero de 2017 y en adelante, entre la pensión de vejez que legalmente le corresponde y aquella que se le viene cancelando en los términos de la Ley 33 de 1985 producto de una condena judicial.

Igualmente, se condene por el pago de intereses moratorios preceptuados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y costas procesales.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus súplicas, adujo que prestó sus servicios personales al Banco Cafetero hoy liquidado como trabajador oficial a través de un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 1977 y el 16 de febrero de 2005, esto es, por espacio de 27 años, 11 meses y 29 días, cotizaciones que se efectuaron al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Mencionó que es beneficiario del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios al Banco Cafetero, y cumplió 55 años de edad el 18 de febrero de 2010, calenda para la cual adquirió el derecho a ser pensionado de conformidad con la Ley 33 de 1985, de ahí que el 25 de junio de 2010 solicitara al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reconocimiento y pago de la pensión a voces de la normativa ya referida, solicitud que se despachó de manera desfavorable a través de la Resolución No. 039880 del 28 de octubre de 2011.

Que por tal razón, en el año 2013 inició proceso ordinario en contra de COPENSIONES solicitando el pago de la pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, por lo que el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso ordinario

1100131050 25 2013 00 132 01 dispusieron acceder al derecho prestacional junto con el pago de intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, en la referida decisión judicial, claramente se especificó que el valor inicial de la pensión a voces de la Ley 33 de 1985 correspondía al 75% de lo devengado durante el último año de servicios, sin embargo, en cuanto a los factores salariales, se determinó que no se tendrían en cuenta conforme a la Ley 62 de 1985, concluyéndose que el IBL sería del salario básico mensual devengado durante su último año de servicios debidamente indexado.

Fue por ello que COLPENSIONES cumplió la condena impuesta a través de la Resolución GNR 377522 del 12 de diciembre de 2016, mediante la cual le fue reconocida la pensión en cuantía de \$1.945.867 a partir del 18 de febrero de 2010, junto con el retroactivo pensional y los intereses moratorios objeto de condena.

Seguidamente, refirió que acredita un total de 1565.43 semanas y que cumplió 62 años de edad el 18 de febrero de 2017, por lo que cumple con los requisitos para ostentar la pensión de vejez de conformidad con lo regulado en la Ley 797 de 2003, pero a pesar de ello, la encartada negó su derecho mediante Resolución SUB 285907 del 17 de octubre de 2019, bajo el entendido que ya gozaba con una pensión que le fuese reconocida a través de la Resolución GNR 377522 del 12 de diciembre de 2016 como consecuencia de la sentencia judicial anteriormente referida, por lo que se constituía una cosa juzgada.

Expone que la pensión de jubilación ya reconocida en los términos de la Ley 33 de 1985 es diferente a la contemplada en la Ley 797 de 2003, sin que la entidad haya analizado la figura de la compartibilidad pensional, máxime si se tiene en cuenta que la pensión de jubilación viene siendo cancelada por COLPENSIONES con ocasión de los recursos del bono pensional tipo T que el

Banco Cafetero hoy liquidado le remitiera al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con fundamento en el Decreto 4937 de 2009 y el memorando 1300-00000364 expedido por dicha entidad, lo que implica que a partir del cumplimiento de los 62 años de edad, se hace acreedor de su pensión de vejez, la cual por demás debe ser asumida y reconocida en un 100% por parte de COLPENSIONES.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que, como se desprende de los actos administrativos que se proferirían en nombre del demandante, los mismos se encuentran ajustados a derecho, pues le fue reconocida pensión, aunado al hecho que, resulta contrario a la ley que se perciba más de una pensión de jubilación y/o vejez con cargo a los recursos del Tesoro Público, situación que ha sido regulada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que el demandante es beneficiario del régimen de transición como quiera que al 1º de abril de 1994 contaba con más de 15 años de servicios sumando tiempos públicos y

privados, adicional a que contaba con 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que hay lugar a estudiar lo preceptuado en la Ley 797 de 2003 conforme a lo pretendido por el demandante.

Que en tal sentido, la norma aplicable al caso bajo estudio es lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que en el caso del demandante cumplió 62 años el 18 de febrero de 2017 y cuenta con un total de 1565.43 semanas de cotización en toda su vida laboral.

No obstante, COLPENSIONES reconoció al actor una pensión de jubilación mediante Resolución GNR 377522 de 2016, a partir del 18 de febrero de 2010 bajo los parámetros contemplados en la Ley 33 de 1985 y, con ocasión de una sentencia judicial dentro del proceso ordinario 1100131050 25 2013 00 132 01 que se adelantara ante el mismo operador *a-quo* y que fuese confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Que si bien la parte demandante hace énfasis en los supuestos fácticos de esta demanda que se tratan de dos pensiones diferentes, es decir, la reconocida bajo los preceptos de la Ley 33 de 1985 en el proceso 1100131050 25 2013 00 132 01 que versa sobre tiempos prestados al Banco Cafetero y que se financiara bajo los parámetros del bono tipo T, según sus dichos, y la pretendida en este asunto que es la pensión de vejez por tiempos cotizados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme se aprecia de las pruebas obrantes al plenario, pese a que el actor cotizó desde 1º de febrero de 1974 hasta el 28 de febrero de 2005, laboró única y exclusivamente para empleadores privados por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 1974 y el 31 de diciembre de 1975, y entre el 13 de agosto de 1976 y el 15 de febrero de 1977, sumando un total de 126.57 de cotización, mientras que los demás tiempos restantes, es decir, 1438.86 semanas fueron sufragadas al sistema general de pensiones administrado por el extinto ISS hoy

COLPENSIONES por el empleador Banco Cafetero, tiempos que por demás se tuvieron en cuenta en su momento para condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de su pensión de jubilación según lo dispuesto en la Ley 33 de 1985.

Seguidamente, el *a-quo* expuso que tratándose de compatibilidad y compartibilidad pensional entre la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985 y la pensión de vejez de la Ley 797 de 2003 a cargo de COLPENSIONES, la jurisprudencia emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinó que ambas pensiones serían compatibles siempre y cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados y que de ellos se predican únicamente bajo el evento que cualquiera de ellas haya sido causada antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que no es procedente el reconocimiento y pago de una nueva pensión y en tal sentido, no gozan de prosperidad sus pretensiones.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Sostuvo en su alzada que lo que se pretende es el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 18 de febrero 2017, calenda para la cual ostentaba 62 años de edad.

Que si bien previo a la presente demanda se inició un proceso en contra del Banco Cafetero, al encontrarse el mismo en liquidación, el apoderado de su entonces lo inició en contra del ISS, sin tener en cuenta que el Decreto 4937 de 2009 permitía para esa época que el ISS hoy COLPENSIONES asumiera esas pensiones públicas, de ahí que en su momento la autoridad judicial accediera a reconocer su pensión de jubilación en los términos de la Ley 33 de 1985.

Que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en lo que atañe al tema de la pensión de jubilación oficial ha tenido en cuenta el servicio

público del trabajador hasta el 1º de abril de 1994 y, vuelve y retoma desde el 28 de septiembre de 1999 hasta el día en que culminó su labor en el Banco Cafetero, esto es al sector público, situación por la que en el proceso ordinario 1100131050 25 2013 00 132 01 se satisfizo esa cuestión en virtud a la jurisprudencia que venía vigente para la época, pero en el presente asunto se desconoce abiertamente el derecho a la pensión de vejez por efecto de la compartibilidad pensional.

Que si el Banco Cafetero estuviese vigente cuando se demandó por primera vez, esa entidad financiera hubiese asumido su pensión desde el cumplimiento de los 55 años hasta los 60 años de edad, y desde este último momento en que se cumplió con la edad de 60 años, tiempo a partir del cual opera la figura de la compartibilidad pensional, tópico que es precisamente el que se persigue dentro del *petitum*, más no percibirse dos pensiones como lo interpretó el fallador de instancia.

Es por ello que le compete a COLPENSIONES transformar la pensión de jubilación a una de vejez para que así se produzca el reajuste de la prestación, talante que además conlleva a que resulte procedente el pago del retroactivo pensional junto con los intereses moratorios.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal, si le asiste derecho al aquí demandante a que la pensión de jubilación reconocida por COLPENSIONES, en virtud de una sentencia judicial en firme, pueda mutar a una de vejez en los términos regulados en la Ley 797 de 2003 y en atención de la figura de la compartibilidad pensional o, si por el contrario, le asiste razón al fallador de instancia sobre la absolución de las súplicas incoadas bajo el entendido que no hay lugar a la compatibilidad de las pensiones perseguidas.

De llegar a prosperar el anterior problema jurídico, deberá determinarse si es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional junto con el pago de los intereses moratorios a la luz de lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

c. Del caso en concreto:

Inicialmente es menester acotar, que el accionante dirige las pretensiones de la presente demanda exclusivamente a que la pensión que le fuera reconocida en virtud de una sentencia judicial y con fundamento en la Ley 33 de 1985, por haber laborado al servicio del Banco Cafetero, sea “*compartible*” a partir del cumplimiento de los 62 años de edad, con la pensión de vejez regulada en la Ley 797 de 2003, deprecando en ese orden de ideas, el pago de la diferencia pensional desde que arribó a dicha edad. De igual manera, pretende se mantengan incólumes los valores que se vienen percibiendo en virtud de la pensión reconocida, y se proceda en consecuencia al pago del mayor valor, con los respectivos intereses de mora.

Ahora bien, para la resolución del problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, es menester precisar en primera medida que no es objeto de discusión que al demandante, señor OSCAR DUQUE MORALES, a través de la Resolución

GNR 377522 del 12 de diciembre de 2016, le fue reconocida por parte de COLPENSIONES una pensión de jubilación por ser trabajador oficial del extinto Banco Cafetero y de conformidad con lo establecido en la Ley 33 de 1985 a partir del 18 de febrero de 2020, más el pago de intereses moratorios (Fls. 23 a 26), acto administrativo que se emitió en cumplimiento de la sentencia judicial proferida dentro del proceso ordinario laboral con radicación No. 1100131050 25 2013 00 132 01, la cual se decidió en primera instancia por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de mayo de 2015 y, en segunda instancia, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 13 de julio de 2016 (Fls. 49 a 52 y 56, incluidos los Cd de las audiencias).

Tampoco el hecho que el demandante laboró al servicio del extinto Banco Cafetero a través de contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 1977 y el 16 de febrero de 2005, conforme da cuenta la certificación que emitiera la extinta entidad financiera el 22 de septiembre de 2009 (Fl. 21).

Ahora bien, como ya se indicó, la Sala debe abordar si es procedente que la pensión de jubilación reconocida al demandante con ocasión a una sentencia judicial y a la luz de la Ley 33 de 1985, por cuanto laboró al servicio del extinto Banco Cafetero, sea compatible con una pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003, cuando alcanzó los 62 años de edad.

Inicialmente debe acotar la Sala que el reconocimiento inicial con base en la Ley 33 de 1985, operó en cumplimiento de un mandato judicial, no obstante, tal situación no configura la excepción de cosa juzgada frente al presente litigio. Ello en tanto el proceso inicial versó sobre el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo la égida de la Ley 33 de 1985, mientras que la presente litis tiene por objeto establecer la viabilidad que se reconozca la diferencia pensional con ocasión del cumplimiento de los requisitos consagrados en la Ley 100 de 1993, y la naturaleza compatible de

las dos pensiones, ello en tanto la inicialmente reconocida operó con base en los recursos trasladados por el Banco Cafetero.

En efecto, sobre el puntual aspecto de la cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3292-2021, Radicación No. 86869, del 12 de julio de 2021, estimó:

“En relación con las excepciones de mérito, atinó la falladora de primer grado al desestimar la cosa juzgada, puesto que, conforme se ve en las actas de audiencias de primera y segunda instancia celebradas dentro del proceso anterior el 26 de junio de 2012 y el 19 de julio de 2013, por el Juzgado Diecinueve Laboral Adjunto del Circuito de Medellín (f.º 10-13), y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad (f.º 14), respectivamente, así como en las resoluciones GNR447428 del 28 de diciembre de 2014 (f.º 15-18) y GNR323000 del 29 de octubre de 2016 (f.º 42-45), de Colpensiones, salta a la vista que en aquel escenario procesal se decidió acerca de la pensión de jubilación consagrada en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, por ser beneficiario el actor del régimen de transición.

“En cambio, en el proceso que ahora ocupa a la Sala, lo que se pretende es el pago de la pensión con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el cual exige unos requisitos y presenta características diferentes, como, por ejemplo, la posibilidad de acumular los tiempos de servicio público con las semanas cotizadas al ISS, circunstancia extraña a la Ley 33 de 1985, de modo que no se configura la identidad de objeto y de causa necesaria para advertir la existencia de cosa juzgada.

Aclarando que en el presente proceso el objeto que diferencia los procesos, es la compartibilidad perseguida por el actor.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, consagra que *“Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”*, normativa con base

en la cual, nuestra Superioridad ha señalado que se deba verificar un análisis comparativo a efectos de establecer, si la pensión de vejez debe regirse por el principio de favorabilidad por la Ley 797 de 2003, debiéndose además, en el evento de resultar más favorable la regulada en la Ley 100 de 1993, proceder a la devolución por parte del actor de la pensión reconocida a una edad inferior a la exigida, así como de los intereses de mora. En efecto, en la sentencia antes citada se adoctrinó:

“Al no hacerlo, al Tribunal le resultaba imposible concluir, con plena certeza, que el demandante no obtendría un beneficio económico con la reliquidación a partir de la referida normatividad, cuando solo puso atención a los beneficios que, a priori, representaba la Ley 33 de 1985 frente a la prestación consagrada en el Sistema de Seguridad Social Integral, pero no se preocupó por indagar si, en el caso concreto, el pensionado conseguía un mejor derecho con la aplicación de la novel preceptiva, tarea que estaba llamado a realizar, pues es justamente eso lo que ordena el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, al consagrar el derecho que toda persona tiene de exigir la aplicación de cualquiera de sus normas «[...] que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia [...]».

“En otras palabras, el sentenciador de la alzada se quedó corto al realizar ese cotejo al que se refiere el precepto citado, pues, tal como acertadamente lo pusiera de presente la censura, la comparación solo podía reputarse completa si se analizaba también la situación pensional del demandante a la luz de la regulación normativa general, y no únicamente de la pretérita.

“[...]

“En suma, se tiene que el demandante también cumple los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 para la pensión de vejez, eso sí, a partir del 10 de julio de 2016. Con base en ello, y al hacer el cotejo que exige el artículo 288 ibidem, se advierte que la normativa invocada le representaría tres consecuencias que, en principio, le resultarían adversas: (i) la eliminación de la mesada adicional de junio, como bien lo puso de presente la a quo, ya que la prestación se causó después del 31 de julio de 2011, atendiendo para el efecto lo dispuesto en el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con el párrafo transitorio 6 de la misma preceptiva.

“También le correspondería (ii) devolver las mesadas pagadas desde el 1º de octubre de 2010 hasta el 9 de julio de 2016, así como (iii) los intereses de mora que recibió en su momento, toda vez que, al tenerse en cuenta en su integridad la nueva legislación, pierde sustento el reconocimiento pensional en una fecha anterior a los 62 años.

En ese orden de ideas, las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar, en tanto frente al reconocimiento de la pensión con base en la Ley 33 de 1985, solo sería dable analizar el cambio a la pensión de vejez en el escenario antes planteado, lo cual no fue objeto de debate en el presente plenario, en tanto las pretensiones apuntaban a que se declare la compartibilidad de las dos pensiones.

No debe soslayarse que en el evento analizado por nuestra Superioridad, se concluyó que ante la procedencia de la pensión de vejez con base en la Ley 797 de 2003, se debe retornar el retroactivo causado con anterioridad al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003, así como los intereses de mora y la pérdida de la mesada 14, aspectos que no guardan en manera alguna correspondencia con las pretensiones de la demanda, en tanto el actor activó la administración de justicia, a efectos de perseguir la compartibilidad pensional.

En ese orden de ideas, no es factible acceder a beneficiarse de la pensión consagrada en la Ley 33 de 1985, y conservando tal situación definida y consumada, beneficiarse nuevamente de la pensión en los términos de la Ley 797 de 2003, más aún cuando el tiempo con el cual completaría las semanas, incluyen necesariamente el servido en el Banco Cafetero, en virtud del cual se accedió a pensión en el régimen de transición.

Ahora bien, el accionante refiere igualmente que la compartibilidad pensional se abre camino en tanto la pensión que se reconoció con base en la Ley 33 de 1985, se financia con el Bono tipo T.

Sobre tal aspecto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2852-2019, Radicación No. 64112 del 20 de marzo de 2019, señaló:

“Financiación de las pensiones de los servidores públicos afiliados al Instituto de Seguros Sociales luego de la expedición del Decreto 4937 de 2009.

“Frente a la necesidad de implementar un mecanismo que permitiera que el Instituto de Seguros Sociales asumiera el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los servidores públicos afiliados a este instituto y beneficiarios del régimen de transición antes de la fecha señalada en las normas que lo regulan, cuyas pensiones no se financian con bono tipo B, el Decreto 4937 de 2009, por medio del cual se adicionó el artículo 45 del Decreto No. 1748 de 1995, previó la creación de un bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del citado instituto, para cubrir la diferencia existente entre las condiciones estipuladas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, y el consagrado para los afiliados al ISS, con el fin de que esta administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición.

“El artículo 2 del referido Decreto, establece:

DEFINICIONES: “Bono Pensional Especial tipo T: Bono especial que deben emitir las entidades Públicas a favor del ISS, o quien haga sus veces, para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o quien haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición a los servidores que a primero de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Que estuvieran laborando en entidades públicas como afiliados o como cotizantes al ISS en condición de activos;*
- b) que habiéndose retirado de la entidad pública fueran afiliados inactivos del ISS y no estuvieran cotizando a ninguna administradora del sistema;*
- c) que una vez retirados de la entidad pública hubieran continuado afiliados y/o cotizando al ISS como independientes o como vinculados a una entidad privada o,*

d) que habiendo sido servidores públicos afiliados al ISS no cotizaban a ninguna entidad a 31 de marzo de 1994.

“[...]

“Conforme a la anterior disposición, el bono pensional tipo T se emite por la entidad pública y constituye la forma de financiación de la pensión de jubilación de los servidores públicos afiliados al ISS y beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con el objetivo de que el Instituto de los Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, reconozca y pague esa prestación.

“En conclusión, esta norma precisa que a partir de su vigencia, esto es, 18 de diciembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales debe conceder las pensiones legales de jubilación que estaban a cargo de las entidades públicas, a la edad prevista en el régimen del sector público, esto es, a los 55 años de edad y conforme al régimen pensional del mencionado instituto, circunstancia que obliga a la entidad pública a cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del ISS, y del aplicable al respectivo servidor público beneficiario del régimen de transición, a través de la expedición del bono especial tipo T.

“[...]

“De esta manera se advierte la equivocación del tribunal, dado que con la entrada en vigor de la norma referida, queda a cargo del Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, la obligación de conceder la prestación que reclama el actor, dejando a salvo a favor de este instituto, la emisión y pago del bono tipo T por parte de la entidad empleadora conforme lo señalan los artículos 4º y 5º del citado Decreto 4937 de 2009, como quiera que no fue objeto de cuestionamiento la existencia del derecho a favor del actor, por cuanto, se reitera, está acreditado: i) que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; ii) que cumplió 55 años de edad el 17 de octubre de 2010 y, iii) que estuvo afiliado al ISS como se lee en la contestación al llamamiento como litis consorcio necesario que hizo la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, cuando expresa «Aunque el actor cotizó al Seguro Social según consta en la historia Laboral, la Caja Agraria empezó a cotizarle al ISS a nombre del demandante a partir del 11 de febrero de 1976 al 01 de junio de 1999, y posteriormente el demandante cotizó con la empresa TEMPORAL LTDA., desde el 01 de agosto de 1999 hasta el 31 de mayo de 2003.».

En ese orden de ideas, el referido Bono tipo T, se instituyó a efectos que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, solucione las pensiones legales de jubilación que estaban a cargo de las entidades públicas a la edad de 55 años y conforme al régimen pensional del mencionado instituto, obligando así a la entidad pública a cubrir la diferencia del valor de la pensión derivada de las condiciones del régimen del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y del aplicable al respectivo servidor público beneficiario del régimen de transición, lo cual en manera alguna implica que la pensión que se haya reconocido en el régimen de transición, que en el presente evento corresponde a la Ley 33 de 1985, sea compartible con la pensión regulada en la Ley 797 de 2003, lo cual además dista de la aplicación del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, a efectos de acceder a la pensión de la Ley 797 de 2003, con las implicaciones referidas en la jurisprudencia antes citada, eso esto es, retornar los valores devengados con ocasión de la Ley 33 de 1985 que no se hubiesen causado con al aplicación de la Ley 797 de 2003, pues la normativa expresamente señala que es factible que todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a que le sea aplicable la norma que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia *“siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley”*.

Como corolario de lo anterior, se confirmará le decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

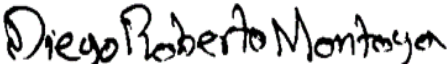
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

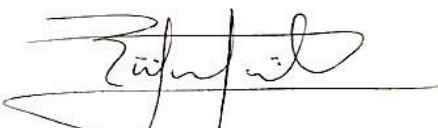
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral	1100131050 33 2018 00270 01
Demandante:	IVÁN CAMILO VILLAMIL TORO
Demandado:	SERVICIOS POSTALES NACIONALES OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN
Magistrado Ponente:	DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 3 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor IVÁN CAMILO VILLAMIL TORO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, con la finalidad que se declare que las demandadas son solidariamente responsables de las obligaciones laborales como, indemnizaciones, salarios y demás prestaciones generadas a su favor; igualmente, se declare ineficaz el despido efectuado por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES EN LIQUIDACION el 2 de mayo de 2015.

Por consiguiente, se condene a las sociedades convocadas a juicio a reintegrarlo a un cargo de igual categoría al que ostentaba al momento del despido y además se las condene a reconocer y pagar los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y los aportes al Sistema General de Seguridad Social



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Integral dejados de percibir desde la fecha de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro. Asimismo, solicita se condene a las accionadas a reconocer y pagar la indemnización prevista en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

De forma subsidiaria, pretende el promotor de la litis se condene al extremo pasivo a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa establecida en el artículo 64 del C.S.T.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus aspiraciones, refirió que suscribió contrato de obra o labor con la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., el 1º de diciembre de 2014 y que prestó sus servicios personales como trabajador en misión para la enjuiciada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., desempeñado el cargo de metrólogo, el que consistía en el mantenimiento preventivo, correctivo y de calibración de las básculas de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, según las órdenes impartidas por las accionadas, y devengando como salario mensual la suma de \$2.500.000, el que era pagado por la ETS.

Sostuvo que el 7 de mayo hacia las 4 de la tarde, sufrió accidente laboral en las instalaciones de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., cuando se disponía a levantar unas cajas de las básculas, lo que le generó un fuerte dolor en el hombro derecho, impidiendo que pudiera levantar su brazo nuevamente, motivo por el cual OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reportó el accidente laboral ante la ARL POSITIVA el 8 de mayo de 2015, dado que el día del accidente no se encontraba ningún funcionario de la ETS en el módulo que tiene en la empresa usuaria.

Expuso que, como consecuencia del accidente laboral, el 8 de mayo de 2015 fue remitido por la ARL a la CLÍNICA DE OCCIDENTE en donde fue diagnosticado con esguince de hombro, lo que le generó una incapacidad de 4 días del 8 al 11 de mayo de 2015. De otra parte, señaló que procedió a radicar los documentos de la incapacidad ante el Departamento de Gestión Humana de la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. el 8 de mayo de



2015, los que no fueron recibidos por la funcionaria de la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., aduciendo que el actor ya no laboraba allí desde el 7 de mayo de 2015.

No obstante lo anterior, a la finalización de la incapacidad el 12 de mayo de 2015, procedió a reintegrarse a sus labores por lo que se dirigió a las instalaciones de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., en donde le informaron de manera verbal que ya no trabajaba allí, impidiéndose su acceso, situación que fue corroborada por la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., la que se negó nuevamente a recibir la documentación que acreditaba la incapacidad.

Indica que elevó derecho de petición ante OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. el 17 de marzo de 2016 solicitando copia de su contrato de trabajo y certificación laboral, petición que no fue resuelta por esa accionada. De la misma forma, precisa que fue atendido por la ARL hasta el 8 de septiembre de 2017, siendo su último diagnóstico el de TENDINOSIS DEL MANGUITO ROTADOR, BURSITIS SUBACROMIAL Y RUPTURA INTRASUSTANCIA PEQUEÑA DEL MÚSCULO SUPRAESPINOSO DERECHO, además le fueron ordenadas diez (10) sesiones de terapias e incapacidad de treinta (30) días, y que en esa misma data la ARL dejó de atenderlo, sin determinar su pérdida de capacidad laboral.

1.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, reseñando que no hay lugar a la solidaridad deprecada, dado que el accionante suscribió un contrato de trabajo por obra o labor determinada con esa enjuiciada de forma voluntaria y autónoma para prestar sus servicios en misión a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., contrato que surgió a raíz del contrato comercial suscrito entre esas dos sociedades, destacando que el vínculo laboral finalizó el 7 de mayo de 2015 por finalización de la obra o labor contratada, ya que la empresa usuaria no requirió de los servicios del demandante, a quien pagó las prestaciones sociales. Además, indicó que se encuentra en imposibilidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

jurídica de efectuar un reintegro ya que se encuentra en proceso de liquidación.

Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, existencia de cobro de lo no debido, pago y buena fe.

Por su parte la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. contestó el libelo demandatorio, oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Adujo que el objeto del contrato comercial con una EST es precisamente que se remita personal a fin de que realicen actividades dentro del marco de lo estipulado en el artículo 74 de la Ley 50 de 1990; por ende, la empresa de servicios temporales siempre fungió como empleador del actor, actuando esa enjuiciada de buena fe respecto de lo pactado en el contrato comercial, recalcando que no tuvo la calidad de empleador del promotor del litigio, por lo que la EST es la llamada a responder ante una eventual condena.

Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral entre las partes, inexistencia de solidaridad entre las demandadas SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, cobro de lo no debido, buena fe en el cumplimiento de sus actividades comerciales y contractuales, prescripción, compensación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 3 de septiembre de 2021, declaró que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., es el verdadero empleador del actor, el cual era sujeto de estabilidad laboral reforzada el 7 de mayo de 2015, por lo que declaró ineficaz la terminación del contrato de trabajo efectuada en esa calenda, ya que no se probó una causa de terminación diferente a las limitaciones de salud del actor, en consecuencia ordenó el reintegro a un cargo de igual o mejor categoría del que venía desempeñando a la terminación del contrato, acorde con sus condiciones de salud, debiendo ser capacitado sin desmejorar sus condiciones de salud.



Además, condenó a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., a pagar al promotor del litigio los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social, valores que deberán ser actualizados al momento del reintegro, demás la condenó a pagar 180 días de salario por concepto de indemnización dadas las condiciones expuestas a la terminación del contrato.

Igualmente, declaró solidariamente responsable a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. de todas y cada una de las condenas impartidas y declaró no probadas las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva, propuestas por las demandadas, finalmente las condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, indicó que el fundamento normativo y jurisprudencial que sustenta su decisión en cuanto a quien es el verdadero empleador y la solidaridad deprecada cuando están de por medio empresas de servicios temporales, alude a los artículos 23 y 24 del C.S.T., 6º del Decreto 4369 de 2006 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL-4330 Radicado 83692 de 21 de octubre de 2020 y SL-178 Radicado 66976 de 28 de enero de 2020. Frente a la estabilidad laboral reforzada que se reclama, trajo a colación el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, las sentencias de la Corte Constitucional SU 040 de 2008, C-531 de 2000, T-899 de 2014, C-200 de 2019, T-041 de 2019 y la Circular Interna 049 de 2019 expedida por el Ministerio de Trabajo.

Seguidamente anunció que accedería a las pretensiones de la demandada, no solo a la solidaridad que se reclama, sino que además tendría a la demandada ADPOSTAL como verdadero empleador del actor y que la EST demandada sería solidariamente responsable por no haber anunciado su condición de intermediaria como en realidad sucedió, desvirtuándose la figura de esa clase de empresas, así el contrato haya sido inferior a 6 meses, ello conforme a lo referido en la sentencia SL 4330 con radicado 83692 del 21 de octubre de 2020.

Lo anterior, por cuanto si bien el objeto del contrato suscrito por las demandas tiene por objeto el suministro de trabajadores en misión en diferentes niveles,



no especifica las causas de la temporalidad conforme lo regulado en el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006; haciendo alusión al contrato laboral que suscribió el promotor con la EST convocada a juicio, el que establece que su duración es por obra o labor determinada para personal en misión, sin embargo, la cláusula octava del mismo señala que su duración corresponde al tiempo que dure la labor contratada, sin precisar cuál es la actividad o labor específica que realizaría el demandante, siendo genérica tal designación, además no se aportaron soportes adicionales que permitieran determinar cuál era esa labor específica pactada previamente entre las partes.

De igual manera, expuso el fallador de primer grado que del interrogatorio de parte que depuso el accionante, se extrae que las actividades desplegadas al interior de ADPOSTAL eran del giro ordinario de esa sociedad, pues el cargo que ostentaba tenía que ver con la revisión de básculas propias de esa entidad, lo que hace que la contratación del actor a través de la EST se torne fraudulenta, pues conforme la sentencia SL-4330 de 2020, existe una regla que alude a que cuando el servicio en sí mismo no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua como en este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses, por ende, no es plausible contratarlos de manera defraudatoria mediante rotación de personal en misión.

Frente a la terminación del vínculo laboral y el estado de debilidad en el cual se encontraba el actor para el momento de la finalización del contrato de trabajo, señaló el *a-quo* que las partes admitieron que el vínculo contractual finalizó el 7 mayo de 2015, situación que señala el demandante no le fue informada, aspecto que coligió el Despacho ya que no encontró documento alguno que diera cuenta de esa situación, más aún cuando la terminación se dio el mismo día en que acaeció el accidente de trabajo al actor, lo que lleva a concluir la intención de las demandadas de dificultar al actor los trámites pertinentes para formalizar la radicación de la documentación que le abría la puerta para ejercer sus derechos en condición de debilidad manifiesta.

Sostuvo el juzgador que la única documental que da cuenta de la finalización, refiere a la liquidación que allegó la demandada (Fl. 158); no obstante, no aparece suscrita por los contratantes, menos aún por el propio demandante, lo



que permite concluir que la accionada terminó unilateralmente el contrato de trabajo el 7 de mayo de 2015, lo que reitera nunca notificó formalmente al demandante, situación de la cual solo se enteró cuatro días después al reincorporarse de la incapacidad que le había sido otorgada, es decir, encontrándose en una situación de debilidad manifiesta, pues solo al lograr reportar el accidente de trabajo el 8 de mayo de 2015 por indicación de la ARL POSITIVA, acudió al servicio médico de urgencias en la entidad señalada por la ARL.

Además, señaló que la demandada ADPOSTAL conoció del accidente de trabajo, pues así lo admitió al contestar la demanda y en sus alegatos de conclusión, surgiendo con claridad que la intención de las accionadas era impedir que se activaran los mecanismos de protección del trabajador en situación de imposibilidad de prestar el servicio en razón a la salud, lo que denota una actitud de mala fe contractual, por tanto, conforme lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, no necesariamente se requiere de la calificación de la PCL para acreditar que se es beneficiario de estabilidad laboral reforzada.

Lo anterior, por cuanto tal aspecto es posible avalarlo con distintos medios de prueba, lo que encontró acreditado con las documentales que se allegaron con la demanda, entre otras, las recomendaciones médicas que le fueron expedidas al actor (Fl. 43), las incapacidades médicas y la historia clínica. De otra parte, adujo que, si bien se allegó dictamen al proceso, el cual obra en el archivo No. 13 del expediente digital, el cual da cuenta que al actor le fue determinada una PCL del 13.22%, estructurada el 11 de junio de 2020, no puede desconocerse que el dictamen da cuenta de la ocurrencia del siniestro el 7 de mayo de 2015.

Además, las demandas no acreditaron razones objetivas de la desvinculación del demandante, lo que llevó al Despacho a establecer que para la fecha de la terminación unilateral de contrato de trabajo el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada, procediendo así el reintegro deprecado y el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir de las cuales es solidariamente responsable la EST demandada.



Finalmente, sobre la excepción de prescriptivo indicó al analizarla que no la encontró probada, pues el demandante solo se enteró de su desvinculación el 13 de mayo del año 2015, cuando se presentó en las instalaciones de ADPOSTAL después de la incapacidad, por tanto, tenía hasta el 12 de mayo de 2018 para incoar la demanda, lo que realizó de manera oportuna. Además, interrumpió el término prescriptivo con el escrito radicado ante la citada demandada el 30 de julio de 2015 a través de correo certificado (Fl. 72), en el que elevó reclamación, haciendo referencia al reintegro, ello en consonancia con lo establecido, en el artículo 6 del C.P.T. y de la S.S., excepción que tampoco opera frente a la EST demandada, pues lo mismo sucedió con el escrito adiado el 19 de marzo de 2016 de folio 75, en el que si bien no solicita el reintegro, si manifiesta su inconformidad en torno a su desvinculación, afirmaciones que hacen las veces de reclamo frente a los derechos que persigue.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión, la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES la apeló. Como sustento de su alzada señaló, sobre la existencia del contrato realidad, que entre el actor y esa demandada no existió relación laboral alguna, pues como lo reconoce el Juzgador de primer grado, el trabajador solo estuvo vinculado como trabajador en misión por un término de 5 meses y 6 días, luego, no existe sustento jurídico frente al decreto de la existencia del contrato realidad, ya que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 permite que esa encartada pueda contratar trabajadores en misión para desempeñar una función específica, siendo la única limitante que dicha contratación no se prorrogue por un término superior a un año, es decir, 6 meses prorrogables por otros 6 meses, de ahí, que no exista extralimitación de tiempo, además la EST confesó y reconoció que es quien ostentó la calidad de empleador del demandante, por ende, al no ser el empleador del actor, no hay lugar al reintegro.

De otra parte, adujo que no existió rotación de personal, sino un contrato laboral por duración de la obra o labor, tampoco hubo alternancias de empresas de servicios temporales, por lo que las sentencias traídas a colación no son aplicables al caso. Además, el artículo 45 del CST, no establece la obligación de indicar si el trabajador fue contratado para realizar un remplazo, o sustituir vacaciones.



Respecto a la estabilidad laboral reforzada señaló que, si bien existieron incapacidades, las mismas no habilitan la PCL y la estabilidad alegada, por la cual tampoco habría derecho a la indemnización de 180 días. Por tanto, solicita se revise en su totalidad la sentencia y en consecuencia se le absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, ya que jamás extralimito el término establecido legalmente para contratar trabajadores en misión, como tampoco era su obligación establecer la función y cargo iba a desarrollar el trabajador.

A su turno, la convocada a juicio OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN adujo que de los documentos aportados con la contestación de la demanda, se acredita que el demandante suscribió un contrato para prestar servicios en misión en el Fondo Nacional del Ahorro, allegándose la liquidación del contrato, de la que se pueden colegir los extremos laborales, mismos que fueron ratificados en el interrogatorio que rindió el demandante, sin adeudarle suma alguna. En cuanto a la reclamación del trabajador de 2016 con el ánimo de obtener algunas documentales, señaló que no contaba con documento alguno que permitan determinar que el demandante haya sufrido un accidente laboral, de lo cual solo se enteró del hecho con la demanda.

Asimismo, adujo que su objeto social es prestar servicios en misión a diferentes empresas usuarias, suministrando trabajadores de acuerdo con los requerimientos de la empresa usuaria y en el caso particular de ADPOSTAL no volvió a requerir los servicios del trabajador, por lo que no estaba en cabeza de esa sociedad darle continuidad, reiterando que no tenía conocimiento de las incapacidades del trabajador o que tuviera algún tipo de recomendación o estabilidad laboral u ocupacional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.



b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala por metodología en la resolución del caso que nos ocupa, y atendiendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, auscultará en primer lugar si la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. fue el verdadero empleador del demandante y la convocada a juicio OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN una simple intermediaria. En segunda medida, la Sala determinará si el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral y en consecuencia procede su reintegro, así como el pago las demás acreencias que se reclaman en el libelo genitor.

c. Del caso en concreto:

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que el demandante prestó sus servicios en misión a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., a través de la empresa de servicios temporales OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN entre el 1º de diciembre de 2014 y el 7 de mayo de 2015 mediante contrato por duración de la obra o labor; de igual manera que el 7 de mayo de 2015 sufrió un accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa usuaria, aspectos que fueron determinados desde la fijación del litigio de acuerdo a las contestaciones de la demanda presentadas por el extremo pasivo, lo que además se corrobora con las documentales de folios 12 y 125 a 130, contentivas de Formato de Informe para Accidente de Trabajo del Empleador o Contratante de la ARL POSITIVA, copia de la liquidación del contrato de trabajo, copia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada para personal en misión, comprobantes de pago y copia de la planilla de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral.

Bajo ese escenario, cabe memorar que las Empresas de Servicios Temporales tienen por objeto el suministro de personal en misión para coadyuvar a la empresa contratista de forma temporal en el desarrollo de sus actividades, conforme lo regulado en la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 a 94.

Ahora bien, en el artículo 77 de la citada disposición normativa, se establecen tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios temporales, ello en consonancia con lo establecido en el artículo 6º del Decreto 4369 de 2006, como pasa a exponerse:

“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. *Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”*

Ello implica, que si la contratación no está sujeta a ninguno de los tres casos en los que la empresa usuaria puede contratar a una empresa de servicios o que supere el plazo estipulado en el numeral 3º de la norma en cita, se entenderá el contrato de trabajo celebrado con la usuaria beneficiaria y la EST será un simple intermediario; así lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3520-2018, Radicación No. 69399 de 15 de agosto de 2018, en la que indicó:

“Así, el contrato comercial celebrado entre la empresa usuaria y la EST debe observar, reconducirse y explicarse en función de estas tres posibilidades de provisión de servicios temporales, lo cual significa que el uso de esta figura para vincular personal en misión en el marco de un proceso que no encaje en estas causales o que desborde los límites en ella previstos, socava su legalidad y legitimidad, y hace desaparecer el sustento contractual-normativo que justifica la presencia de los trabajadores en misión en la empresa beneficiaria. Por ello, ante la falta de un referente contractual válido, la EST pasa a ser un simple intermediario en la contratación laboral, que no confiesa su calidad de tal (ficto o falso empleador), y la empresa usuaria adquiere la calidad de verdadero empleador.” (Subrayado fuera de texto).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Aunado a lo expuesto, cabe mencionar que el máximo órgano de cierre de esta especialidad al analizar la posible instrumentalización del servicio de empresas de servicios temporales para ocultar relaciones laborales continuas expuso en sentencia SL4330-2020, Radicación No. 83692 de 21 de octubre de 2020, algunos aspectos a tener en cuenta a fin de verificar la ocurrencia de tal fenómeno, así:

“En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita.

En la sentencia CSJ SL467-2019 la Corte se refirió a la contratación defraudatoria por medio de las EST, así:

*“Pues bien, en lo que concierne a este punto, la Corte debe recordar que **las empresas de servicios temporales no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la usuaria o sustituir personal permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, que pueden o no ser del giro habitual de sus negocios.** Al respecto, en la sentencia CSJ SL3520-2018 la Sala adoctrinó:*

“[...] cabe recordar que conforme al artículo 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales (EST) «son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador».

“Son pues empresas cuyo objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución. De esta forma, los empleados en misión son considerados como trabajadores de la empresa de servicio temporal, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.



“Según el artículo 77 ibidem, el servicio a cargo de las EST solo puede ser prestado para: (1) la ejecución de las labores ocasionales, transitorias o accidentales de las que trata el artículo 6.º del Código Sustantivo del Trabajo; (2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, y (3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por un periodo igual.

“Conforme a lo anterior, las EST tienen a su cargo la prestación de servicios transitorios en la empresa cliente, en actividades propias o ajenas al giro habitual de la misma por tiempo limitado. Suele pensarse que las usuarias pueden contratar con las EST cualquier actividad permanente siempre que no exceda el lapso de 1 año; sin embargo, esta visión es equivocada dado que solo puede acudirse a esta figura de intermediación laboral para el desarrollo de labores netamente temporales, sean o no del giro ordinario de la empresa, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios.

“En torno al punto, la doctrina más extendida ha estipulado que «si bien [las empresas de servicios temporales] se ubican dentro de los mecanismos de flexibilidad organizativa, no pueden considerarse estrictamente como una manifestación de la descentralización porque en principio no pueden cubrir necesidades permanentes de la empresa, no pueden sustituir personal permanente. La empresa usuaria o cliente no descentraliza actividades, sino que, al contrario, contrata con una empresa de trabajo temporal el suministro de personal temporal para actividades excepcionales o para un incremento excepcional de su actividad ordinaria ».

“[...]

“Como no se discute que el FNA no demostró un incremento en los servicios que presta en los términos del numeral 3.º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; (...) el Tribunal no erró al calificar los servicios contratados como continuos de la empresa usuaria. No sobra agregar que el juzgador válidamente podía catalogar el servicio como permanente por las dos vías en que lo hizo:

“(1) Cuando el servicio, en sí mismo, no es excepcional y temporal, sino que lo requiere la empresa de manera continua. En este caso, simplemente no puede acudirse al servicio temporal, así sea por un lapso inferior a los 6 meses prorrogables por otros 6. (...).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“(2) Cuando a pesar de que obedece a una situación extraordinaria (p.e. incremento en los servicios), satisfacerlo demanda un tiempo superior a 1 año, en cuyo caso, para el legislador, la necesidad equivale a su permanencia. Es decir, después del periodo máximo previsto en la ley se considera que la necesidad empresarial, debido a su duración, deja de ser ocasional y pasa a considerarse permanente.” (Subrayado fuera de texto).

Al respecto, debe mencionarse que además de las pruebas documentales anteriormente referidas, se practicó en el transcurrir del trámite procesal el interrogatorio de parte del demandante, quien indicó que suscribió contrato por obra o labor determinada con la EST demandada y por orden de ADPOSTAL; respecto a la terminación del vínculo contractual, adujo esa situación no se le informó ni por escrito ni verbalmente, simplemente no lo dejaron ingresar, aceptó que la EST le canceló los salarios y la seguridad social del 1º de diciembre 2014 al 7 de mayo 2015.

De otra parte, manifestó que presentó derecho de petición a las accionadas por medio de correo certificado solicitando información sobre su despido, no obstante, nunca obtuvo respuesta, lo que aconteció en mayo o junio de 2015. Sostuvo que el contrato laboral lo firmó con la EST por solicitud de su jefe de ADPOSTAL, señor ORLANDO PRADA, cuando él trabajaba en un laboratorio que prestaba servicios a 472, el cual se encargaba de hacer todo el manejo de las básculas y la medición de metrología, por lo cual fue citado por el Jefe de Compras Nacionales de 472 para ofrecerle trabajo con ellos, por lo cual le ofreció un contrato durante el periodo de prueba para poderlo vincular ya que el empleo no existía en la estructura de la empresa.

Señaló que el trámite de su contratación lo realizó SERVICIOS POSTALES NACIONALES, pues ellos fueron quienes hicieron la solicitud de su hoja de vida y le dijeron que se acercara a firmar contrato con las personas que manejaban el personal en esa entidad, que eso ocurrió en la oficina de ADPOSTAL, y que la idea inicial era que tendría un periodo de prueba de 3 meses y luego lo contratarían directamente con 472, que esa fue la oferta que le hizo el Jefe de Compras a Nivel Nacional.



En cuanto a la terminación de la relación laboral, dijo que no tenía conocimiento sobre quien ordenó el finiquito de la misma, pues cuando arribó a laborar no se le permitió el acceso y se le informó que debía sostener comunicación con la Gerente de Talento Humano de ADPOSTAL472, quien le preguntó si tenía un padrino político, porque estaban reestructurando la entidad.

Precisó que la empresa con la que estuvo vinculado antes de la EST se llamaba LABORATORIO DE METROLOGÍA DE SERVIDORES BASCULAS Y BALANCES y que sus funciones no cambiaron con la firma del nuevo contrato con la Temporal, pues ese laboratorio era el que le prestaba los servicios a 472 de mantenimiento, certificación y verificación de las básculas que ellos tienen en cada punto a nivel nacional.

Acorde con lo anterior, y tal como lo expuso el juzgador de primer grado, en el presente asunto no se excedió el lapso establecido por las normas que rigen el suministro de personal en misión, pues recuérdese que el actor estuvo vinculado a la empresa usuaria, a través de la EST del 1º de diciembre de 2014 al 7 de mayo de 2015 mediante contrato de obra o labor, es decir, por espacio de cinco (5) meses y seis (6) días, tal como da cuenta el contrato de trabajo y la liquidación de prestaciones anteriormente referida.

No obstante, de acuerdo con los diferentes medios de prueba recaudados en el transcurrir del trámite procesal, se pudo establecer que el cargo para el cual fue contratado el actor se refiere al de Profesional de Procesos Nivel III (Fl. 126 a 127 vto.), a razón del cual desarrolló actividades que tienen que ver con el mantenimiento, certificación y verificación de las básculas que usa la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., labores que indiferentemente de que se trate de actividades propias o ajenas del giro habitual de la misma, no puede perderse de vista que la citada demandada no probó que las mismas se dieron en desarrollo de circunstancias excepcionales por tratarse de trabajos ocasionales, reemplazos de personal ausente o incrementos en la producción o en los servicios, pues tales precisiones ni siquiera están contenidas en el contrato No. 206 suscrito entre las demandadas (Fls. 157 a 162), conforme los lineamientos establecidos para la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

contratación a través de esta figura, y que como se dijo, se encuentran claramente definidos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Aunado a lo expuesto, debe mencionarse que este Juez Colegiado al igual que lo dedujo el fallador de instancia, encuentra que las actividades que desarrolló el promotor están relacionadas con el giro ordinario de la entidad demandada, por ende, no son transitorias.

Ello conlleva, a que sea claro para esta Corporación que dentro del presente asunto se constituyó una indebidamente contratación que deviene en que se tenga a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. como el verdadero empleador del demandante, y por consiguiente OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN la responsable solidaria de las acreencias laborales que se lleguen a causar, como así lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones, siendo una sentencia relevante en la materia la de Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, que expuso:

“Bajo el contexto enunciado, en opinión de la acusación le corresponde en este caso al INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL IFI –CONCESIÓN SALINAS- cancelar a la accionante las prestaciones sociales propias de los trabajadores oficiales.

“Planteamiento que resulta acorde con el criterio doctrinal sentado en la sentencia citada relativo a que frente a la contratación fraudulenta, por recaer sobre casos distintos para los cuales se permite la vinculación de trabajadores en misión, por los artículos 77 de la Ley 50 de 1990 y 13 del Decreto Reglamentario 24 de 1998, o, también, cuando se presenta el desconocimiento del plazo máximo permitido en estos preceptos, sólo se puede catalogar a la empresa de servicios temporales como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C. S. del T., lo cual determina necesariamente que el usuario sea ficticio y por ende deba tenerse como verdadero empleador.

“Ello es así, en tanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, luego los pactos que las infrinjan por ser ilegales o ilícitos se consideran ineficaces, de acuerdo con los principios intrínsecos que contienen los artículos 43 del C.S. del T.; común por su naturaleza tanto para las personas que presten sus servicios en el sector privado u oficial, 2º del Decreto 2615 de 1942 y 18 del Decreto 2127 de 1945, aplicables a los trabajadores oficiales, pero conforme al primero de los preceptos



citados, todo trabajo ejecutado en virtud de un convenio ineficaz, que corresponda a una actividad lícita, faculta al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales.

“Es este entonces el sentido del criterio doctrinal expuesto en la sentencia rememorada, de 24 de abril de 1997, radicada con el número 9435, donde específicamente se dijo, lo siguiente:

“Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión, supone que la E.S.T funcione lícitamente, o por mejor decir que su actividad se halle autorizada por el Ministerio del Trabajo (Ley 50 de 1990, Art. 82), pues de lo contrario la E.S.T. irregular solo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad en los términos del artículo 35-2 del C.S.T, de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta E.S.T. pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3 del citado artículo del C.S.T.

“Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la E.S.T, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia a las respectivas estipulaciones”.

“Bajo los derroteros trazados, en la decisión jurisprudencial aludida, claramente se colige que las entidades del Estado que desconozcan los límites de la contratación de trabajadores en misión también deben ser consideradas como empleadores de acuerdo con las reglas que determinen la clasificación de sus servidores; posición que tiene pleno respaldo en el principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional, toda vez que no puede entenderse nada distinto a que cuando una entidad del Estado contrata irregularmente trabajadores en misión que prestan directamente sus servicios para ella deban ser considerados como servidores suyos.

“Demuestra entonces la acusación que el juzgador de segundo grado se equivocó al considerar que en este caso la contravención del plazo y la prórroga a que se refiere el ordinal 3º del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 no determina que a la demandante se aplique el régimen propio de los trabajadores oficiales. Próspera en consecuencia la acusación. Por tanto, se casará la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión absolutoria de primer grado.”



Tal criterio doctrinal se ha venido manteniendo en el tiempo, como lo es en sentencias SL2037-2020, Radicación No. 47881 del 15 de mayo de 2020, SL178-2020, Radicación No. 66976 del 28 de enero de 2020, SL2710-2019, Radicación No. 58141 del 17 de julio de 2019, entre otras, lo que conduce a que la sentencia de primera instancia sea confirmada sobre este aspecto.

Por tal razón, no resulta de asidero para la Sala el argumento de alzada sostenido por SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., referentes a que no fungió como verdadero empleador del actor, dado que no excedió el plazo máximo estipulado por la norma, pues como vino de verse, esa limitante no es la única que establece la norma, ya que también alude a que dicha forma de contratación solo es posible efectuarla en los tres casos que reseña el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, de ahí, que el contrato comercial que celebraron las demandadas debía precisar tal situación, aspecto que brilla por su ausencia, pues el contrato No. 206 suscrito entre las enjuiciadas, resulta por demás bastante genérico en tal sentido, situación que menos aún se estableció en el contrato de trabajo que suscribió el demandante con la EST accionada; situaciones todas que conlleva a que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN este obligada a responder solidariamente por la integridad de las obligaciones a cargo de la empresa usuaria, en el evento de confirmarse las condenas emitidas.

De la estabilidad laboral reforzada a la fecha de terminación de la relación laboral:

Al respecto, cabe recordar que el actor indicó en el libelo genitor que sufrió accidente laboral en las instalaciones de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., el día 7 de mayo de 2015 y que cuando procedió a radicar los documentos de la incapacidad el día 8 del mismo mes y año en el Departamento de Gestión Humana de la mencionada convocada a juicio, la funcionaria de la accionada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, se negó a recibirlos bajo el argumento que no laboraba con ellos desde el 7 de mayo de 2015, situación que sostiene el actor nunca le fue comunicada formalmente ni de manera verbal ni por escrito.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por su parte; las encartadas en la contestación a la demanda aceptaron lo relativo a la ocurrencia del accidente y el finiquito del vínculo contractual, aspectos que igualmente se corroboran con las documentales de folios 12 y 125, contentivas de Formato de Informe para Accidente de Trabajo del Empleador o Contratante de la ARL POSITIVA y la Liquidación de Contrato de Trabajo, en la que se indica el día 7 de mayo de 2015 como fecha del retiro.

Aunado a lo anterior, la EST en su contestación indicó que entre esa enjuiciada y el actor existió una relación laboral del 1º de diciembre 2014 al 7 de mayo de 2015, la cual finalizó por terminación de la obra o labor contratada por decisión de la empresa usuaria, que es la que finalmente decidía cuando requería el personal en misión.

Acorde con los anteriores supuestos fácticos, y en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas debido a dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si el demandante es beneficiario de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

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

“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En efecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1054-2021 con Radicación No. 69155 de 17 de febrero de 2021, al abordar el tema de la estabilidad laboral reforzada por razones de salud, señaló:

“1. Protección a la situación de discapacidad en materia laboral

No se desconoce que determinar cuándo surge el amparo en materia laboral a una persona en condición de discapacidad, conlleva una labor con determinado nivel de complejidad, por cuanto de la concreción de tal situación y el nivel de dificultad que esta le representa para «autorrealizarse, cambiar la calidad de sus vidas y a intervenir en su ambiente inmediato y en la sociedad» (Ley 361 de 1997), en este caso en el ámbito laboral, dependerá la existencia o no de la protección foral.

La idea expuesta cobra suma importancia en la medida que las personas pueden presentar una condición de salud que no necesariamente implica para el trabajador una situación de discapacidad, y si bien efectivamente generan una incapacidad temporal y que, inclusive puede tener una garantía específica en la normatividad, no implica que lo sea bajo las normas forales de estabilidad laboral reforzada contenidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien, la tutela de la discapacidad, que se enmarca en el reconocimiento a las personas con limitaciones, en consideración a la dignidad humana, como verdaderos sujetos de derecho, obliga a la necesaria integración en todos los ámbitos de la vida social, personal y política, de manera autónoma y sin discriminación. Ello nos invita a que el amparo se dispense en situaciones en las que el trabajador pueda verse discriminado por esa razón. Pero si el nivel de discapacidad no compromete ni afecta su participación plena y efectiva en condiciones de igualdad con los demás, no hay lugar a aplicar el resguardo legal, por lo menos en el campo laboral.

Debe señalarse que la sola consideración de aplicar el amparo a una persona con cierto nivel de discapacidad, aun cuando esta le permita su participación autónoma y plena en el campo laboral, puede considerarse, en sí misma como discriminación, al no reconocerse esa capacidad real que el trabajador posee para desempeñarse en el rol laboral.



Y es que no puede dejarse de lado que los avances científicos y tecnológicos han llevado a que, situaciones que en un pasado pudieron ser consideradas como discapacitantes y que impedían la interacción o integración plena del trabajador, hoy no lo sean, dada la existencia de equipos y ayudas especiales que le permiten ejercer adecuadamente una actividad de trabajo.

*Es por ello que, para otorgar el fuero por discapacidad en el ámbito laboral, **se debe estar ante una situación objetiva**, concretada en un grado de limitación relevante, no inferior a un nivel moderado de discapacidad.”*

2. Discapacidad vs. Incapacidad: situación objetiva para la protección en materia laboral

Esta Sala ha dejado claro que, en lo que respecta a la protección de estabilidad laboral reforzada por razones de salud, se regula por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (CSJ SL058-2021) y también que, no es cualquier situación que se padezca la que activa la garantía foral en el ámbito laboral, por ello ha «adoctrinado que para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento no es suficiente que al momento del despido el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que al menos tuviera una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, SL10538-2016, SL5163-2017, SL11411-2017 y SL4609-2020).

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

(...)

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



Aspectos estos, que fueron reiterados por el órgano de cierre de esta especialidad, en sentencia SL5700-2021, Radicación No. 89595 de 1º de diciembre de 2021, entre otras.

Siguiendo ese mismo sendero, el órgano de cierre de esta especialidad indicó en sentencia SL3846-2021, con Radicación No. 79521 de 25 de agosto de 2021, lo siguiente:

“De otra parte, debe tenerse en cuenta, que el Tribunal apoyado en la jurisprudencia de esta Corte a la que hizo referencia, consideró desde el punto de vista jurídico, que «dicha estabilidad no se otorga con el sólo quebrantamiento de salud o por encontrarse el trabajador en incapacidad médica, pues debe acreditarse la limitación, física psíquica o sensorial», concluyendo luego, que el señor (...) no gozaba de la estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361/97, por lo que la empresa podía culminar dicho vínculo sin la previa autorización del Ministerio del Trabajo.

Tal inferencia, sin lugar a dudas involucra una interpretación del artículo 26 de la referida ley, debiendo acotarse que la intelección y alcance que dio a dicha normativa, se acompasa con la línea de pensamiento de la Sala; en efecto, en reciente providencia CSJ SL711-2021, la Corte sostuvo que los destinatarios del principio de estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no son los trabajadores con cualquier padecimiento físico o sensorial, sino aquellos que en realidad tengan una discapacidad relevante, para lo cual se ha acudido a la misma ley, en el inciso 2º del artículo 5º, en cuanto al tipo de discapacidad a efectos de aplicar las medidas afirmativas allí previstas.

De tal manera, que la mención en esa parte de la norma sobre el grado de discapacidad de moderada, severa o profunda, ha sido el parámetro que ha orientado la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de identificar a los beneficiarios del principio protector, ya que, para la Sala, no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

Y más adelante, en la misma sentencia, se puntualizó:

Ahora bien, aunque la Corte admite libertad probatoria para determinar el grado de discapacidad relevante, lo cierto es que el artículo 1 del Decreto 917 de 1999, señaló expresamente que el Manual de Calificación de Invalidez que se establece mediante dicha norma, se aplica también para valorar la discapacidad a efectos de lo previsto en el artículo 5 de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Ley 361 de 1997. De ello deviene, que aun que se itera existe libertad probatoria para determinar la discapacidad, se estableció un procedimiento objetivo para su calificación.

En ese orden, la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su invalidez, salvo que medie autorización del Ministerio de la Protección Social, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral, cuya acreditación puede darse luego de un análisis integral y conjunto de los diversos medios de prueba, que permitan concluir el conocimiento del empleador sobre las especiales condiciones de salud de su trabajador al momento del fenecimiento contractual, incluso si existe una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 15%, en vigencia de la relación laboral, pero calificada después de su finalización.”.

[...]

“De lo anterior, sin hesitación alguna se puede concluir entonces, que no es cualquier clase de limitación, sino aquella que sea significativa, la que da lugar a que un trabajador sea destinatario del postulado de la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la que en este caso no se demostró, pues no solamente no se emitieron recomendaciones ni restricciones al actor en vigencia del contrato de trabajo para el desempeño de su cargo, por parte de las autoridades de salud, sino que tampoco aparece calificación de su estado de invalidez que permitiera inferir un porcentaje de pérdida de capacidad laboral; luego tampoco incurrió el juzgador de segunda instancia en un yerro jurídico al considerar que en este caso no se requería de autorización previa del Ministerio del Trabajo para proceder al despido unilateral del demandante, por la enjuiciada.” (Negrilla fuera de texto).

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las anteriores circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido, y en tratándose del grado de discapacidad, debe ser si quiera moderado, a lo que se suma es nuestro órgano de cierre decanta que el Juez se encuentra en libertad probatoria para determinarlo en los términos establecidos en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S.



Ahora bien, en consonancia con lo anterior y de acuerdo a la Historia Clínica que reposa en el paginario (Fls. 13 a 16, 19 a 23, 24 a 26, 27 a 41, 44 a 70), y las demás documentales aportadas al plenario, se aprecia que el actor:

- (i) El 7 de mayo de 2015 sufrió accidente de trabajo, cuando se encontraba levantando unas cajas de báscula de un peso, momento en el que presentó dolor fuerte en el hombro derecho, evento que fue reportado el día 8 del mismo mes y año, según el Formato de Informe para Accidente de Trabajo (Fl. 12).
- (ii) Como consecuencia de dicho accidente, el 8 de mayo de 2015 se dirigió a la Clínica de Occidente en donde fue diagnosticado con esguince de hombro (Fls. 13 a 16).
- (iii) Igualmente, se encuentran incapacidad a nombre del promotor del 8 al 11 de mayo de 2015, la que radicó ante la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES en esa misma fecha (Fls. 17 y 18). Asimismo, obran incapacidades médicas del 27 al 30 de mayo de 2015 y del 8 de septiembre de 2017 por 30 días (Fls. 21 y 70).
- (iv) Recomendaciones laborales de 28 de enero de 2016 (Fl. 42 a 43).
- (v) Comunicación adiada el 15 de junio de 2021, dirigida al actor por parte de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS en la que le informa que evidenció siniestro No. 191770931 de 07/05/2015 bajo los diagnósticos CONTRACTURA MUSCULAR EN HOMBRO DERECHO M624 y RUPTURA INTRASUSTANCIA A NIVEL DE LA HUELLA DE INSERCIÓN DEL SUPRAESPINOZO HOMBRO DERECHO S460 de origen laboral, respecto del cual se emitió Dictamen No. 2223606 de 19 de agosto de 2020 en el que le fue calificada PCL en 13.22% con fecha de estructuración de 11 de junio de 2020.

Del anterior recuento se puede concluir que la patología generada a razón del accidente de trabajo acaecido el 7 de mayo de 2015, y que fue reportado el día siguiente, es decir, el 8 de mayo de la misma anualidad, le fue tratada al promotor entre mayo de 2015 y septiembre de 2017, como dan cuenta la historia clínica visible a folios 13 a 70, las incapacidades y las recomendaciones



médicas. Por otro lado; y como consecuencia del aludido suceso fue emitido Dictamen el 19 de agosto de 2020, en donde le fue determinada una PCL del 13.22% con fecha de estructuración de 11 de junio de 2020.

De modo tal, que resulta evidente que los diferentes tratamientos, recomendaciones y el dictamen médico fueron emitidos con posterioridad a la fecha del finiquito del vínculo laboral; es decir, después del 7 de mayo de 2015, situación de la que señala el actor solo se enteró después de regresar de la incapacidad emitida del 8 al 11 de mayo de esa anualidad, esto es, el 12 de mayo, no obstante haber manifestado en el interrogatorio de parte que rindió, que desde el día 8 de ese mes y anualidad, había tenido inconvenientes con la radicación de la citada incapacidad ante la EST, la que fue emitida el mismo día en que se realizó el reporte del accidente y fue atendido en la Clínica de Occidente a razón del mismo.

En punto de lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que el demandante en los hechos del escrito inaugural manifestó que el argumento de la funcionaria de la Temporal para no recibirle la citada incapacidad el 8 de mayo de 2015, era que él ya no laboraba con ellos desde el día 7 de mayo de ese mismo año; sin embargo, en la petición que dirigió a la EST encartada en marzo de 2016, señaló en el numeral sexto de ese escrito que el pluricitado 7 de mayo de 2015 en la oficina de Recursos Humanos de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., le solicitaron firmar carta de renuncia a lo cual se rehusó (Fls. 74 a 78).

Luego, tales aseveraciones provenientes del mismo demandante conllevan a concluir que para el momento en que concurrió a la oficina de Recursos Humanos, aún no había ocurrido el accidente laboral; por ende, no puede deducirse que la razón de la terminación del vínculo laboral fueran los quebrantos de salud generados como consecuencia del accidente.

Razonamiento que guardan correspondencia con la declaración que rindió el actor en el estrado judicial de origen, el cual al ser indagado sobre la terminación del contrato laboral, sostuvo que no tenía conocimiento de quien ordenó dicho despido, ya que cuando pasó el carné para ingresar como de costumbre no pudo acceder por lo que le dijeron que hablara con la Gerente de Talento Humano de 472, la cual le mencionó que si no tenía algún padrino



político, porque estaban en reestructuración, situación que señaló fue corroborada por su jefe directo, precisando que no le dijeron nada más.

Puestas así las cosas, se puede colegir que si bien las convocadas a juicio tuvieron conocimiento del accidente de trabajo y de la primera incapacidad otorgada al actor en mayo de 2015 como consecuencia de ese suceso, también lo es que el mismo actor señaló que le informaron otros motivos de terminación, como es la reestructuración, además los tratamientos y las recomendaciones médicas, junto con el dictamen fueron originados con posterioridad al retiro, actuaciones de las cuales no obra prueba de que las accionadas tuvieran conocimiento como lo expuso la EST demandada en su alzada; por lo que contrario a lo decidido por el fallador de primer grado, a juicio de esta Corporación y atendiendo las reglas emanadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se dieron los presupuestos mínimos para la configuración de la estabilidad laboral reforzada que se depreca en el *sub examine*.

Y es que si bien el diagnóstico que aquejó al demandante no resulta de menor importancia; también lo es, que a consecuencia de este no se advierte que se haya derivado una condición que pueda entenderse como una discapacidad siquiera moderada, máxime si se tiene en cuenta que atendiendo la carga de la prueba y el libre convencimiento de la misma al tenor de lo consagrado en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S., lo único que refleja del acervo probatorio es que fue calificado el 19 de agosto de 2020 con una PCL del 13.22% con fecha de estructuración del 11 de junio de 2020, es decir, en fecha muy posterior a la terminación del contrato.

Situación que no tiene incidencia alguna, pues recuérdese que conforme la jurisprudencia traída a colación no es cualquier estado de salud el que activa la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino aquella que resulte relevante y que exponga al trabajador a una situación de discriminación que en el caso concreto no se demostró.

Y es que no basta que se pretenda configurar la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el hecho de que la empresa tenga conocimiento de las afectaciones de salud del trabajador o que se encuentre en



incapacidad, sino que además debe existir total certeza de la limitación o limitaciones para el momento del finiquito, e incluso con posterioridad a este, limitaciones que deben gozar de plena credibilidad y ser relevantes para la configuración de una discapacidad siquiera moderada, pues es allí precisamente que se invierte la carga de la prueba para que sea la pasiva quien refute lo de su cargo, presupuestos todos que no sucedieron dentro del presente asunto, lo que llevará a revocar la decisión del juez de primera instancia en lo referente al tema aquí analizado.

Como corolario de lo anterior, se absolverá a las demandadas de las pretensiones relacionadas con la ineficacia del despido, el reintegro deprecado y el pago de las demás acreencias reclamadas en el capítulo de pretensiones principales de la demanda y su subsanación; en consecuencia, se recovarán los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primer grado, referentes a la concesión de la estabilidad laboral reforzada deprecada por el demandante, el reintegro, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social, desde el 7 de mayo de 2015 y el pago de la indemnización de 180 días de salario ordenada por el fallador de instancia; junto con el numeral séptimo de la sentencia impugnada, referente a la condena solidaria de la ETS, por las razones anteriormente expuestas.

Del pago de la Indemnización por Despido sin Justa Causa y la Excepción de Prescripción.

Como quiera que el demandante en el escrito de subsanación de la demanda, de forma subsidiaria solicitó el pago de la indemnización por despido sin justa causa, establecida en el artículo 64 del C.S.T., en caso de no prosperar la pretensión relacionada con el reintegro (Fl. 96), la que como vino de verse no salió avante, resulta procedente estudiar dicho pedimento; sin embargo, previo a avanzar con dicho análisis se hace necesario examinar si en el presente asunto y en especial sobre tal solicitud operó el fenómeno prescriptivo.

Al respecto, se remite este juez colegiado al escrito que obra a folios 71 a 73, con el cual el promotor elevó reclamación a la demandada SERVICIOS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

POSTALES NACIONES en junio de 2015 solicitando el reintegro y el pago de salarios y parafiscales desde el despido hasta el reintegro; no obstante, nada se petitionó sobre el pago de la aludida indemnización, y menos aún, tampoco nada se dijo en la petición que dirigió en marzo de 2016 a la EST demandada; en consecuencia, y a juicio de la Sala con dichos escritos no se interrumpió la prescripción del derecho que aquí se reclama, esto es, de la indemnización por despido sin justa causa, pues se encuentra superado el término establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T. en concordancia con lo preceptuado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., ya que como se expuso anteriormente, el contrato de trabajo finalizó el 7 de mayo de 2015 y la presente demanda se impetró el 11 de mayo de 2018 (Fl. 93).

En consecuencia, se declara probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONES S.A. la que se determinó como el verdadero empleador del actor, como se expuso previamente, lo que conlleva a la absolución de las demandadas en ese puntual aspecto.

Como corolario de lo anterior, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia emitida el 3 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, de las pretensiones relacionadas con la ineficacia del despido a razón de la estabilidad laboral reforzada deprecada por el demandante, el reintegro, el pago de salarios,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

prestaciones sociales, vacaciones, aportes al Sistema General de Seguridad Social y el pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

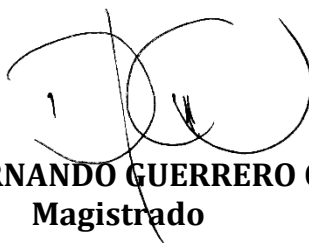
SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, del pago de forma solidaria de las condenas impartidas en la sentencia de primer grado, por los motivos anteriormente expuestos.

TERCERO: DECLARAR PROBADA la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., frente a la indemnización por despido injusto, por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

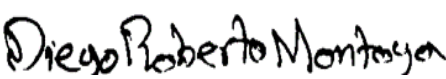
CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

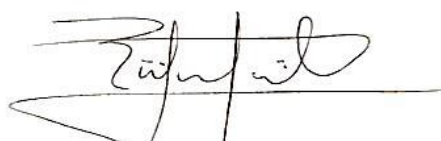
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 37 2020 00412 01
Demandante: MARTHA LUCIA MÉNDEZ CASTILLO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, identificada con cédula de ciudadanía 1.140.887.921 y T.P. 369.821 C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES

1.1 DE LA DEMANDA:

La señora MARTHA LUCIA MÉNDEZ CASTILLO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente se declare que la afiliación efectuada en el mes de noviembre de 1994 por la demandante es nula o ineficaz por engaño y asalto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

en la buena fe al inducirla en error, y que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado en su cuenta de ahorro individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

En respaldo de sus pretensiones, refirió que efectuó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 1990 y el 30 de noviembre de 1994, acumulando 184,71 semanas cotizadas en el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; que cuando laboraba en la empresa fue visitada por los asesores de PORVENIR.S.A. presentándole el nuevo régimen pensional.

Que, el asesor comercial de PORVENIR S.A. convenció a la demandante para trasladarse de régimen argumentándole que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que su derecho pensional se perdería, aunado a ello que tendría mayores rendimientos, podía pensionarse en el momento que quisiera, sin que se le haya informado del derecho de retracto que le asiste.

Precisa que el 17 de abril de 2020, elevó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la ineficacia o la nulidad de la afiliación efectuada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, solicitud que fue negada por dicha entidad, y elevó derecho de petición en la AFP PORVENIR S.A. el 12 de marzo de 2020, solicitando la declaratoria de ineficacia o nulidad de la afiliación, pero dicha solicitud fue desatada de forma desfavorable.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el traslado de régimen pensional



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia decidió suscribir el formulario de afiliación cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004, C-789 de 2002 y el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal 13 de la Ley 100 de 1993, adicional a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad límite de pensión

Formuló las excepciones tales como la aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, resaltando que la actora realizó un acto válido y exento de vicios del consentimiento; que su vinculación operó de forma libre y voluntaria, máxime que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; esgrime que se brindó información clara, veraz y oportuna con elementos de juicio objetivo según el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, normativa que contiene el deber de información oponible a las AFP al momento en que se materializó el traslado del régimen.

Propuso las excepciones de fondo denominadas prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 17 de noviembre de 1994, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo todos los valores contenidos junto con los rendimientos financieros causados y a su vez ordena COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada del Régimen de Prima



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Media con Prestación Definida, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y no las condeno en costas.

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con los postulados legales y jurisprudenciales emanados de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral sentencias relevantes como la SL 1452, SL 1688, SL 1689 de 2019, se termina que la obligación del deber de información existía desde la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, y se entiende que la persona solo toma la decisión libre y voluntaria cuando está precedida de la debida información a través de la ilustración de las características, condiciones acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ya que el formulario de afiliación no es suficiente para dar por cumplido el deber de información, a lo sumo solo demuestra voluntad del afiliado.

Infiere que el deber de carga de la prueba de demostrar el cumplimiento del deber de información recae en las AFP quienes tiene la obligación de cumplir con su objeto social de manera diligente y con el debido cuidado conforme al artículo 1604 del Código Civil, por ende se determina la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional según lo dispuesto en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, máxime que en el interrogatorio de parte de la demandante no se avizora confesión alguna.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la ineficacia de la demandante, ya que en el interrogatorio de parte y a su criterio personal la demandante si tenía conocimiento del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando manifestó que el monto de su mesada pensional dependía de lo ahorrado en su cuenta individual, expectativa de vida y conocía los requisitos para pensionarse en ambos regímenes y por ende firmo el formulario de afiliación con la información allí consentida.

Máxime que la demandante aspira a beneficiarse con su falta de diligencia, pues era su obligación verificar la información que le hubieren suministrado, ya que el desconocimiento de la ley no es excusa y no manifestó inconformidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

sino hasta tuvo 26 años después de afiliada y se encontraba inmersa en la prohibición de traslado según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, acotando además que la inconformidad de la actora solo surge por el monto de su mesada pensional.

Esgrime que debe tenerse en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 que compacta las reservas del sistema pensional, ya que este afecta significativamente el sistema financiero del Régimen de Prima Media teniendo en cuenta la validación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

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

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



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

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

“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

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

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

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

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 17 de noviembre de 1994 a la AFP PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de*

información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, y que el motivo de su vinculación con las AFP fue porque aludieron el argumento que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar; por ende, de sus dichos no se puede obtener una afirmación de que a la actora se le hubiesen suministrado las condiciones necesarias de entendimiento de los regímenes pensionales así como las ventajas y desventajas del traslado. Menos aún que, tal como lo aduce COLPENSIONES, la actora haya contado con los conocimientos específicos para adoptar una decisión libre y voluntaria.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado



		acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón al a-quo al declarar la ineficacia del traslado.

Debe acotarse que respecto de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no efectué la devolución de los gastos de administración que deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, lo cual también se predica de los seguros previsionales, montos que en todo caso deben ser asumidos por la AFP de su propio pecunio en el evento de no conservarlos.

Ahora bien, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su totalidad la sentencia referente a la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

RESUELVE:

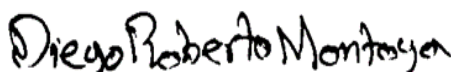
PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 29 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

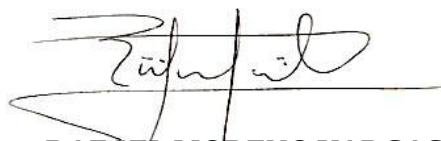
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 **38 2019 00755 01**
Demandante: CLODOMIRO SOLER MORA
Demandado: MARÍA ELENA GÓMEZ, OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ
 GÓMEZ, JUAN PABLO VELÁSQUEZ GÓMEZ y SILVIA
 ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, en calidad de herederos
 del señor GUILLERMO VELÁSQUEZ (q.e.p.d.).
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

SENTENCIA:

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor CLODOMIRO SOLER MORA promovió demanda ordinaria laboral en contra de MARÍA ELENA GÓMEZ, OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ GÓMEZ, JUAN PABLO VELÁSQUEZ GÓMEZ y SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, en calidad de herederos del señor GUILLERMO VELÁSQUEZ (q.e.p.d.), con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo con el causante cuyo extremo inicial fue el 1º de enero de 1995, así como que del mismo ocurrió una



sustitución patronal respecto de la señora SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, vínculo laboral que finalizó el 27 de agosto de 2019.

Asimismo, se declare la finalización del contrato de trabajo culminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la señora SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, y que se le adeuda el auxilio cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones durante todo el tiempo que perduró la relación laboral, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones sobre algunos interregnos, sanción por la no consignación de las cesantías al correspondiente fondo y la indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales.

Por consiguiente, se le condene a los demandados al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones, intereses a las cesantías, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, sanción por la consignación de las cesantías de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por despido sin justa causa contemplado en el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales dispuesta en el artículo 65 de la misma disposición normativa e indexación, más lo que resulte probado en uso de las facultades de manera *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que prestó servicios personales en beneficio del señor GUILLERMO VELÁSQUEZ (q.e.p.d.), a partir del 1º de enero de 1995, pactándose el contrato de trabajo de manera verbal, con la finalidad de desempeñarse como encargado de la finca “San Isidro”, ubicada en la vereda San Jorge del Municipio de Restrepo – Meta.

Indicó que la remuneración pactada ascendió a la suma de un S.M.L.M.V., al igual que su actividad consistía en la limpieza y mantenimiento de cercas y potreros y el cuidado de los animales de la finca, entre otras funciones propias del cargo.

Que recibía órdenes de su empleador, señor GUILLERMO VELÁSQUEZ, así como de la cónyuge, esto es, la señora MARÍA ELENA GÓMEZ. Indicó que cumplió las órdenes con los elementos suministrados por su empleador y a finales del año 2017 el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ falleció.

Expuso que a partir del fallecimiento la empleadora fue la señora MARÍA ELENA GÓMEZ, manteniéndose las mismas obligaciones contractuales que venía sosteniendo con el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ; finalmente que la empleadora finalizó la relación laboral sin justificación alguna.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Los sujetos demandados contestaron la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentaron que el demandante suscribió contrato escrito con fallecido señor GUILLERMO VELÁSQUEZ cuyo extremo inicial fue el 1º de enero de 2010, al igual que existieron varios contratos de trabajo a término fijo, finalizándose el último el día 24 de agosto de 2019 por cuanto el actor presentó de manera voluntaria renuncia al cargo, aunado a que al señor CLODOMIRO SOLER MORA siempre le fueron canceladas sus acreencias laborales en legal orden.

Formularon las excepciones denominadas inexistencia de las obligaciones demandadas, actuación temeraria, cobro de lo no debido, mala fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de agosto de 2021 absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que si bien obra dentro del plenario una certificación suscrita por la demandada SILVIA ELENA VELÁSQUES GÓMEZ que advierte que el demandante laboraba en la finca “San Isidro” desde el año 1995, lo cierto es que del reporte de semanas que acreditara el mismo actor, se aprecian cotizaciones por cuenta de empleadores diferentes al señor GUILLERMO VELÁSQUEZ y del mismo demandante como independiente, y fue tan solo a partir del mes de enero de 2008, que el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ realizó aportes como empleador; circunstancia por la cual, la certificación emitida por la señora SILVIA ELENA VELÁSQUES GÓMEZ no se ajusta a la realidad procesal.

Que también obran en el informativo diferentes contratos de trabajo a término fijo para los periodos comprendidos entre enero y diciembre de 2012, enero y diciembre de 2013, enero y diciembre de 2014 y entre enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, así como liquidaciones de prestaciones sociales definitivas para los periodos ya reseñados, las cuales advierten que finiquitaron cada uno de los vínculos contractuales, junto con planilla de pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, constancia de pago de consignación de cesantías y carta de renuncia presentada por el demandante el día 24 de agosto de 2019.

Seguidamente, expuso el actor que con las pruebas documentales y los testimonios e interrogatorios de parte practicados dentro del presente asunto, se logró acreditar la prestación personal del servicio del demandante, inicialmente en favor del fallecido señor GUILLERMO VELÁSQUEZ, y con ocasión al fallecimiento, al servicio de la señora SILVIA ELENA VELÁSQUES GÓMEZ, no obstante dicha prestación sucedió en el marco de varios contratos de trabajo a término fijo que se verificaban anualmente, así como que el cargo desempeñado fue el de Administrador de la finca “San Isidro” con un salario equivalente a un S.M.L.M.V. para cada una de las vinculaciones acreditadas, las que por demás se extendieron hasta el 24 de agosto de 2019.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Por tal razón, no se acreditó la existencia de una única relación laboral como lo pretendía el demandante, al igual que no se logró demostrar una sustitución patronal con la señora SILVIA VELÁSQUEZ GÓMEZ por cuanto lo que se presentó fueron varios contratos de trabajo a término fijo, por lo que no es dable acceder a las súplicas de la demanda, máxime si se tiene en cuenta que las últimas vinculaciones contractuales que tuvo el actor a término fijo fueron debidamente liquidadas.

Por último, adujo que atendiendo las facultades *ultra y extra petita* de que trata el artículo 50 del C.P.T y de la S.S. y los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si lo pretendido en la demanda hubiese sido la revisión de cada una de las vinculaciones contractuales o de alguna de ellas en particular, así debió plantearse la acción ordinaria, sin que sea procedente como operador judicial modificar el interés de la parte demandante cuando reclama la existencia de una única relación laboral por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 1995 y el 27 de agosto de 2019, respecto de la cual derivan el restante de pretensiones deprecadas en el líbello introductorio, de ahí que no haya prosperidad a ninguna de las súplicas.

III. RECURSO DE APELACIÓN:

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó que no se realizó un pronunciamiento sobre la tacha de los testigos, sin dar aplicación a lo regulado en el C.S.T., pese a ello no se dio credibilidad a los testigos, en tanto el señor JUAN DE JESÚS SOLER dijo que el actor nació en la finca en 1998 y lo aseverado por la señora MARIELA SIERRA, quien fue su compañera permanente.

Refiere que si bien el certificado laboral contiene un yerro en el extremo inicial, dicha situación no debe afectar los intereses del actor, máxime que se le debe dar plena credibilidad probatoria a la certificación laboral que emitiera la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

demandada SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, más aún cuando no fue tachado de falso, acotando además que la renuncia no debió ser tomada en cuenta, más aún cuando el actor aseveró no saber leer.

Que se desconoció la afiliación que se le realizó al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el mes de diciembre de 1999, la cual no es dable que se estime que solo operó durante un mes.

Asimismo, indicó que debe tenerse en cuenta la prueba de historial de aportes emitida por la EPS SALUDCOOP EN LIQUIDACIÓN, la cual acreditó una afiliación en salud a partir del 1º de diciembre de 1999 cuya finalización lo fue el 31 de enero de 2008.

Que en igual sentido, al desconocerse la relación laboral, el parágrafo del artículo 64 del C.S.T. establece la ineficacia del despido por el no pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, la cual es aplicable teniendo en cuenta que al constituirse el contrato por más de catorce años, se acredita que el empleador actuó de mala fe.

Finalmente que si no se acreditó la sustitución patronal, el Juez debe garantizar los derechos del trabajador, decretando pruebas de oficio a fin de establecer aspectos como la afiliación en calidad de independiente.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si entre el demandante y el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ (q.e.p.d.), existió un contrato de trabajo a partir del 1º de enero de 1995, finalizado el 27 de agosto de 2019, vínculo contractual que fue sucedido patronalmente por la demandada SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ, con ocasión del deceso del primer empleador.

De prosperar lo anterior, la Sala se adentrará a determinar si resulta procedente el reconocimiento y pago de las pretensiones de carácter condenatorio formuladas por el demandante.

c. Del caso en concreto.

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

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Ahora bien, debe acotarse en primer lugar, tal como lo señaló el *a-quo*, que en el supuesto fáctico de la demanda, se adujo la existencia de un único e ininterrumpido contrato de trabajo, el cual inició el 1º de enero de 1995, fungiendo como empleador el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ (q.e.p.d.), presentándose una sustitución patronal respecto de la empleadora SILVIA ELENA VELÁSQUEZ GÓMEZ desde la fecha del deceso del primer empleador, esto es, según los hechos de la demanda, *“a finales del año 2017”*, vínculo laboral que feneció el 27 de agosto de 2019, *“por decisión unilateral por parte de la demandada SILVIA ELENA (sic) VELÁSQUEZ GÓMEZ”* (Fl. 139 expediente digital).

En ese orden de ideas, le correspondía al actor acreditar la prestación personal del servicio en los términos antes expuestos. Sobre tal aspecto la parte recurrente adujo que la prueba testimonial dio cuenta de la existencia del contrato de trabajo, ello de lo aseverado por los testigos JUAN DE JESÚS SOLER y MARIELA SIERRA, sin que además el *a-quo* haya dado cumplimiento al trámite de la tacha de sospecha formulada.

Sobre tal punto de censura, se tiene inicialmente que la tacha de sospecha fue presentada por la apoderada de la parte demandada a efectos de restar credibilidad a los dichos del testigo JUAN DE JESÚS SOLER, frente a lo cual el *a-quo* señaló que en la oportunidad procesal pertinente verificaría la valoración pertinente, toda vez que la tacha se formuló en la oportunidad regulada por el C.G.P., decisión contra la cual no se formuló recurso alguno por la parte demandante.

De otra parte el señor JUAN DE JESÚS SOLER SIERRA, refirió tener 22 años y ser hijo del demandante, aseveró que el actor laboró en la finca del señor GUILLERMO VELASQUEZ, desde que tiene conocimiento por cuanto nació en la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

finca en el año 1998, de otra parte aseveró no constarle el salario devengado, y que él salió de la finca en el año 2016 cuando se fue a prestar el servicio militar. Refirió que la labor se prestó de manera ininterrumpida desde 1998. Aseveró que las órdenes las daba el señor GUILLERMO VELASQUEZ y posteriormente la señora SILVIA VELÁSQUEZ GÓMEZ, cuando asumió la dirección de la finca, sin recordar la fecha exacta. Señaló además no conocer el motivo por el cual dejó de prestar el servicio.

De otra parte la testigo MARIELA SIERRA RODRÍGUEZ, quien fue compañera permanente del actor, separándose en el año 2007. Señaló que el actor laboraba en “la palmera”, la cual era una empresa, sin conocer el tiempo que laboró; posteriormente renunció a efectos de trabajar con el señor GUILLERMO VELÁSQUEZ en la finca “San Isidro”, época en la cual ella estaba embarazada de su hijo JUAN DE JESÚS SOLER, lugar en el que trabajó con él hasta enero de 2007, refiriendo que en alguna ocasión regresó a la finca a visitar a su hijo JUAN DE JESÚS SOLER, sin recordar la fecha. De igual manera aseveró que el actor le comentó que la señora SILVIA VELÁSQUEZ le pidió la finca. Señaló además que el actor no tuvo otros trabajos y que ella presentó demanda por sus derechos laborales y no obtuvo pago, siendo desconocidos sus derechos.

De igual manera la apoderada de la parte demandada formuló tacha de sospecha frente a sus dichos, frente a lo cual el Juzgador de primera instancia dispuso que en la oportunidad procesal pertinente realizaría la valoración probatoria pertinente, decisión que nuevamente no fue objeto de recurso.

Ahora bien, *a contrario sensu* de lo referido por el recurrente, la decisión que el *a-quo* adoptó frente a la tacha de sospecha, en manera alguna sustentó en tal aspecto, su decisión de no encontrar acreditada la existencia de un único contrato de trabajo. En efecto, en manera alguna al proferir sentencia y realizar la valoración probatoria, adujo que restaba credibilidad a los dichos de los testigos por los motivos que sustentaron la tacha, pues la decisión absolutoria se sustentó en que no se acreditó la existencia de un solo vínculo laboral,

acreditándose de la prueba documental que el actor suscribió varios contratos de trabajo e incluso que estuvo afiliado por otros empleadores y de manera independiente en algunos interregnos.

De tal manera, que el hecho de no haberse pronunciado en la sentencia lo atinente a la tacha de sospecha, lo cierto es que no desconoció la prueba testimonial, por ende, no se avizora que la sentencia deba ser revocada por haberse tramitado la tacha de conformidad con el artículo 211 del C.G.P., decisión frente a la cual no se interpuso recurso alguno; de hecho, al no haber sustentado la decisión en descartar por sospecha los testimonios, implicó que los mismos fueron valorados.

Ahora bien, estima la Sala atendiendo el alcance de la apelación, que los testimonios rendidos por JUAN DE JESÚS SOLER SIERRA y MARIELA SIERRA RODRÍGUEZ, no acreditan la existencia de un solo contrato de trabajo con vigencia entre el 1º de enero de 1995 y el 27 de agosto de 2019. Ello en tanto el señor JUAN DE JESÚS SOLER SIERRA, afirmó que el contrato inició en el año 1998, anualidad de su nacimiento, no obstante resulta evidente que no le consta lo atinente a la prestación del servicio por la edad que ostentaba para dicha época.

De otra arte afirmó que salió de la finca en el año 2016 para prestar el servicio militar, no obstante lo cual, reiteró que la prestación personal del servicio fue ininterrumpido, sin dar razón del conocimiento de sus dichos entre los años 2016 al 27 de agosto de 2019, cuando el actor asevera terminó el único contrato de trabajo vigente desde 1995, data inicial señalada en la demanda que también dista de la señalada por el testigo.

De igual manera el deponente aseveró constarle que tras el deceso del señor GUILLERMO VELÁSQUEZ, la finca quedó a cargo de la señora SILVIA VELÁSQUEZ, esto a fin de corroborar la sustitución patronal aducida en la demanda, sin embargo, se tiene que el deceso acaeció el 21 de julio de 2017,

según el Registro Civil de Defunción, esto es, con posterioridad a cuando el testigo se retiró de la finca a prestar el servicio militar.

En igual sentido, la deponente MARIELA SIERRA RODRÍGUEZ, solo tiene conocimiento hasta enero de 2007, toda vez que aseveró que en dicha data terminó la relación sentimental con el actor, y se retiró de la finca, señalando solo visitas esporádicas a su hijo JUAN DE JESÚS SOLER, por ende tampoco es dable extraer de sus dichos la existencia de un único contrato de trabajo, ni mucho menos la existencia de la alegada sustitución patronal en el año 2017.

En ese orden de ideas, los argumentos del recurrente a efectos que se acredite la relación laboral alegada por el actor no tienen vocación de prosperidad, en tanto la prueba testimonial no logra formar el convencimiento de la Sala de conformidad con lo antes expuesto.

De otra parte, alega el recurrente aduce que el certificado laboral acredita la relación laboral, sin que el yerro en el extremo inicial deba afectar los intereses del trabajador, más aún cuando no fue tachada de falsa.

Sobre el particular se tiene que se aportó el certificado emitido el 27 de julio de 2019 por la señora SILVIA ELENA VELÁSQUEZ, en el cual se certifica que el actor labora como Administrador de la finca desde 1995, la cual además se suscribe por la referida señora, aduciendo su calidad de Administradora y Representante Legal del Edificio Tiyuca Plaza Propiedad Horizontal (Fl. 14 expediente digital).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2327-2021, Radicación No. 85541 del 18 de mayo de 2021, señaló:

“Sobre las certificaciones expedidas por el empleador, de manera pacífica se viene sosteniendo por esta Corporación, desde la sentencia CSJ SL, 8 marzo 1996, radicación 8360, reiterada entre otras en la CSJ SL, 30 abril 2013, radicación 38666, que:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

“El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.

Ahora bien, a Juicio de la Sala el certificado laboral no acredita *per se* la existencia de un único contrato de trabajo, pues da cuenta que el actor se desempeña como Administrador, sin aclarar si lo ha hecho en virtud de un único contrato a término indefinido desde el año 1995, data inicial que dista incluso de la aseverada por el actor en el interrogatorio de parte, siendo dable incluso que la vinculación certificada se haya desarrollado mediante varios contratos de trabajo, tal como lo indica la restante prueba documental aportada.

En efecto, el hecho de haberse certificado que el actor presta el servicio desde el año 1995, no implica desconocer las otras pruebas documentales que dan cuenta que el actor suscribió varios contratos de trabajo, el último de ellos a término fijo del 1º de enero de 2016 (Fl. 37), aportándose además contratos anteriores y correspondientes a los años 2010 a 2012 (Fl. 108), 2013 (Fl. 93) y 2014 a 2015 (Fl. 76), así como las liquidaciones definitivas de los mismos (Fls. 81, 87, 89, 90, 95 y 109), acotándose que en las liquidaciones de los años 2016, 2017 y 2018, se señaló que el contrato de cada anualidad terminó por renuncia del trabajador, documentales que no fueron redargüidas de falsas.

De tal manera, que la certificación no expresa que se haya tratado de una única relación laboral, y de su análisis con el restante material probatorio, permite concluir a la Sala que el accionante suscribió varios contratos de trabajo,

máxime que, se reitera, la prueba testimonial no acredita lo pretendido por activa.

En ese mismo orden de ideas la afiliación que se le realizó al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la EPS SALUDCOOP de diciembre de 1999, no acredita la existencia de una única relación laboral entre los años 1995 y 2019, como se pretendió en la demanda.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha adoctrinado que cuando se pretende la declaratoria de un único contrato de trabajo, y se acredita la existencia de varios de tal naturaleza, se deben analizar las pretensiones con respecto al último. Así en sentencia SL866-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, señaló:

“En efecto, sobre este aspecto, la Sala ha sido enfática en señalar que, cuando las pretensiones están cimentadas en una relación laboral y se acredita que existió solución de continuidad, se debe tomar, con el fin de examinar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes, pues, si bien el demandante es quien marca el tema decidendum en materia de los juicios del trabajo y de la seguridad social, lo cierto es que el juez puede proceder a ello en virtud de la capacidad de fallar minus petita.

Así lo determinó la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL5165-2017, rad. 45183, cuando indicó que:

[...] recuerda la Corte que ha sido criterio de esta Corporación, que en asuntos como el presente, en que las pretensiones están cimentadas en una única relación laboral, se debe tomar para reexaminar las condenas, el último vínculo de carácter laboral continuo que ató a las partes”.

Pese a lo anterior, el *a-quo* consideró que no era dable analizar los derechos derivados de los contratos de trabajo, por cuanto tal pretensión no fue deprecada en la demanda y carece de las facultades *ultra y extra petita* por no haberse discutido tal situación, consideración que se aleja del precedente jurisprudencial antes esbozado, por lo cual se debe proceder al análisis de las pretensiones respecto del último contrato de trabajo, que atendiendo las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

liquidaciones aportadas, en las cuales se señaló la renuncia del trabajador, correspondería del 1º de enero al 27 de agosto de 2019, respecto del cual también se aportó la liquidación definitiva de prestaciones sociales (Fl. 50), solucionándose lo atinente al auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y compensación de vacaciones, evidenciándose además que se cancelaron en su integridad los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones (Fl. 17), lo cual además implica emitir decisión absolutoria respecto de la sanción moratoria.

Finalmente aduce el censor que el despido es ineficaz de conformidad con el párrafo del artículo 64 del C.S.T., toda vez que establece tal consecuencia por el no pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social, y al constituirse el contrato por más de catorce años, se acredita un actuar de mala fe, pretensión de ineficacia que no fue deprecada en la demanda, máxime que no debe soslayarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1320-2021, Radicación No. 77492 del 14 de abril de 2021, señaló que *“De acuerdo con la doctrina de esta Corporación, el incumplimiento de lo preceptuado en la norma transcrita no genera la ineficacia del despido, ni el restablecimiento del contrato [...] la finalidad de la norma es garantizar el pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales, que no la estabilidad en el empleo”*.

Aunado a lo anterior, no se tachó de falsa de carta de renuncia que el mismo demandante en el interrogatorio de parte, si bien aseveró no saber leer, reconoció ser suya la firma impuesta en la misiva, por lo cual no se acreditó el hecho del despido, máxime que la testigo MARIELA SIERRA RODRÍGUEZ se constituye en testigo de oídas sobre este particular, por lo cual no tiene vocación de prosperidad la indemnización por despido injusto.

Así las cosas, la decisión de primer grado se confirmará, pero por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Laboral

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 **005 2019 00 423 01**
Demandante: MARIO CABRERA VERA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

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

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA, identificada con cédula de ciudadanía 1.014.208.534 y T.P. 305.872 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor MARIO CABRERA VERA, formuló demanda en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., fundamentada en contener elementos de vicio del consentimiento como error y dolo, así como en el incumplimiento del deber de información de la citada AFP al momento del traslado de régimen.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, condenar a la AFP por perjuicios morales de acuerdo al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que al estar vigente la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el demandante pueda pedir el reconocimiento de su pensión a través de COLPENSIONES, y por último lo demás que resultare probado según las facultades *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Sostiene el accionante como fundamento de sus pretensiones que nació el 18 de febrero de 1956 teniendo 62 años de edad, que estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, desde 1980 hasta 1999 año de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A., motivado por los múltiples beneficios que le presentó el asesor de dicha AFP al momento de afiliarlo.

Acto seguido manifiesta que la información que recibió por parte de PORVENIR S.A. no fue completa y veraz, pues le dijeron que iba a poder pensionarse a la edad que él deseara, con el monto que quisiera, solicitar la devolución de los aportes en su cuenta de ahorro individual en cualquier momento omitiendo señalar como lograr lo anterior y en qué circunstancias podría darse, así como pasando por alto las desventajas del Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad, las características de ambos regímenes pensionales, los requisitos para pensionarse, y la existencia de un régimen de transición.

Finalmente, menciona que lo más grave es que no se le informó que su mesada pensional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad iba a ser mucho menor que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ya que mediante un cálculo se tiene que la pensión en el régimen privado es de \$1'608.400, mientras que en el régimen público sería de \$4'519.788.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, al considerar que no hay prueba aportada por el demandante que sostenga sus declaraciones, es más, se evidencia que su afiliación a PORVENIR S.A. fue libre, consciente y sin presiones siendo esta válida, y así mismo que está inmerso en la prohibición legal para trasladarse.

Formuló las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, prescripción, falta en la causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones consignadas en el escrito de demanda, tanto declarativas como condenatorias, argumentando que no existe fundamento fáctico ni legal para declarar la ineficacia, puesto que la afiliación hecha por el demandante es válida al estar precedida de una decisión libre, voluntaria e informada, además de estar cobijado por la prohibición legal para

trasladarse, que las condiciones para pensionarse están en la ley sin que se pueda disponer algo diferente, y que no se le puede endilgar la responsabilidad de haber asesorado al accionante antes de cumplir 47 años, pues no se encontraba afiliado a esa AFP.

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

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, declaró la nulidad del traslado que realizó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., así mismo condenó a esta AFP a devolver a COLPENSIONES los valores correspondientes a las sumas que obren en la cuenta individual más los rendimientos, frutos e intereses, adicionalmente COLPENSIONES deberá recibir los dineros anteriormente descritos y actualizar su historia laboral.

También se declaró parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los perjuicios morales y se condenó en costas y agencias en derecho PORVENIR S.A. por la suma de 4 SMLMV.

Para llegar a esa conclusión, el juez argumenta basado en los postulados de la jurisprudenciales de la Corte Constitucional cómo los vicios del consentimiento afectan la autonomía privada de las personas coaccionando al sujeto de someterse a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad, en el mismo sentido, tomando el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral cita y desarrolla los mismos problemas jurídicos allí planteados, enfatizando que independientemente de escoger la tesis de la nulidad o de la ineficacia del traslado el objetivo es que el ciudadano

retorne al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tomando el despacho la de nulidad.

En un primer momento explica que no opera el fenómeno de la prescripción por ser un asunto íntimamente ligado a la seguridad social, así mismo ocurre cuando se sigue con la teoría de la nulidad pues no es oponible el artículo 1750 del Código Civil.

Seguidamente, se refirió el juzgador, a la carga de la prueba expresando que le corresponde a las Administradoras demostrar la información brindada, resaltando que no existe como prueba en el plenario ningún formulario de afiliación, no obstante tal orfandad, se deduce que su afiliación y consecuente traslado al RAIS fue con PORVENIR S.A. como lo muestra la historia laboral aportada por dicha AFP. En la misma línea expresa que para el momento del traslado ya tenía 5 años de vigencia el Decreto 720 de 1994, el cual en su artículo 12 contempla el deber de información en cabeza de las AFP de manera calificada, dado que la información debía ser amplia, suficiente y oportuna.

Por lo anterior, descendiendo al caso, encuentra que no se cumplió por parte de PORVENIR S.A. con la carga probatoria que le endilga la ley sustancial, pues no se allegó ninguna prueba de que se hubiese proporcionado la información suficiente ni oportuna en 1999 así como posteriormente mientras estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que no consta en el plenario prueba que acredite que se le informó sobre la prohibición para trasladarse o la cantidad de capital para poderse pensionar así sea con salario mínimo.

Con base en lo anterior manifiesta que, si bien no obra formulario de afiliación en las pruebas, tal documental no sería prueba suficiente para acreditar el deber de información, que no se necesita ser beneficiario del régimen de transición o cumplir con algún requisito para pensionarse para pasar por alto

el cumplimiento del deber de información, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral también en sede de tutela. Resalta que no hay argumentos de las demandadas para que el juez se aparte del precedente fijado por el órgano de cierre, el cual fue apoyado por la Contraloría y la Procuraduría en la audiencia pública sostenida con la Corte Constitucional sobre las demandas de nulidad o ineficacia del traslado.

Para sostener su teoría de la nulidad, arguye que el error no es de derecho sino en el objeto del contrato contemplado en el artículo 1511 del C. Civil, el cual también se puede incurrir por omisiones, viciando el consentimiento como ocurrió en el presente caso, pues las AFP incumplieron su deber legal de información frente al señor MARIO CABRERA VERA de proporcionarle data amplia, suficiente y oportuna impidiendo que tomara una decisión informada.

Finalmente, ante la pretensión de perjuicios no se accede a esta, dado que no fue acreditada por el demandante que tenga algún tipo de sufrimiento moral derivado del actuar de la AFP, situación que se le endilga pues no hay una presunción frente a este tipo de perjuicios en los procesos de la naturaleza que convoca.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, al considerar que no se cumple con el presupuesto de la relatividad jurídica en el entendido que COLPENSIONES no puede ser perjudicada ni favorecida por la decisión al no haber participado en el acto jurídico declarado nulo. Asimismo que el demandante está inmerso en la prohibición legal para trasladarse y no cumple con los requisitos dictados por la sentencia SU-062 de 2010 por lo que se estaría perjudicando el principio de sostenibilidad financiera.

Seguidamente, argumenta que según la sentencia SL-17595 de 2017 existe el deber de proporcionar información a la medida de la asimetría de un asesor experto y un afiliado lego, situación que no se encuentra acreditada en el proceso pues el demandante afirma ser profesional y si bien no tenía conocimiento total en pensiones si tenía cierto conocimiento por su nivel de escolaridad, así como la capacidad para preguntar y asesorarse con la AFP.

Por último, manifiesta que no se le debe endilgar a PORVENIR S.A. un deber de asesoría y buen consejo exigiendo proyecciones pensionales, dado que para la fecha del traslado no se tenía tal obligación y reconocerlo por el despacho es contrario a la confianza legítima al retrotraer los efectos de una norma al caso en concreto cuando no es posible hacerlo.

PORVENIR S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia proferida por el *a-quo* pues en su sentir no hubo vicio en el consentimiento alguno, dado que el actor al momento de la afiliación fue capaz, ostentaba la mayoría de edad y su voluntad fue libre y sin presiones sin encontrarse un error en la causa u objeto, así como haber ratificado tácitamente su intención de querer pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por estar más de 20 años afiliado a PORVENIR S.A. sin presentar reclamación ni queja alguna. Así mismo expresa que se le puso de presente el derecho de retracto por publicación en diario de amplia circulación (El Tiempo) en enero de 2004.

Seguidamente pone de presente que no debería haber una carga de la prueba de las AFP, ya que para el año 1999, momento del traslado, no se exigía tener documentación alguna como soporte de la afiliación de los ciudadanos al fondo de pensiones y el despacho al estar exigiendo esta prueba imposibilita a la administradora ejercer su derecho a la defensa correctamente.

Resalta que no es dable una nulidad del traslado por las acciones del demandante de estar conforme con el manejo de sus aportes por más de 20

años y generar rendimientos de los mismos, también porque se le suministró la documentación debida con sus extractos. Por otro lado, manifiesta que con la decisión del juez de primera instancia se soslaya el principio de sostenibilidad financiera además de la prohibición legal para trasladarse.

Para finalizar, señala que en caso de mantenerse la decisión de primer grado se debería incluir a COLPENSIONES en la condena en costas, pues la entidad fue vencida en el proceso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o

del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de éste.

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

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

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

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos*

opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

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

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso no se allega formulario de afiliación alguno, sin embargo, si lo hubiere, la Sala comparte la visión del juez de primera instancia, pues si bien en los formularios se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, para clarificar cuando fue el traslado del demandante, se tiene en cuenta la proyección pensional aportada por PORVENIR S.A. del 2 de noviembre de 2021 (Fl. 2 del documento 008. 02.11.2021 PORVENIR - PROYECCION MESADA PENSIONAL del expediente digitalizado con archivos individualizados) dilucidando que este fue el 29 de noviembre de 1999 al encontrarse esta fecha en los datos del bono pensional bajo el enunciado de *“Primera fecha de traslado a RAIS”*. Del mismo modo, se observa que en la respuesta de PORVENIR S.A. del 23 de julio de 2018 a la solicitud del accionante de nulidad del traslado (Fl. 51 del documento DEMANDA del expediente digitalizado con archivos individualizados) se observa que la fecha de afiliación fue el 29 de noviembre de 1999 a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. Por lo anterior se tomará como fecha de traslado el 29 de noviembre de 1999.

Del interrogatorio de parte practicado al demandante se puede extraer que la afiliación hecha en COLPATRIA hoy PORVENIR ocurrió cuando trabajaba para la fundación pro mujer de Bogotá, que la conversación con la asesora de la AFP fue algo corta, sin embargo, pudo ilustrarlo sobre el riesgo que corría el ISS de desaparecer y las bondades del fondo de pensiones COLPATRIA, en consecuencia del RAIS, entre ellas la posibilidad de pensionarse con menos edad que en el RPM y con una mayor mesada pensional, así como tener bastantes beneficios asegurando la pensión de los afiliados al estar respaldados por entes financieros poderosos del país.

No obstante, la información fue incompleta y poco veraz, pues también afirma que no le dieron una comparación entre los dos regímenes pensionales omitiendo las diferencias entre los requisitos que se necesitaban para pensionarse en el RAIS, dado que asevera que siempre pensó que las condiciones eran iguales y lo único en lo que se diferenciaban era en ser uno público y en otro privado. Asimismo, se pasó por alto como podría lograr una pensión mayor que en el RPM y antes de cumplir la edad para ello, así como el funcionamiento del RAIS y los fondos de pensiones privados. Además, puntualmente refirió que no le informaron sobre cuanto capital necesitaría para acceder al menos a una pensión de salario mínimo y la prohibición para trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de adquisición de su derecho pensional.

Por todo lo anterior, se tiene que no hay una confesión del accionante de haber recibido la información necesaria para probar que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. hubiese cumplido con el deber de información que le asiste, dado que si bien afirma haber preguntado sobre sus beneficiarios, cuanto duraría su pensión y su monto pensional, estas características no son lo suficientemente idóneas para dar por surtida una información amplia, completa y oportuna, más cuando afirma creer que ambos regímenes funcionaban de la misma manera en cuanto a requisitos para acceder a la pensión, no saber de la

prohibición legal para trasladarse y nunca haber realizado aportes voluntarios para mejorar su eventual mesada pensional, siendo características indispensables y necesarias para tomar una decisión informada y objetiva.

En el mismo sentido, que el demandante haya referido ser profesional de la salud (médico) no tiene la facultad de paliar la obligación del deber de información de las AFP, pues la información debe proporcionarse con las mismas calidades hacia todos los prospectos de afiliados.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los

asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 1999, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión del señor MARIO CABERA VERA. En este sentido, se adicionará este valor a los que deben ser devueltos por parte de PORVENIR S.A.

Referente a la condena en costas alegada por la apoderada de PORVENIR S.A., se tiene que la misma es procedente al haber sido vencida en el proceso, de conformidad con lo regulado en el artículo 365 del C.G.P. De otra parte, PORVENIR S.A. no tiene interés para recurrir la absolución de costas procesales a COLPENSIONES, ello en tanto la parte demandante no formuló

reparo alguno sobre tal aspecto, quien finalmente es la parte que se beneficiaría de tal condena.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”

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

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la*

pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

Por último, se deja de presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado mas no la nulidad, por lo que, atendiendo los postulados jurisprudenciales ya referenciados, la decisión de primer grado se modificará parcialmente en este puntual aspecto. Así se decidirá.

SIN COSTAS en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar ineficaz la afiliación efectuada por el demandante señor MARIO CABRERA VERA ante PORVENIR S.A., al tenor de lo establecido en el



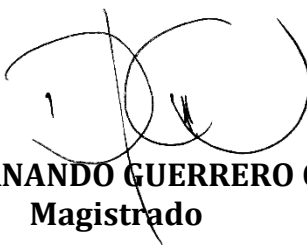
artículo 271 de la Ley 100 de 13 1993, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral **segundo** de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, incluyendo como valor a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración que hubiere recibido PORVENIR S.A. por el manejo de los aportes del demandante, conforme en lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

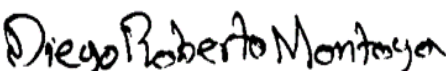
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



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

Ordinario Laboral 11001 31 05 **18 2019 00 829 01**
Demandante: PEDRO ALFONSO SUAREZ ORTEGA
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinte dos (2022).

AUTO:

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, al abogado MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.110.497.079 y T.P. 247.584 de. C.S. de la Judicatura, en los términos y facultades del poder conferido.

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:

El señor PEDRO ALFONSO SUAREZ ORTEGA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad de que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado que se efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A, fundamentada tanto en la omisión del deber de información como en el engaño, error y asalto de buena fe por parte de la citada AFP al momento del traslado de régimen.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, gastos de administración y totalidad de los dineros aportados por el señor.

De igual forma, ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, como si nunca hubiese existido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además de lo que resultare probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*, y de la condena en costas y agencias en derecho.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Expone el demandante que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 13 de junio de 1984; sin embargo, en abril de 1997 cuando trabajaba en la empresa ECOCAMPO S.A. acudió un asesor comercial PROTECCIÓN S.A., quien promovió su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que aunque el asesor comercial que promovió su traslado no contaba con título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social en

pensiones y en consecuencia, toda la información que le brindó no fue pertinente, asertiva, clara ni completa, ya que le expresó que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no se le garantizaría el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que dicho régimen tenía un sistema económico inviable y por ende no tenía reservas para cumplir con los compromisos pensionales de los afiliados. Además, expresó que estuvo de acuerdo con la información que se le impartió, ya que plasmó su firma en el formulario de inscripción.

De igual manera, indicó que el asesor comercial nunca le explicó las características, diferencias, funcionamiento, las ventajas y desventajas de cada régimen pensional al momento de realizar el traslado.

En consecuencia, resaltó que el asesor no le informó ni le explicó que en primer lugar dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, contaba con 510,14 semanas, es decir, que le faltaban 489,86 semanas para adquirir su estatus pensional, y, en segundo lugar, que al momento de trasladarse a la ya citada AFP, se le exige hoy como capital un mínimo equivalente al 110%, o sea una suma de \$260.000.000 para tener una pensión de un salario mínimo, pero que a octubre de 2019, cuenta con una suma de \$193.166.870,00, al igual que su pensión jamás va a superar el 25% del IBC.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

PROTECCIÓN S.A contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó la inexistencia de nulidad o ineficacia del traslado, ya que es válido y eficaz; además que es un acto que se realizó en forma libre y espontánea, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, al mismo tiempo, ese acto que realizó el demandante tiene la naturaleza de un verdadero contrato civil y en consecuencia, nacieron

derechos y obligaciones en ambas partes, esto se ve plasmado en el formulario que firmó, además recalca que se brindó una asesoría completa y comprensible al actor, estando conforme a la normatividad de la época.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica o innominada.

Por otra parte, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el entendido que el demandante está afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera válida y por tanto no se encuentra viciado de error, fuerza o dolo que impidiera que escogiera de manera libre el régimen pensional; es más, se evidencia la voluntad de manera plena al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a la AFP en el año 1997.

Propuso los medios exceptivos de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de agosto del 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., ordenando a esta última trasladar con destino a COLPENSIONES todos los dineros de la cuenta individual del actor.

Como fundamento de esta decisión, consideró que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha señalado que la ineficacia del traslado opera cuando se evidencia la afectación a la voluntad del cotizante en la afiliación, ello al no acreditarse el haberse brindado una información clara, completa y oportuna.

Acotó que la línea jurisprudencial ha sido clara en enfatizar que el deber de información se consagró desde el Decreto 663 de 1993, por lo que las AFP tienen la obligación de garantizar la afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información clara, suficiente y transparente, que permitiera al afiliado elegir entre las dos opciones. Sobre el consentimiento contenido en el formulario, aunque se haya hecho de manera libre, voluntaria, espontánea, se entiende que esta no es suficiente para dar por demostrado el deber de información brindado por la AFP.

Con respecto a la carga de la prueba, estaba en cabeza de la AFP, quien no cumplió con el *onus probandi* que le correspondía. Y frente a la expectativa legítima para obtener la pensión, esta no se tiene cuenta para que proceda la ineficacia del traslado, debido a que la violación de información versa solamente sobre la validez del acto jurídico.

De tal manera que concluyó que no existen medios probatorios que acrediten que la AFP le brindó al afiliado la información clara y precisa sobre todo lo concerniente al cambio de régimen, declarando así la ineficacia de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación para que se revoque de la condena impuesta a su cargo de trasladar a COLPENSIONES los dineros que han sido descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual. Lo anterior teniendo en cuenta que los gastos de administración se han cobrado bajo la autorización de la Ley 100 de 1993, los que incluso se generan en los dos regímenes.

Argumenta que tales emolumentos no se integran a la pensión, por ende, sería un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y el demandante. De igual forma los gastos de administración fueron descontados mes a mes, por lo que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual.

Por su parte COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que la afiliación del demandante se hizo de manera válida y eficaz de acuerdo al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, además que este se obedeció a la decisión libre y voluntaria del actor.

Resalta que era imposible predecir los IBC sobre los cuales se calcularía la futura mesada pensional, ya que los aportes varían, pero esto no significa que se haya incurrido en engaño, máxime que el afiliado nunca se preocupó por consultar ni de preguntar ante PROTECCIÓN S.A. cuáles eran los requisitos para acceder a la pensión.

Finalmente, solicita que en caso de confirmar la condena de primera instancia, la misma esté supeditada al traslado efectivo de la totalidad de los valores consignados en la cuenta de ahorros individual con solidaridad del

demandante, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración, rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional de aplicar el caso.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

b. Problema jurídico:

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

c. Del caso en concreto:

Para empezar, se debe tener en cuenta lo que trata el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, de igual forma como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que las personas tienen el derecho a seleccionar los regímenes allí previstos, pero que dicha escogencia debe ser de manera libre y voluntaria, y se lleva a cabo por medio de manifestación escrita, es decir la firma del formulario de afiliación.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, ya sea de parte del empleador o de cualquier persona natural o jurídica, va a ser que el acto de dicha

afiliación quedara sin efectos, es decir será ineficaz, además de ser acreedor de multas impuestas por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester señalar que las administradoras tienen consigo varias responsabilidades, una de ellas es que estas están obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, por ende, se le impone que el cumplimiento de las obligaciones es imperioso y necesario; una de las responsabilidades más importantes, es el deber a la información que tienen derecho los afiliados, este tiene que comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, para ello las personas encargadas deben tener conocimiento y estar capacitadas, de igual manera deben exponer toda la información de forma completa, comprensible, clara, con el propósito que el trabajador pueda elegir de manera libre alguno de los regímenes, pero teniendo presente toda la información que le brindan y en consecuencia elija la opción que más le convenga, ya que de lo contrario afectaría su derecho a la seguridad social

Las AFP son entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993,

deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene*

o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

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

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

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

En ese orden de ideas, se debe mencionar que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición,

esta carga esta cargo de la AFP, ya que estas tienen la documentación, las pruebas de que realmente se brindó toda la información.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual el señor PEDRO ALFONOSO SUAREZ ORTEGA realiza su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidardiadd a través de PROTECCIÓN S.A., con fecha del 9 de abril de 1997 (Fl. 73) y aunque se evidencia que firmó dicho formulario, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en que aunque la afiliación haya sido libre y espontánea, y que incluso llevé la firma del afiliado, esto no es prueba suficiente para afirmar que se suministró toda la información clara, oportuna y veraz; así como lo establecido en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep. 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Del interrogatorio de parte practicado al accionante no se colige que haya confesado estar debidamente informado, por el contrario, manifestó que fue un asesor comercial hasta el lugar de trabajo, quien solamente le manifestó algunas ventajas que tendría si se cambiaba de régimen, y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad si accedería a la pensión de vejez, en tanto el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no tenía recursos para pagar su pensión, sin confesar que se haya asesorado de manera clara, completa, todo lo concerniente al cambio de régimen.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto que el actor firmó el formulario de traslado de régimen, no se acreditó que el asesor le haya

brindado una información completa y suficiente para que comprendiera todo el alcance que tenía si se trasladaba de régimen.

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	--	--

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

En ese orden de ideas, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón al *a-quó* al declarar la ineficacia del traslado.

Respecto a la recurso de apelación atinente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

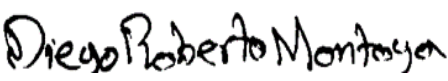
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida 18 de agosto de 2021 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

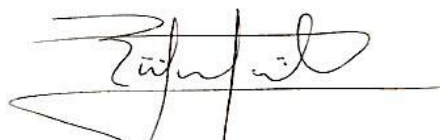
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020